

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR**  
**JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL**  
**AGUSTÍN CODAZZI – CESAR**  
**J01prmpalcodazzi@cendoj.ramajudicial.gov.co**  
**Calle 18 No. 13-07 Barrio Machiques. Tel: 035-5766077**

Agustín Codazzi, Cesar, Agosto Dieciocho (18) de Dos Mil Veintidós (2022)

REF: Acción de Tutela promovida por el señor SERGIO ENRIQUE BATISTA GÓMEZ en representación de su menor hijo SALVATORE BATISTA REYES, en contra de FAMISANAR EPS. Vinculados: ADRES, SERMULTISALUD, OFTALMÓLOGOS ASOCIADOS S.A.S, CENTRO INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Radicación No: 200134089001-2022-00289-00

**ASUNTO A TRATAR**

Aborda el Despacho la labor de proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda dentro de la presente Acción de Tutela promovida por el señor SERGIO ENRIQUE BATISTA GÓMEZ en representación de su menor hijo SALVATORE BATISTA REYES, en contra de FAMISANAR EPS, habiendo sido vinculados ADRES, SERMULTISALUD, OFTALMÓLOGOS ASOCIADOS S.A.S, CENTRO INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, en defensa de los Derechos Fundamentales de su agenciado, a la Vida en Condiciones Dignas, Seguridad Social en Salud, consagrados en los artículos 1, 11, 48, y 49 de la Constitución Política, pretendiendo para ello, que se ordene a la entidad accionada FAMISANAR EPS, lo siguiente: **a).** \_ [Proceda a autorizar] Valoración urgente con especialista en Pediatría, **b).** \_ Valoración urgente con especialista en Oftalmología Pediátrica, **c).** \_ Autorizar y brindar el servicio de plan canguro, **d).** \_ Valoración urgente con especialista en infectología pediátrica, **e).** \_ Autorizar consulta para practicar los exámenes de potenciales evocados auditivos y emisiones otacústicas, **f).** \_ Autorizar los servicios por fuera del municipio de residencia del menor y se le brinden los viáticos, alimentación y hospedaje según sea necesario, **j).** \_ Prevenir a la EPS accionada de volver a incurrir en las acciones que dieron origen a esta acción de tutela.

Finca el accionante su solicitud, en los hechos relacionados en la misma, los cuales podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que el día 24 Julio de 2022 nació el menor SALVATORE BATISTA REYES, de manera prematura y con una dificultad respiratoria debido a su falta de maduración pulmonar, por lo que fue hospitalizado en la UCI Neonatal de la clínica Buenos Aires.
- Que el día 2 de Agosto de 2022, la pediatra neonatal YURAIKA PAOLA RINCONES MÉNDEZ le dio de alta, previa prescripción de las siguiente ordenes medicas:
  1. Valoración con pediatría en 3 días
  2. Valoración con oftalmología prioritaria
  3. Exámenes de potenciales evocados auditivos y emisiones otacústicas
  4. EXÁMENES IGM, IGA E IGG PARA TOXOPLASMA
  5. Valoración con infectología pediátrica
  6. Vinculación plan canguro.
- Que el día 3 de Agosto de 2022, solicitó a la EPS famisanar, que procediera autorizar las ordene emitidas por el especialista en Pediatría, a pesar de lo anterior, la EPS famisanar negó a la autorización, bajo el argumento de que primero debía registrar a su hijo y luego afiliarlo a la EPS, aunque el menor no se encuentra registrado, pero cuenta con certificado de nacido vivo No 22077010003828.
- Que el 06 de Agosto de 2022, la EPS famisanar procede con la autorización de valoración con Pediatría en la IPS SERMULTISALUD, valoración con Oftalmología prioritaria en OFTALMÓLOGOS ASOCIADOS S.A.S y los exámenes de potenciales evocados auditivos y emisiones otacústicas en el CENTRO INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA DOCTOR LUIS ÁNGEL RODRÍGUEZ BOLAÑO S.A.S. El

examen de IGM; IGA E IGG para toxoplasma solo fue autorizado el 08 de Agosto de 2022.

- Que el día 6 de Agosto de 2022, que solicito agendamiento para valoración urgente con pediatría, teniendo en cuenta que ya se habían superado los 3 días dentro de los cuales debían haber valorado por pediatría de su hijo, no obstante, la clínica SERMULTISALUD incide que solo puede dar cita para el día 12 de agosto de 2022, lo que superaría el termino ordenado por el medico que fue de valoración de 3 días y no de 10 días.
- Que el día 8 de Agosto se solicita a la agenda para valoración con Oftalmología Pediátrica en la IPS OFTALMÓLOGOS ASOCIADOS SAS, e indican que el menor por no aparecer en el ADRES, no pueden atenderlo, para lo cual debía esperar hasta el mes de Septiembre que se actualice la página del ADRES, para así poder brindar la atención requerida, no obstante a la priorización de la cita, se le agendaría para el día 23 de Agosto a las 02:45 PM, con Oftalmólogo Retinologo debido que para el mes de Agosto no tiene agenda con el Oftalmólogo Pediatra. De igual modo el funcionario de Oftalmología Asociados, advierte que si el 23 de Agosto de 2022, aun no se encuentra el menor en la página del ADRES, la cita debían reprogramarla para finales de Septiembre.
- Que respecto a los exámenes de potenciales evocados auditivos y emisiones otacústicos, al solicitar agenda el día 8 Agosto de 2022, la IPS INTEGRAL de OTORRINOLARINGOLOGÍA, piden que envíen la autorización del servicio por WhatsApp y que una vez tengan agenda se comunicaran. Lo que le dejan en una incertidumbre
- Que la valoración con infectología pediátrica no fue autorizada por la EPS Famisanar y la orden del plan canguro emitida por el especialista en pediatría neonatal, debido al nacimiento prematuro de su hijo.
- Debido a la obstaculización que ha puesto la EPS famisanar para la presentación de los servicios de su hijo al no querer autorizar los servicios bajo la excusa de que no estaba registrado y a sabiendas de que había un certificado de nacido vivo, el día 3 de Agosto de 2022 se interpone una queja ante la Superintendencia Nacional de Salud, la cual quedo bajo el radicado 20222100009344062. Respecto de que los prestadores asignados por la EPS FAMISANAR para valoración con Ortopedia, valoración con Oftalmología Pediátrica y examen auditivos, se interpone una queja ante la Supersalud el día 8 de Agosto 2022 bajo el Radicado. 20222100009495752.

La accionante aportó como pruebas de sus asertos, las siguientes: **a).** \_ Copia de la cedula de ciudadanía de Sergio Enrique Batista. **b).** \_ Registro civil de nacimiento Salvatore Batista Reyes **c).** \_ Copia de ordenes médicas. **d).** \_ Copia de autorizaciones de ordenes medicas **e).** \_ Copia de nacido vivo de Salvatore Batista **f).** \_ Copia de radicado de quejas ante la Superintendencia Nacional de Salud Rad 20222100009344062 y Rad 20222100009495752 **g).** \_ Certificado de afiliación sálvate batista reyes

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto de fecha Ocho (8) de Agosto del cursante año, requiriéndose a la entidad accionada FAMISANAR EPS, y a las vinculadas ADRES, SERMULTISALUD, OFTALMÓLOGOS ASOCIADOS S.A.S, CENTRO INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, para que en el término de dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio, se sirvieran rendir un informe sobre los hechos planteados por el peticionario.

### **CONTESTACIÓN DE LAS ACCIONADAS Y VINCULADAS**

**FAMISANAR EPS:** \_ La señora LILIA ROSA ARAUJO MAYA, en su aducida calidad de Gerente Zonal Valledupar de EPS FAMISANAR, al referirse a los hechos de la presente solicitud, señala que, la entidad accionada, genero las siguientes ordenes de servicios: No ° (POS) 267-90055785 CONSULTA ESPECIALIZADA POR OFTALMOLOGIA PEDIATRICA direccionada a IPS OFTALMOLOGOS, ASOCIADOS S.A.S., la Orden No (POS) 267-68986751, mediante la cual se autorizo el ingreso al plan canguro direccionada al HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LOPEZ – E.S.E y con respecto a la consulta de primera vez por especialista en Pediatría fue direccionada a IPS Sermultisalud, donde ya se le fueron asignada fechas para las consultas.

Por el contrario, con respecto a la solicitud del servicio de transporte del menor y un acompañante, la representante de la accionada, hace hincapié en indicar que es improcedente la mencionada solicitud, al no existir orden médica que respalde el servicio requerido, o una prescripción en Mipres donde el médico tratante determine el servicio de transporte, ni cuenta con UPC diferencial por dispersión geográfica (Resolución No. 2381 de 2021), y por último manifiesta que el representante del menor no demuestra carencia de recursos económicos, para cubrir servicios que no corresponden al ámbito de la salud y, por lo tanto, una evidente inexistencia de un perjuicio irremediable que comprometa el derecho a la salud en conexidad con el derecho fundamental a la vida, por cuanto el servicio pedido "NO es inherente al servicio de salud" que se viene suministrando al paciente como tratamiento, para superar las patologías que le aquejan".

Así mismo, se refirió a la pretensión de alimentación, hospedaje y manutención del menor y un acompañante, deprecia de esta judicatura que los mismos no se deben conceder, ya que esos gastos son propios cotidianidad y diario vivir, y sería un indebido uso de los recursos del sistema de salud.

Finaliza realizando, un análisis de cómo podría incurrir en una indebida destinación de recursos de la salud, para cubrir servicios que no corresponden al ámbito de la salud, por lo cual exhorta al despacho declarar la improcedencia de las pretensiones por carencia de objeto de las mismas, como quiera que no se ha negado los servicios médicos y se configura el hecho superado.

**ADRES:** El señor JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO, en su calidad de abogado de la oficina asesora de Jurica de ADRES, al referirse a los hechos de la presente solicitud, de entrada, solicita negar las pretensiones del accionante en lo que tiene que ver con su representada, como quiera que la misma no ha realizado ninguna conducta vulnerable los derechos fundamentales deprecados y en consecuencia solita sean desvinculados del presente trámite constitucional.

Concluye realizando un desarrollo normativo, en relación a lo derechos deprecados por el accionante, en la distribución de los recursos y financiación del sistema de salud. Por último, se sugiere al Despacho MODULAR las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

**IPS INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA DOCTOR LUIS ÁNGEL RODRÍGUEZ BOLAÑO S.A.S:** El señor LUIS ANGEL RODRIGUEZ BOLAÑO, en su calidad de Representante Legal, mediante memorial allegado informó, que, al menor SALVATORE BATISTA REYES, le fue asignada cita para los exámenes Depotenciales Evocados Auditivos y Emisiones Otagústicas, para el miércoles 10 de Agosto del 2022 a las 09:00 AM, por lo cual solicita, se deniegue por improcedente el amparo solicitado y subsidiariamente, en el evento de no acoger la pretensión principal, declare que frente a los hechos expuestos por él ha operado la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado dado que tal y como lo demuestro con los documentos adjuntos, en la fecha, se ha pronunciado esta entidad sobre la solicitud de servicios del actor.

**SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD:** La señora CLAUDIA PATRICIA FORERO RAMÍREZ, en calidad de Subdirector Técnico, adscrito a la Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, exponiendo que la entidad a la cual representa tiene la calidad de falta de legitimación en causa pasiva, y exhorta sea desvinculada del trámite constitucional.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido relacionado el acervo probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo que en estricto derecho corresponda, previas las siguientes...

## **CONSIDERACIONES.**

### **1.\_Competencia**

Para esta casa judicial es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto – Ley 2591 de 1991 y artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción tutela recae en este despacho.

### **2.\_Legitimación de las partes**

El señor SERGIO ENRIQUE BATISTA GÓMEZ, por ostentar la calidad de padre y por ende representante legal del menor SALVATORE BATISTA REYES, quien resulta afectado con los presuntos actos omisivos de la entidad accionada, se encuentra legitimado para incoar la presente acción de tutela; mientras que la accionada FAMISANAR EPS, y ADRES, SERMULTISALUD, OFTALMÓLOGOS ASOCIADOS S.A.S, CENTRO INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, por ser la primera la entidad a la cual el accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran los derechos fundamentales de su representado, y las demás por haber sido vinculadas a esta actuación como terceros con interés legítimo; reúnen los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionadas, dentro de este trámite tutelar.

### **3.\_ Problema jurídico y esquema de resolución**

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a este despacho determinar los siguientes aspectos: *i)*\_ La procedencia de la acción, y, *ii)* En el evento de que la acción sea procedente, establecer si la entidad accionada FAMISANAR EPS, o las vinculadas, al no autorizar las consultas, procedimientos, exámenes, tratamientos ordenados por el médico tratante, o los viáticos para el menor y un acompañante en el evento en que la atención sea brindada en una ciudad diferente al lugar de su domicilio, vulnera los derechos fundamentales cuya protección es deprecada y de ser así, adoptar las medidas de protección pertinentes; o si nos encontramos ante la figura denominada "Hecho Superado".

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta casa judicial procederá de la siguiente manera. (1).\_ Se determinará inicialmente la procedencia de la acción. (2).\_ Se referirá a los derechos fundamentales cuya protección se impetra. (3).\_ Se referirá al Régimen Legal y Jurisprudencia Constitucional sobre la prestación por parte de la E.P.S. de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud. (4).\_ Abordaremos la normativa y la Jurisprudencia constitucional respecto a la concesión de viáticos para el paciente y un acompañante. (5).\_ Se referirá el derecho a la Salud de niños, niñas y adolescentes. (6).\_ Se hará alusión al fenómeno denominado "Hecho Superado". (7).\_ Se abordará el caso en concreto.

#### **3.1. \_ Procedencia.**

La acción de tutela es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, de carácter preferente y residual, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por particulares cuando estos se encuentren en alguna de las siguientes condiciones: a).\_ Cuando cumplan funciones públicas o que estén encargadas de la prestación de un servicio público. b).\_ Cuando sus acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; y c).\_ Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto al particular. Se quiso limitar la procedencia de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que habiéndolo este no resulte eficaz en consideración a la situación particular que afronta el actor; o que se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En razón de lo anterior Nuestra Carta Política en su artículo 86 dispone:

*"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".*

Se le quiso dar a esta herramienta constitucional un efecto inmediato y subsidiario al limitar su procedencia a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que, habiéndolo, esta se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Quiere lo anterior significar que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de los derechos fundamentales que procede *i)*\_ Cuando el afectado no dispone de otro instrumento para su restablecimiento, *ii)*\_ En caso de que el previsto no resulte eficaz, en consideración a la situación particular que afronta el actor y *iii)*\_ Siempre que la intervención transitoria del juez de amparo resulte necesaria, para evitar o al menos mitigar un perjuicio irremediable. En el caso bajo estudio el Despacho no observa la existencia de otro medio eficaz de defensa que le permita al accionante obtener la protección del derecho

presuntamente vulnerado, por lo tanto es factible pregonar de la acción incoada, su procedencia.

### **3.2.\_ Derechos cuya protección se invoca.**

**3.2.1.\_ Derecho a la Vida.\_** Como quiera que dentro de los Derechos Fundamentales cuya protección se impetra se encuentra precisamente el derecho a la vida, es procedente señalar que esta garantía entraña no solo la obligación del Estado y de los particulares de preservar la existencia de la persona humana, sino, que encierra además el imperativo deber de asegurar que esa existencia que se busca preservar, se encuentre rodeada de las condiciones mínimas para que se ajuste a los requerimientos por lo menos indispensables para satisfacer las necesidades generadas en razón, precisamente del hecho de existir, en condiciones de dignidad, entendida esta como un derecho fundamental cuyos titulares son únicamente las personas humanas, y que tiene un triple objeto de protección: i).\_ La Autonomía Individual, ii).\_ Las condiciones materiales para el logro de una Vida Digna, y iii).\_ La Integridad Física y Moral que resulte necesaria para lograr la inclusión social de una persona excluida o marginada. En resumen, lo que protege el derecho a la Dignidad Humana es el derecho a vivir como se quiera, el derecho a tener una Vida Digna, y el derecho a vivir sin humillaciones. (Sent. T-881/02).

Ya sobre el mismo tópico había precisado el Alto Tribunal, en sentencia T-395 de 1.998, con ponencia del Doctor, Alejandro Martínez Caballero, lo siguiente:

*"(..) Lo que pretende la jurisprudencia es entonces respetar un concepto de vida no limitado a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible (..)."*

### **3.2.2.\_ El carácter fundamental del Derecho a la Seguridad Social.**

En lo que atañe al derecho a la Salud y a la Seguridad Social, La Constitución Política consagra, en su artículo 49, a la salud como un derecho Constitucional y un Servicio Público de carácter esencial. De este modo, le impone al Estado la obligación de garantizar a todas las personas la atención que requieran. Asimismo, consagra la potestad que tienen las personas de exigir el acceso a los programas de Promoción, Protección y Recuperación. A partir de dicha disposición, la Corte Constitucional ha reconocido, en reiterada jurisprudencia, que el derecho a la salud es fundamental y *"comprende toda una gama de facilidades, bienes y servicios que hacen posible, de acuerdo al mandato contenido en diversos instrumentos internacionales, el imperativo de garantizar el nivel más alto posible de salud."*

En este sentido, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 25, estableció:

*"1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su Familia, la Salud y el Bienestar, y en especial la Alimentación, el Vestido, la Vivienda, la Asistencia Médica y los Servicios Sociales Necesarios (...)."*

Igualmente, la Observación General 14 adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 2000, expuso que el concepto de salud no se limitaba al derecho a estar sano ya que éste debe atender las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona, y los recursos con los que cuenta el Estado.

Respecto del Principio de Integralidad ha indicado que se encuentra consignado en el numeral 3º del artículo 153 y el literal c) del artículo 156 de la Ley 100 de 1993 y que impone la prestación médica continua, "la cual debe ser comprensiva de todos los servicios requeridos para recuperar la salud. De igual manera ha sostenido que:

*"(..) La atención y tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones;*

*y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud (...)*”.

Ahora bien, en los casos que el galeno tratante no establezca el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del Derecho a la Salud, “la protección de este derecho conlleva para el Juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable. de este modo, el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del Juez o Jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dispuesto que tratándose de: “(i) *sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros)*” y de (ii) “*personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios*”.

Así las cosas, esa Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para proteger el suministro de los servicios médicos que se requieren con necesidad, es decir, aquellos “*indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad*” de forma que se “*garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuáles depende su mínimo vital y su dignidad como persona*”. Es necesario resaltar que esta obligación resulta prioritaria para el caso de las personas que son más vulnerables por sus condiciones físicas (niños y adultos mayores) o enfermos mentales. (Sent. T-036/13).

En este orden de ideas conviene recordar que el derecho a la seguridad social fue definido por el artículo 48 de la Constitución Política como “*un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley*”, obligándose el Estado a “*garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”.

Respecto de su carácter fundamental, la Corte ha reconocido que la satisfacción de su contenido, esto es, del Derecho a la Pensión y a la Salud, implica el goce de las demás libertades del texto constitucional, la materialización del principio de la Dignidad Humana y la primacía de los derechos fundamentales. Empero, el carácter fundamental del Derecho a la Seguridad Social no es suficiente para que proceda su amparo por medio de la Acción Constitucional de Tutela. Para ello es necesario que se cumplan los requisitos previstos en los niveles legislativos y reglamentarios dispuestos para su satisfacción, por cuanto “*algunas veces es necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación*”.

Así, es una obligación del Estado garantizar el Derecho Irrenunciable a la Seguridad Social de acuerdo con las normas que lo regulan, por cuanto éstas son las que determinan específicamente las prestaciones exigibles y la forma de acceder a las mismas. deber que correlativamente genera el derecho a los ciudadanos de exigir su cumplimiento en caso de vulneración o amenaza por medio de la Acción Constitucional de Tutela.

La Salud en la Constitución Política es definida, entre otras calificaciones, como un servicio público a cargo del Estado, un deber del ciudadano de procurar el propio cuidado integral, una garantía a todas las personas al acceso a los servicios de Promoción, Protección y Recuperación (artículo 49), un derecho fundamental de los niños (artículo 44), un servicio garantizado a las personas de la tercera edad (artículo 46), una prestación especializada para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículo 47), un bien constitucionalmente protegido en la comercialización de cosas y servicios (artículo 78) y un valor que se debe proteger respecto de toda persona conforme al principio de solidaridad social (artículo 95), de este modo, la salud constituye un pilar fundamental en el ordenamiento constitucional y ha sido reconocido por esa Corporación como un derecho fundamental susceptible de amparo por medio de la acción constitucional de tutela. El carácter fundamental del derecho a la salud radica en que al ser el individuo el centro de la actuación estatal y por ende al generarse frente al Estado la obligación de satisfacción y garantía de los bienes que

promuevan su bienestar, la protección del derecho a la salud se constituye en una manifestación de bienestar del ser humano y por ende en una obligación por parte del Estado. Del mismo modo, el carácter fundamental del derecho a la salud se deriva al constituir su satisfacción un presupuesto para la garantía de otros derechos de rango fundamental. (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

### **3.2.3. El derecho fundamental a la salud**

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, el cual debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad, a todas las personas, siguiendo el principio de solidaridad, eficiencia y universalidad. Se encuentra regulado principalmente en los artículos 48 y 49 Superior, en la Ley Estatutaria Ley 1751 de 2015 y en las Leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

Según la Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 6º, dicha garantía constitucional comprende diferentes elementos y principios que guían la prestación del servicio, entre estos, los de accesibilidad, según el cual los servicios prestados deben ser accesibles física y económicamente para todos en condiciones de igualdad y sin discriminación (Literal c); continuidad, implica que una vez se haya iniciado la prestación de un servicio, "este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas" (Literal d); y oportunidad, que exige la no dilación en el tratamiento (Literal e).

### **3.3. Normatividad legal y jurisprudencia constitucional sobre la prestación por parte de las EPS de los servicios respecto al Sistema de Seguridad Social en Salud, que se encuentren dentro o fuera del Plan Obligatorio de Salud.**

El acceso a la Seguridad Social y a la Salud, es un derecho y a la vez es un servicio público que goza de especial protección por parte del Estado y es por ello que Nuestra Constitución Política en su artículo 48 dispone: "*La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantizará a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)*"

La misma Carta Fundamental, señala en su artículo 49: "*La atención de la Salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)*".

La Ley ha sido consecuente con este precepto constitucional, y es así como en desarrollo de éste fue expedida la Ley 100 de 1.993 que en sus artículos 3º y 4º, predica:

"(...) **DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.** El Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social. Este servicio será prestado por el Sistema de Seguridad Social Integral, en orden a la ampliación progresiva de la cobertura a todos los sectores de la población, en los términos establecidos por la presente ley (...)"

"(...) **DEL SERVICIO PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL.** La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control esta a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley. Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud (...)"

En su artículo 7º precisa:

"(...) **ÁMBITO DE ACCIÓN.** El Sistema de Seguridad Social Integral garantiza el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios sociales complementarios, en los términos y bajo las modalidades previstos por esta ley (...)"

De igual manera en su artículo 159 impone a las EPS la obligación de garantizar a sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la debida organización y prestación del servicio de salud, en los siguientes términos: "1.\_ *La atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud del artículo 162, por parte de la Entidad Promotora de Salud Respectiva a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios adscritos ..... 2.\_ ... (...)*". La norma en comento, en su artículo 162 consagra los parámetros del Plan Obligatorio de Salud, de la siguiente manera:

"(...) **PLAN DE SALUD OBLIGATORIO.** El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan (...).

"(...) Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo de la presente Ley (...), para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables (...)"

Se desprende entonces de la normatividad consultada que las EPS, se encuentran en la obligación de garantizarle a sus afiliados el acceso al servicio público de la Seguridad Social en Salud, el cual además, conforme al precedente jurisprudencial de la Corte adquiere la connotación de un derecho fundamental autónomo, para lo cual ha de suministrar a sus afiliados los servicios que se encuentren dentro del Plan Obligatorio de Salud, sin la necesidad de trámites especiales o complejos. Servicios estos que contemplan, entre otros, el suministro de medicamentos, procedimientos, hospitalización, exámenes, tratamientos y toda la atención que estos requieran para atender y tratar la patología que padezcan, a fin de superarla o minimizar sus efectos. En lo que atañe a los casos en los cuales las EPS niegan a una persona determinado tratamiento, procedimiento, implemento médico o un medicamento específico por no encontrarse incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS), la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades, ha considerado que la acción de tutela procederá si se reúnen las siguientes condiciones: a).\_ Que la falta del tratamiento, implemento, procedimiento o medicamento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos fundamentales a La Vida, a la Integridad o a la Dignidad del interesado. b).\_ Que no exista un medicamento, tratamiento o procedimiento sustituto o que, existiendo este, no obtenga el mismo nivel de efectividad para proteger los derechos fundamentales comprometidos. c).\_ Que el paciente se encuentre en incapacidad real de sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido. d).\_ Que el paciente se encuentre imposibilitado para acceder al tratamiento, procedimiento, implemento o medicamento a través de cualquier otro sistema o plan de salud; y e).\_ Que el tratamiento o medicamento hubiere sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante. "(...) Excepcionalmente la tutela puede ser concedida, si la prescripción la hizo un médico particular, cuando debido a procedimientos administrativos de la ARS o EPS se vulneró el derecho al diagnóstico y el usuario tuvo que acudir a un médico externo (...)"(Sent. T-835/05). (Negritillas y subrayas ajenas al texto original).

### **3.4.\_ Normativa respecto a la Concesión de viáticos, los cuales comprenden alojamiento, alimentación, transporte interno e interdepartamental de ida y regreso para el paciente y un acompañante.**

La Resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016, en el artículo 126 del citado acto administrativo, establece:

#### **"TÍTULO V. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES**

**ARTÍCULO 126. TRANSPORTE O TRASLADOS DE PACIENTES.** El Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC cubre el traslado acuático, aéreo y terrestre (en ambulancia básica o medicalizada) en los siguientes casos:

1 Movilización de pacientes con patología de urgencias desde 'el sitio de ocurrencia de la misma hasta una institución hospitalaria, incluyendo el servicio prehospitalario y de apoyo terapéutico en unidades móviles.

2 Entre IPS dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora. Igualmente para estos casos está cubierto el traslado en ambulancia en caso de contrarreferencia.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el sitio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. Asimismo, se cubre el traslado en ambulancia del paciente remitido para atención domiciliaria si el médico así lo prescribe.

**ARTÍCULO 127. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO.** El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a una atención incluida en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no disponible en el lugar de residencia del afiliado, será cubierto en los municipios o corregimientos con cargo a la prima adicional para zona especial por dispersión geográfica.

**PARÁGRAFO.** Las Entidades Promotoras de Salud -EPS- o las entidades que hagan sus veces igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de este acto administrativo, cuando existiendo estos en su municipio de residencia la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la Entidad Promotora de Salud -EPS- o la entidad que haga sus veces recibe o no una UPC diferencial."

En ese orden de ideas, el servicio de transporte se encuentra incluido en el POS y por tanto, se hace exigible mediante traslado acuático, aéreo y terrestre, a través de ambulancia básica o medicalizada, cuando se necesite para movilizar a los pacientes que requieran servicios de urgencia; desplazarse entre instituciones prestadoras de salud dentro del territorio nacional para recibir la atención de un servicio no disponible en la institución remitora, lo que igual sucederá en los casos de contrarreferencia; atención domiciliaria si su médico así lo prescriba; y trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios, cuando existiendo estos en el municipio de su residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. A su vez, se contempla la posibilidad de acceder a un medio de transporte diferente a la ambulancia, cuando sea necesario para acceder a un servicio incluido en el POS no disponible en el municipio de residencia del paciente.

Frente a este tema, la Corte Constitucional ha identificado situaciones en las que el servicio de transporte o traslado de pacientes no está incluido en el POS y los procedimientos médicos asistenciales son requeridos con necesidad por parte del usuario del sistema de salud. En tales escenarios, la Corporación ha sostenido que el servicio de transporte se constituye en el medio para que las personas accedan a los servicios de salud necesarios para su rehabilitación en los casos en que el servicio no se pueda brindar en el lugar de residencia del paciente cuya responsabilidad recae sobre él mismo o sobre su familia. Pese a ello, ha establecido que dicha responsabilidad se adscribe a las EPS cuando estos no tengan la capacidad económica de asumirlo. Al respecto, la Corte señaló (T-116A de 2013):

*"Si bien el transporte y el hospedaje del paciente no son servicios médicos, en ciertos eventos el acceso al servicio de salud depende de que al paciente le sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se le pueda prestar atención médica. (...) Así pues, toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una persona acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado".*

Atendiendo esta línea argumentativa, este Despacho encuentra que las EPS tienen la obligación de garantizar el transporte, además por estar cubierto por el POS cuando: "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario".

### **3.5. Los niños, niñas, adolescentes y personas en situación de discapacidad como sujetos de protección constitucional reforzada**

El artículo 44 de la Constitución Política en concordancia con los artículos 24 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño -que hace parte del bloque de constitucionalidad-

consagra los derechos de los menores de 18 años al disfrute del más alto nivel posible de salud y de vida adecuados para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Conforme con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución son derechos fundamentales de los niños, entre otros, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, el cuidado y el amor. Así mismo, se reconoce a estos el derecho a ser asistidos y protegidos, la garantía a su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos por parte del Estado, la familia y la sociedad. Por último, determina que los derechos de los niños y las niñas prevalecen sobre los derechos de los demás. Así entonces, de acuerdo con la Carta Política, los niños, niñas y adolescentes ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia acogió los postulados nacionales e internacionales entre los que se encuentran: (i) interés superior de los niños, niñas y adolescentes que exige a todas las personas garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos; (ii) prevalencia de sus derechos; (iii) la corresponsabilidad, entendida como la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sin que las instituciones competentes *públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, [puedan] invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.*

De igual manera, la jurisprudencia de esta Corporación estableció unos criterios jurídicos que deben observar las autoridades administrativas y judiciales al momento de emplear el principio del interés superior de los menores, en los siguientes términos: *"(i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de sus derechos fundamentales como resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de dieciocho años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que esta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los menores de edad".*

Respecto de la especial protección de la que son sujetos los niños, niñas y adolescentes, la Corte, en varios pronunciamientos ha protegido sus derechos fundamentales y en consecuencia ha ordenado el acceso a los servicios asistenciales que requieren.

En sentencia T-840 de 2007, dada la especial protección de las que son sujetos los menores de edad, esta corporación concluyó que: *"El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional."*

De esta manera, se tiene en cuenta que la indefensión y la vulnerabilidad de los menores de edad, especialmente en su primera infancia, periodo en el que requieren mayor atención, los hace un grupo poblacional que necesita de una especial protección constitucional, por parte del Estado, la familia y la sociedad, quienes deberán brindarles un particular cuidado en todos los aspectos de su vida, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral y su dignidad humana.

En cuanto al tema de la discapacidad, a nivel constitucional, el artículo 13 superior, consagra, entre otros aspectos, que las personas que por su condición económica, física o mental, se hallen en un estado de debilidad manifiesta, gozan de una especial protección constitucional por parte del Estado.

Por otra parte, el artículo 47 de la Carta Magna, dispone que el Estado debe gestionar una política de previsión, rehabilitación e integración social encauzada a que los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, reciban la atención especializada que necesitan.

En el plano internacional, la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, en el artículo 3º se consagraron unos principios generales, entre los cuales cabe destacar el respeto por la dignidad, autonomía individual y la independencia de las personas en situación de discapacidad, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, y la igualdad de oportunidades. Entre estos principios, la Convención se ocupó de desarrollar el de no discriminación, señalando que los Estados Partes, i) prohibirán toda discriminación por motivo de discapacidad, ii) garantizarán protección legal a las personas en situación de discapacidad contra cualquier tipo de discriminación, y iii) realizarán ajustes razonables para promover la igualdad de las personas en situación de discapacidad y eliminar la discriminación a la que este grupo de personas ha sido sometido.

Así mismo, tiene como propósito promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas en situación de discapacidad y fomentar el respeto de su dignidad inherente. En el artículo 25 se establece que: *"Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: (...) b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad"*.

De acuerdo con la citada normatividad, le corresponde al Estado adelantar políticas especiales para el cuidado de este tipo de personas, elevándose el compromiso en procura de la rehabilitación e integración social, cuando la familia no se encuentra en condiciones de asumir su compromiso constitucional. Frente al particular, este Tribunal, en sentencia T-851 de 1999, dijo:

*"Esta connotación especial reconocida al derecho a la salud, derivada de su vinculación directa con el bienestar del ser humano, adquiere mayor relevancia entratándose de disminuidos físicos y psíquicos, pues frente a éstos, dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran, el Estado adquiere un compromiso irrenunciable de servicio que lo obliga a procurar por su rehabilitación e integración social, en mayor medida, cuando la familia no se encuentra en condiciones de hacerlo."*

### **La protección constitucional de los menores de edad y las personas en situación de discapacidad exige la consecuente obligación de desarrollar acciones afirmativas a su favor**

El constituyente primario a través de sus delegatarios en el Preámbulo Constitucional determinó los principios que la orientan la Carta Política, los fines a cuya realización se dirige, los valores de justicia con el propósito de asegurar a sus integrantes la vida y la igualdad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

Esta Corporación, en distintos pronunciamientos, estableció que el Preámbulo hace parte de la Constitución Política como sistema normativo y tiene efecto vinculante sobre los actos de las tres ramas del poder público y constituye parámetro de control de sus manifestaciones. Tal como lo expuso la Corte, desde sus inicios en la sentencia C-479 de 1992: *"el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios."*

Por mandato del artículo primero de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, fundada, entre otros principios, en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad de las personas que la integran. Al efecto, la Corte Constitucional considera que el hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho *"(...) le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y que resulta -en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deberán guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo."*

En consecuencia, las entidades públicas en sus actuaciones deben cumplir con los fines esenciales del Estado como son "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y

garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”

Por su parte, el artículo 13 de la Constitución Política establece la obligación a cargo del Estado de adelantar acciones afirmativas a favor de aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, a fin de garantizar efectivamente la especial protección de que gozan las personas en estas circunstancias.

Como se enunció de manera previa, los artículos 44 y 47 consagran unos derechos a favor de las personas menores de edad y aquellos que se encuentran en situación de discapacidad, que se convierte en un compromiso familiar y Estatal que propenda por la efectividad de los derechos de estos sujetos de especial protección.

De la interpretación de estas normas, la Corte Constitucional ha dicho que los niños, las niñas y las personas en situación de discapacidad tienen derecho a que el Estado adopte medidas positivas con el fin de lograr la efectividad de sus derechos, pues reconoce que estas personas son sujetos de especial protección dada la vulnerabilidad y la discriminación de las que son objeto, de tal forma que se deben eliminar las barreras que impiden el goce y disfrute de todos sus derechos en las mismas condiciones que las demás personas.

Especialmente, en aquellos casos donde dichos sujetos de especial protección constitucional pertenecen a familias de bajos recursos económicos, pertenecientes a los niveles 1 y 2 del SISBEN, se presume la incapacidad de pago, pues dependen de las ayudas que ofrecen los distintos programas estatales, como por ejemplo el Régimen Subsidiado que permite la satisfacción y el disfrute del derecho fundamental a la salud, como presupuesto de vida digna.

Ahora, cuando las necesidades de los pacientes no se encuentran directamente relacionadas con la garantía del derecho a la salud sino que tienen carácter asistencial, como es el caso de la adecuada alimentación o la ayuda permanente de un cuidador, para las personas que tienen limitado totalmente sus movimientos, cuyos padres de familia no cuentan con los recursos económicos para cubrir sus necesidades, se requiere la articulación de las autoridades responsables de los programas o planes que permitan asegurar el goce efectivo de sus derechos y cumplir progresivamente con los fines estatales.

Así las cosas, dado el mandato constitucional que irradia el ejercicio del poder público y determina las funciones principales en un Estado Social de Derecho, les compete a las autoridades constitucionalmente establecidas para tal labor decidir cuáles son las acciones y medidas necesarias para que se garantice el derecho de su población, “conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad”.

Precisamente, el propósito del Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2014 - 2018: Todos por un nuevo país, es construir una Colombia en paz, equitativa y educada, para cumplir estos propósitos, se trazaron unos objetivos y lineamientos generales como son:

*“Erradicar la pobreza extrema en 2024 y reducir la pobreza moderada Fortalecer la inclusión social a través de una oferta de programas de protección y promoción social articulada y focalizada.*

*Se fortalecerá la articulación, coordinación y evaluación de la oferta de programas de protección y promoción social a partir del desarrollo de un inventario actualizado y detallado de los programas sociales, que incluya la oferta disponible en los niveles nacional, departamental y municipal.*

*Para esto, se definirá la institución del Estado que realizará un registro consolidado de toda la oferta que permita detectar complementariedades, duplicidades y vacíos en la atención a la población, con actualizaciones periódicas, y un análisis de gestión y pertinencia de la oferta. Este registro será una herramienta fundamental para el diseño de rutas de atención integral y de mecanismos de atención unificados y estandarizados, que permitan canalizar la atención y los programas según las necesidades de los individuos, de acuerdo con el diagnóstico de la situación y el contexto de las personas y sus hogares.*

*Con el fin de mejorar la eficiencia de las políticas sociales, el país profundizará en los análisis de brechas y caracterización de población beneficiaria. Esta será la base para una mejor focalización de los programas. Para avanzar en estos procesos, se fortalecerá el sistema de información de la política social del país para que sea el soporte de la atención integral de las personas, del seguimiento efectivo a los beneficiarios, y de la optimización del gasto social.*

*Esto requiere fortalecer las plataformas existentes, definir protocolos para la unificación de la información básica de los beneficiarios y establecer un sistema unificado de consulta y seguimiento. Para ello, el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN), herramienta central en la focalización de los programas sociales, así como el Registro Único de Afiliados (RUAF), serán el marco de referencia para la operación del sistema. Para facilitar estos procesos, las entidades del sector de la inclusión social y reconciliación incorporarán la innovación social como herramienta de gestión pública de las políticas, así como el uso de prácticas y metodologías asociadas, para aumentar la eficiencia y pertinencia del gobierno en la prestación de servicios que mejoren el bienestar la población en situación de pobreza y vulnerabilidad.”*

En atención a los objetivos fijados en el PND, las entidades territoriales, deben contar con la suficiente capacidad de autogestión y coordinación para cumplir con lo que se propone, de tal manera que se protejan los derechos fundamentales de los niños, las niñas y las personas en situación de discapacidad.

Para cumplir con lo propósitos fijados en el PND, las regiones cuentan con autonomía para gestionar, administrar los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones y establecer los tributos necesarios para financiar, adecuadamente la prestación de los servicios que están a su cargo, conforme lo desarrolla el artículo 287 de la Constitución. Sin embargo, cuando los municipios no cuenten con los recursos suficientes para cubrir las necesidades de su población, debe concurrir en su financiación los departamentos y en aquello que le compete a las instancias centrales.

En consecuencia, la población más vulnerable como son los niños y niñas que se encuentran en condiciones de vulnerabilidad extrema y aquellas personas en situación de discapacidad que dependen de la asistencia de un tercero, requiere de acciones afirmativas que permitan garantizar el desarrollo armónico e integral de los derechos fundamentales como el disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo.

A partir de una equitativa distribución de los recursos y oportunidades, dentro de la comunidad, unida a la satisfacción de las exigencias fundamentales de los individuos que la componen, se puede contribuir eficazmente a contener la exclusión y la marginación de las personas más vulnerables.

En conclusión, la protección constitucional de los menores de edad y las personas en situación de discapacidad exige el desarrollo de acciones afirmativas a su favor.

En ese sentido, una adecuada coordinación institucional permitirá proveer los servicios de carácter asistencial que necesitan, por lo tanto le corresponde a las autoridad locales donde reside paciente: (i) identificar los menores de edad que padecen enfermedades relacionadas con la mala nutrición y aquellos que padecen parálisis cerebral severa y (ii) incluir a esos pacientes y a sus familias en planes y programas que sean necesarias para garantizar el goce efectivo de sus derechos.

### **3.6. \_ Hecho Superado.**

La Corte Constitucional ha sido reiterativa en aclarar que una vez superada la situación de hecho que generó la vulneración o la amenaza del derecho fundamental, la acción de amparo perdería su eficacia tornándose improcedente e inoqua.

Sobre el particular, en sentencia T-167 de 1.997, nos ilustra:

*"(...) El objetivo fundamental de la acción de tutela es la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión o de una autoridad pública o de un particular en los términos en que establece la constitución y la ley. Obsérvese que la eficacia de esta acción se manifiesta en la posibilidad que tiene el juez constitucional si encuentra probada la vulneración o amenaza alegada, de impartir una orden encaminada a la defensa actual e inminente del derecho en disputa. Pero si la situación de hecho que generó la violación o la amenaza ya ha sido superada, el mandato que pueda proferir el juez en defensa de los derechos fundamentales conculcados, ningún efecto podría tener, el proceso carecería de objeto y la tutela resultaría improcedente; en otras palabras, la acción de tutela perdería su razón de ser (...)."*

En Sentencia T-013 de 2017, reiteró:

*"(...) El hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que "carece" de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho*

*superado en el sentido óbvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor. El daño consumado tiene lugar cuando "la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela. La configuración de este supuesto ha sido declarada por la Corte, por ejemplo, en los casos en que el solicitante de un tratamiento médico fallece durante el trámite de la acción como consecuencia del obrar negligente de su E.P.S., o cuando quien invocaba el derecho a la vivienda digna fue desalojado en el curso del proceso del inmueble que habitaba (...)"*.

### **3.4\_ Caso Concreto.**

En el evento que nos ocupa, del caudal probatorio compendiado especialmente de lo manifestado en la solicitud por parte del accionante puede inferirse sin hesitación alguna, que la situación planteada por la accionante consiste en que se ordene de manera inmediata a la accionada FAMISANAR EPS, autorizar, la consulta en Oftalmología Pediátrica, Infectología Pediátrica, el servicio de plan canguro, los exámenes de potenciales evocados auditivos y emisiones otacústicas y los viáticos cuando el servicio sea prestado en una ciudad diferente al municipio de residencia del menor según sea necesario.

Por su parte, la Gerente Zonal Valledupar de FAMISANAR EPS, señala que, fue generada autorización de servicios No (POS) 267-90055785, para la consulta en Oftalmología Pediátrica, direccionada a la IPS Oftalmólogos Asociados S.A.S., ubicada en la ciudad de Valledupar, donde se le agendó cita para el 19 de Agosto del 2022, la Orden No (POS) 267-68986751, mediante la cual se autorizó el paquete programa madre canguro fase I, direccionada al Hospital Rosario Pumarejo de López – E.S.E, en la ciudad de Valledupar y con respecto a la consulta de primera vez por especialista en Pediatría fue direccionada a IPS Sermultisalud, en esta municipalidad donde ya le fue asignada fecha para la consulta, y en virtud de ello impetra sean negada las pretensiones por carencia de objeto.

Así mismo, el representante legal de IPS INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA DOCTOR LUIS ÁNGEL RODRÍGUEZ BOLAÑO S.A.S, informó que al menor le fue asignada cita para los exámenes de Potenciales Evocados Auditivos y Emisiones Otacústicas, para el Miércoles 10 de Agosto del 2022 a las 09:00 AM, en la ciudad de Valledupar, por lo cual solicita se nieguen las pretensiones por hecho superado.

En este estado de cosas, ha de tenerse en cuenta entonces, que, tal como se desprende del acervo probatorio compendiado, al menor SALVATORE BATISTA REYES, le fue ordenado por su médico tratante, consulta en Oftalmología Pediátrica, Infectología Pediátrica, el ingreso al servicio del plan canguro, los exámenes de potenciales evocados auditivos y emisiones otacústicas, ahora encuentra el Despacho, que tal como lo aclara el representante legal de la IPS INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA DOCTOR LUIS ÁNGEL RODRÍGUEZ BOLAÑO S.A.S, es decir, la encargada de brindar al paciente los servicios médicos contratados y autorizados por la EPS, ya les fueron programados los exámenes de Potenciales Evocados Auditivos y Emisiones Otacústicas, para el Miércoles 10 de Agosto del 2022 a las 09:00 AM, en la ciudad de Valledupar. De igual modo la gerente Zonal Valledupar de FAMISANAR EPS, indicó que ya fueron agendadas las consultas con Pediatría, Oftalmología Pediátrica y se autorizó el paquete programa madre canguro fase I.

Siendo las cosas de este tenor se puede extraer que en efecto, obra en el expediente evidencia de que al menor representado se le han agendado las consultas médicas en las especialidades de Pediatría, Oftalmología Pediátrica, los exámenes de Potenciales Evocados Auditivos y Emisiones Otacústicas y el ingreso al programa madre canguro fase I, perseguidas con esta acción constitucional, por lo que habiendo sido superada la situación fáctica que diera origen a la interposición de esta solicitud tutelar, es claro entonces que nos encontramos ante el fenómeno denominado "hecho superado", haciendo inocuo entonces cualquier orden que pudiera emitirse al respecto, por lo que no será concedido el amparo deprecado, con respecto a las pretensiones enunciadas.

No obstante, con respecto a la valoración del menor en el área de Infectología Pediátrica, no obra en esta actuación evidencia alguna que demuestre que fue autorizada o agendada cita por parte de la accionada, por lo que, mientras no le sea asignada la consulta en dicha especialidad, ordenada por el médico tratante, o se le niegue el suministro de los gastos por concepto de viáticos para este y su acompañante, en el evento en que la atención sea prestada en una ciudad distinta a su lugar de domicilio, se le continúan vulnerando sus derechos fundamentales a la vida en condiciones de dignidad y seguridad social en salud,

cuyo amparo es deprecado, servicio este al que el paciente tiene el derecho a acceder habida consideración a la precaria situación económica que deleva padecer quien tiene su cuidado personal, y a sus condiciones personales que la colocan bajo las circunstancias establecidas por la Corte Constitucional para que proceda la asunción de dichos gastos por parte de la EPS accionada, por lo que la desidia de la entidad demandada en autorizar la atención y los procedimientos ordenados por el médico tratante y autorizar el suministro de los gastos por concepto de viáticos, desconoce la normatividad vigente, la Jurisprudencia Constitucional al respecto y el mandato constitucional que nos obliga a darle a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por padecer grave desmedro de su salud y por tratarse de un menor de edad, como en este evento, una protección especial y reforzada, omisión esta que, además de mantener al afectado en un completo e injustificable estado de iniquidad, se traduce en una flagrante vulneración de sus derechos fundamentales antes anotados, cuya protección es deprecada, haciendo procedente la concesión del amparo solicitado, razón por la cual se le ordenará al señor representante legal de la entidad accionada FAMISANAR EPS S.A, en esta ciudad, o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien haga sus veces, que en un término no superior a Cuarenta y Ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizar valoración en el área de Infectología Pediátrica, ordenado por su médico tratante al menor SALVATORE BATISTA REYES, e igualmente, en el evento en que dicha atención o procedimientos sean direccionados para una ciudad distinta al lugar donde este tenga fijado su domicilio, deberá suministrarle, con una antelación de Cuarenta y Ocho (48) horas por lo menos, a la fecha de la correspondiente cita en Infectología Pediátrica, Oftalmología Pediátrica y las consultas del programa madre canguro fase I, de los gastos por concepto de viáticos (transporte de ida y regreso, transporte interno, alimentación y alojamiento en la ciudad de prestación del servicio) para el paciente y un acompañante. De la misma manera deberá continuar prestándole al paciente la atención en aras de garantizar que cada uno de los servicios médicos dispuestos por los médicos tratantes sean realizado tal como deben ser, es decir, de manera oportuna y con calidad. Igualmente, se le prevendrá para que, en lo sucesivo, se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron origen a la presente acción de amparo.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI - CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE:**

**Primero.** \_ **Conceder** el amparo tutelar a los derechos fundamentales a la Vida en Condiciones de Dignidad y Seguridad Social en Salud, del menor agenciado **SALVATORE BATISTA REYES**. En consecuencia, se le ordena al señor Representante Legal, de la entidad accionada **FAMISANAR EPS** en esta ciudad, o en la ciudad a la que se encuentre adscrito este municipio, o a quien haga sus veces, que en un término no superior a Cuarenta y Ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de este fallo, si aún no lo hubiere hecho, proceda a autorizar valoración en el área de Infectología Pediátrica, ordenado por el médico tratante al menor **SALVATORE BATISTA REYES**, e igualmente, en el evento en que dicha atención o procedimientos sean direccionados para una ciudad distinta al lugar donde este tenga fijado su domicilio, deberá suministrarle, con una antelación de cuarenta y ocho (48) horas por lo menos, a la fecha de la correspondiente cita en dicha área, y las consultas del programa madre canguro fase I, de los gastos por concepto de viáticos (transporte de ida y regreso, transporte interno, alimentación y alojamiento en la ciudad de prestación del servicio) para el paciente y un acompañante. De la misma manera deberá continuar prestándole al paciente la atención requerida en aras de garantizar que cada uno de los servicios médicos dispuestos por los médicos tratantes sean realizados tal como deben ser, es decir, de manera oportuna y con calidad

**Segundo.** \_ **Prevenir** al Representante Legal de la entidad accionada para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron origen a la presente acción de amparo.

**Tercero.** \_ **Notifíquese** este fallo a las partes intervinientes por el medio más expedito (art. 16 del Decreto 2591 de 1991).

**REF: Acción de Tutela promovida por el señor SERGIO ENRIQUE BATISTA GÓMEZ en representación de SALVATORE BATISTA REYES, en contra de FAMISANAR. Vinculados: ADRES, SERMULTISALUD, OFTALMÓLOGOS ASOCIADOS S.A.S, CENTRO INTEGRAL DE OTORRINOLARINGOLOGÍA Y SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Radicación No: 200134089001-2022-00289-00**

**Cuarto.** - Contra esta decisión procede el recurso de impugnación. Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Quinto: Por secretaría,** Hágasele el seguimiento al cumplimiento de las ordenes impartidas en el presente fallo.

**Notifíquese y cúmplase**

**ALGEMIRO DÍAZ MAYA**  
Juez