

CONSTANCIA SECRETARIAL: señora juez le informo que el dia 2 de diciembre de 2020, me comuniqué via telefonica con la accionante con el fin de verificar la posible satisfacción de las pretensiones elevadas en el escrito de tutela, a lo cual manifestó que el dia 30 de noviembre se llevó acabo la cita con anestesiologo y posteriormente le fue informado de la fecha tentativa del procedimiento quirurgico para el dia 18 de diciembre de 2020, en la Clinica CEO estando pendiente por confirmar la hora en que se realizó el mismo. A su Despacho para resolver.

Sebastian Garcia Gaviria
Oficial Mayor



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD

Medellín, dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Proceso:	Acción de Tutela
Accionante:	Paula Andrea Higuita Castrillón
Afectada	Helena Moreno Higuita
Accionado:	Salud Total E.P.S
Radicado:	05001 40 03 011 2020 00863-00
Instancia:	Primera
Providencia:	Sentencia Tutela No. 687 de 2020
Decisión:	Concede Amparo Constitucional.
Tema:	La salud es un derecho fundamental y es, además, un servicio público así sea prestado por particulares. Las entidades prestadoras de salud deben garantizarlo en todas sus facetas – preventiva, reparadora y mitigadora y habrán de hacerlo de manera integral , en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social. Continuidad en la prestación.

Dentro de la oportunidad consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, se decide la ACCIÓN DE TUTELA, promovida por la señora **PAULA ANDREA HIGUITA CASTRILLON** en calidad de agente oficiosa de su hija menor **HELENA MORENO HIGUITA**, en contra de **EPS SALUD TOTAL** para la protección de su derecho constitucional fundamental a la salud, la seguridad social, la vida digna, la igualdad etc.

I. ANTECEDENTES:

1. Fundamentos Fácticos. Manifestó la parte accionante que su hija se encuentra afiliada como beneficiaria a la E.P.S Salud total, y al poco tiempo de haber nacido le fue diagnosticada una catarata congénita monocular en el ojo izquierdo.

El 10 de octubre del año que avanza, en atención médica realizada en la Clínica CEO se expiden órdenes médicas para la práctica de la cirugía requerida por la menor.

Realizada la valoración por el especialista anestesiólogo este determinó que su hija debía ser remitida a una institución que contara con el servicio de pediatría para el proceso de recuperación de la menor, debido a su corta edad.

En efecto la menor fue remitida el día 6 de noviembre del año que avanza al Hospital San Vicente Fundación, donde el galeno tratante determinó el procedimiento quirúrgico a realizar, no obstante consideró que, debía hacerse una contra remisión ya que requería atención en una institución de tercer nivel que cuenten con los equipos necesarios para la complicada cirugía ocular.

A la fecha el procedimiento no se ha podido realizar, y la menor ha sido remitida a varias instituciones sin lograr que alguna de ellas se haga cargo de su tratamiento, situación que empeora su estado de salud ya que la pone en riesgo de sufrir un diagnóstico más grave.

2. Petición. Deprecó la parte actora que se tutelara su derecho fundamental a la salud y la seguridad social se le ordenara a la EPS SALUD TOTAL materializar las ordenes nros. 924734 , 924735 y 924736 y en consecuencia se practique a la menor HELENA MORENO HIGUITA el siguiente procedimiento: FACOEMULSIFICACIÓN DE CRISTALINO + VITRECTOMIA ANTERIOR. + IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR.

3. De la contradicción: Debidamente notificadas del auto que admitió la acción de tutela se pronuncian en los siguientes términos:

E.P.S SALUD TOTAL allega escrito el día 26 de noviembre de 2020 Afirmando que en general es cierto lo relativo a la afiliación de la menor y las atenciones médicas realizadas con anterioridad a la acción de tutela, no obstante, aclara que las razones expuestas por el

anestesiólogo en su momento para ordenar la remisión de la menor, fue debido a su escasa edad y al peso que tenía en ese momento (10 meses y 8 kg), ya que el ideal para este tipo de prácticas es una edad de 12 meses y 10 KG .

Ahora bien, a la fecha de presentación de esta tutela la menor esta próxima a cumplir los 12 meses de edad y ya cuenta con el peso requerido, motivo por el cual se remite nuevamente a la accionante a la Clínica CEO donde fue valorada inicialmente, para ello se programa nuevamente cita con pre anestesiología el día 30 de noviembre de 2020 a las 7:00 am, quedando pendiente la asignación de la fecha para la cirugía.

Por lo anterior, afirma que ha operado el fenómeno de la carencia actual del objeto por hecho superado y solicita se niegue el amparo constitucional deprecado.

4. Problema jurídico: Conciérne al Despacho, verificar si la entidad accionada está vulnerando el derecho fundamental a la salud, la seguridad social de la actora, la vida digna etc. de acuerdo al retardo injustificado en la prestación del servicio médico requerido por la menor, esto es, la práctica de la cirugía **FACOEMULSIFICACIÓN DE CRISTALINO + VITRECTOMIA ANTERIOR. + IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR.**

Al ser ésta la oportunidad legal y al no haber encontrado causal que invalide la actuación, se entra a decir el presente asunto, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

1. De la Acción de Tutela.

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela, está instituida única y exclusivamente para la protección de los Derechos Constitucionales Fundamentales de todas las personas del Estado cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de una autoridad que los desconozca. También procede como mecanismo transitorio, no obstante existir un medio alternativo de defensa judicial, cuando sea necesario utilizarla para evitar un perjuicio irremediable que, a juicio del juez, sea inminente, grave y de tal magnitud que se requiera de medidas urgentes e impostergables para impedir que el perjuicio se extienda *"y llegue a ser de tal naturaleza hasta el punto del no retorno de la situación, o lo que es lo mismo, que se convierta en irremediable"*.

Esta acción de tutela puede ser ejercida por toda persona que considere que le están vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales sea nacional o extranjera, natural o jurídica, ciudadano o no, que se halle en el territorio colombiano o se encuentre por fuera y la autoridad o particular que vulneró los derechos fundamentales se encuentre en Colombia. Así pues, puede ser ejercida directamente o por quien actúe a su nombre, bien sea por medio de (i) un representante legal en el caso de los menores de edad, las personas jurídicas, los incapaces absolutos y los interdictos; (ii) mediante apoderado judicial; y (iii) por agencia oficiosa. En estos tres últimos casos se debe probar la legitimación en la causa por activa.

2. Del derecho fundamental a la salud y la continuidad en su prestación.

Conforme la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela, para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud, cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado o conculcado, máxime cuando se trata de personas de la tercera edad.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud comprende el pronto acceso a las prestaciones médicas y ayudas diagnósticas, de manera que pueda cumplirse con sus fines preventivos, reparadores, y mitigadores, en lo que hace relación con los aspectos físico, funcional, psíquico, emocional y social.

La faceta preventiva, tiene a evitar que se produzca la enfermedad; la reparadora, se orienta a efectos curativos, y la mitigadora, a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad.

Aunado a lo anterior, tenemos que el Máximo órgano en lo constitucional, ha señalado igualmente, la importancia en la continuidad del tratamiento que venga prestándosele a un paciente determinado, en aras de garantizar que el mismo sea efectivo, pues de nada vale un diagnóstico tardío o un tratamiento constantemente interrumpido. Al respecto, señaló la H. Corte Constitucional en sentencia T-234 de 2013: *"Una de las características de todo servicio público, atendiendo al mandato de la prestación eficiente (Art. 365 C.P.), la constituye su continuidad, lo que implica, tratándose del derecho a la salud, su prestación ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del Sistema General de Seguridad Social. Sobre este punto, la Corte ha sostenido que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Asimismo, este derecho constitucional a acceder de manera eficiente a los servicios de salud, no solamente envuelve la garantía de continuidad o mantenimiento del mismo, también implica que las condiciones de su prestación obedezcan a criterios de calidad y oportunidad"*.

3. Principio de eficiencia. Sobre la falta de prestación de servicios incluidos en el POS por parte de la EPS. La Ley 100 de 1993 organizó el Sistema de Seguridad Social Integral, definiendo éste como un conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona y la comunidad para gozar de calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Para tal efecto, el Estado Colombiano pretendiendo establecer un conjunto de servicios de atención a que tiene derecho todo afiliado al régimen cuya prestación debe ser garantizada por las Entidades Promotoras de Salud a todos sus afiliados, a través de la Comisión de Regulación en Salud, implantó un Plan Obligatorio de Salud – POS mediante el Acuerdo 029 de 2011, ello quiere significar que los procedimientos, medicamentos y servicios que no se encuentren insertos en ese acuerdo no podrán ser exigibles a la EPS, debiendo el paciente asumirlo directamente.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho en sentencia T-1185 de 2005: *"Al definirse los contenidos precisos del derecho a la salud, se genera un derecho subjetivo a favor de quienes pertenecen a cada uno de los regímenes, contributivo y subsidiado. En consecuencia, cuando las entidades prestadoras de los servicios de salud se nieguen a suministrar tratamientos, medicamentos o procedimientos incluidos en el POS, el derecho a la salud se vuelve fundamental de manera autónoma. En tales situaciones, las personas adquieren subjetivamente el derecho de recibir las prestaciones definidas en esa normatividad, especialmente las contenidas en el Plan Obligatorio de Salud. Por ende, en aquellos casos en los cuales existe un desconocimiento o una inaplicación de las regulaciones sobre procedimientos o medicamentos establecidos en el POS, existe una violación al derecho fundamental a la salud."*

Razón por la que se considera que la no autorización oportuna del procedimiento o la negación de la autorización de procedimientos incluidos en el POS por parte de la EPS, es una vulneración directa del derecho fundamental a la salud; y un desconocimiento a los principios y normas que gobiernan la razón de ser de dichas entidades que son entre otros la eficiencia en la prestación del servicio.

4. La dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes como componente esencial del derecho a la salud - Reiteración de jurisprudencia Sentencia T010-2019.

El orden constitucional y legal vigente ha sido claro en reconocer que la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental autónomo e irrenunciable, susceptible de ser protegido

por vía de acción de tutela. Este derecho, ha establecido la jurisprudencia, debe ser interpretado de forma amplia, de manera que su ejercicio solo no se predica cuando pelagra la vida como mera existencia, sino que por el contrario, ha considerado la propia jurisprudencia que "(...) salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad Resaltando que la misma es *"es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones digna"*

Al respecto, en sentencia T - 562 de 2014 la Corte precisó que "(...) *algunas enfermedades o padecimientos no solamente se originan en una disfunción física o funcional, sino que también se generan por presiones del medio social, que producen baja autoestima, aislamiento, inconformidad con la propia imagen, depresión, etc. Dichas presiones deben evitarse, para garantizar la faceta preventiva del derecho a la salud e impedir que se llegue a situaciones probablemente irreversibles, que impliquen altos costos económicos, sociales y emocionales"*.

Lo anterior, adquiere particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, teniendo éstos un carácter prevalente respecto de los derechos de los demás, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, en el cual se establecen como derechos fundamentales de estos sujetos *"la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social"*, precisando que la familia, la sociedad y el Estado tienen el deber de *"asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos"*. Precisa la misma disposición constitucional que *"los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."*

En el ámbito internacional los derechos fundamentales de los niños gozan igualmente de un amplio reconocimiento y de una especial protección. Por un lado, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece que *"el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad"*. Todo esto reflejado en los mismos términos en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales los cuales prevén en su articulado disposiciones orientadas a salvaguardas de manera prioritaria los derechos de los menores.

Por su parte, la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (1989) en su artículo 3.1 se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en *"todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de*

bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Así las cosas, la protección que la Constitución Política y las normas internacionales le confieren a los niños es una manifestación de la necesidad social de garantizar las mejores condiciones para el desarrollo integral de estos sujetos, fomentando ambientes propicios para que puedan ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, ajenos a las presiones y a las agresiones y las burlas, capaces de tener una buena imagen de sí mismos que les permita trabar relaciones sanas con sus familiares y amigos.

En este orden, resulta evidente la importancia que la jurisprudencia de la Corte Costitucional le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, pues ha sido clara la Corte en señalar que “(...) *las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades*”.

5. Principio de Continuidad . En Sentencia T 1198 de 2003, la Corte dijo:

"La jurisprudencia constitucional se ha encargado de concretar el contenido y alcance del derecho de los ciudadanos a no sufrir interrupciones abruptas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud que reciben. Los criterios que informan el deber de las EPS de garantizar la continuidad de las intervenciones médicas ya iniciadas son: (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados”.

En desarrollo de dicho principio es que se encara la solución del presente conflicto, como parasa a remembrarse.

III. CASO CONCRETO:

Está acreditado que la menor **HELENA MORENO HIGUITA**, está adscrita al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la EPS TOTAL en el régimen contributivo como beneficiaria y tiene derecho a cobertura integral.

Manifiesta su señora madre que han trasegado por varias instituciones médicas buscando materializar la práctica de un procedimiento quirúrgico ocular que requiere su hija para mejorar sus condiciones de vida .

La ultima atención fue en el Hospital San Vicente Fundación el pasado 6 de noviembre de 2020, en la cual el médico tratante hizo una contra-remisión a la menor indicando que requería una institución de tercer nivel que contara con el equipamiento médico necesario para la cirugía, lo cual a la fecha no se ha podido efectuar.

Ahora, la E.P.S Salud Total, afirma en su contestación que la remisión a estas entidades se debió a la valoración practicada por el anestesiólogo quien consideró que el peso y la edad de la menor requerían de una institución que contara con especialistas en pediatría, por lo cual se ordenó su remisión a un centro médico más especializado, no obstante aclara que a la fecha de esta acción de tutela la menor ya cumple con los requisitos de edad y peso necesarios para realizar la intervención quirúrgica en condiciones no tan especiales como las requeridas anteriormente.

Tal y como lo refleja la constancia secretarial ut supra, la accionante indica que ya fue valorada por anestesiólogo y se determinó una fecha tentativa para la cirugía en día 18 de diciembre de 2020, en la Clínica CEO, quedando pendiente por confirmar la hora de la realización del procedimiento.

Hay que ser claros en indicar que, si bien la E.P.S accionada, no se opone las peticiones de la accionante y ha sido diligente en cuanto a las atenciones de la menor, sin embargo no ha demostrado coherencia con la remisión a las entidades competentes para su tratamiento, provocando así un innecesario desgaste de la salud de la menor y un retardo injustificado para brindar alternativas a la paciente, desconociendo así el principio general en salud, de la continuidad.

Es por esto que pese a que ya se iniciaron los trámites y las acciones tendientes a materializar la práctica de la cirugía, no puede predicarse la carencia actual del objeto por hecho superado ya que no existen elementos de juicios que le permitan a esta falladora tener la plena certeza sobre la práctica del procedimiento rogado por la accionante, por lo que resulta necesario así concederlo, ya que con ello se busca salvaguardar el cumplimiento efectivo del derecho fundamental a la salud, a la vida y dignidad humana.

Frente al tratamiento integral solicitado por la accionante, considera esta judicatura que la E.P.S no ha sido displicente en cuanto a la atención de la menor y ha procurado una cobertura integral y medianamente continua, quizás por hechos de orden administrativo entre distintas instituciones, pero ello no implica una conducta marcada a presentar negativas o barreras encaminadas a desfavorecer los intereses de la menor, por el contrario se encuentra una adecuada prestación del servicio, que no refleja un desconocimiento total de los derechos de la menor.

En razón de lo anterior, se concederá el amparo deprecado por la señora **GLADYS JOHANA VERGARA CARDONA**, en calidad de agente oficiosa de su hija menor LUCIANA CALLE VERGARA para lo cual se ordenará a la **EPS SALUD TOTAL** que en el término improrrogable de 12 DIAS HABILES, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda si aún no lo ha hecho, a practicarle a la menor HELENA MORENO HIGUITA el procedimiento denominado **FACOEMULSIFICACIÓN DE CRISTALINO + VITRECTOMIA ANTERIOR. + IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR.y** además continúe garantizando la atención de manera ininterrumpida.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

III. FALLA

PRIMERO: TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales a la salud y vida en conexidad con la dignidad humana, de la menor **HELENA MORENO HIGUITA** dentro de la acción de tutela promovida en contra de la **EPS SALUD TOTAL.**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS SALUD TOTAL.** que en el término razonable e improrrogable de **12 DIAS HABILES**, contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda si aún no lo ha hecho, a practicarle a la menor HELENA MORENO HIGUITA el procedimiento denominado **FACOEMULSIFICACIÓN DE CRISTALINO + VITRECTOMIA ANTERIOR. + IMPLANTE DE LENTE INTRAOCULAR y** además continúe garantizando la atención de manera ininterrumpida.

TERCERO: NEGAR la solicitud de tratamiento integral, toda vez que, no se logró comprobar el comportamiento evasivo de la E.P.S respecto de sus obligaciones con el afiliado y por el contrario se logró demostrar una tendencia a brindar las atenciones en forma continua y oportuna dentro de los parámetros legales.

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más expedito y eficaz posible la presente decisión a las partes, según lo dispuesto por los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 5º del Acuerdo 306 de 1992, dejando la respectiva constancia en el expediente, advirtiéndole acerca de la procedencia de la **IMPUGNACIÓN** de este fallo, la cual puede interponerse dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Vélez P.', with a horizontal line extending to the right.

LAURA MARÍA VÉLEZ PELÁEZ

JUEZ