



Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO MIXTO DE BARRANQUILLA

PROCESO IMPUGNACIÓN TUTELA

RADICACIÓN: 08-001-41-89-021-2023-01236-01

ACCIONANTE: SANDRA MONSALVE DIAZ como Agente Oficioso del menor de edad
HABIB HERAS MONSALVE RC 1046741718

ACCIONADO: SALUD TOTAL E.P.S.

DERECHO: SALUD

Barranquilla, nueve (09) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

I. ASUNTO A TRATAR

Procede el despacho a decidir acerca de la impugnación a que fue sometido el fallo de tutela de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), proferido por EL JUZGADO VEINTIUNO (21) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA ANTES JUZGADO TREINTA (30) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Dr. SANDRA MONSALVE DÍAZ, en calidad de agente oficioso del menor de edad HABIB HERAS MONSALVE, contra SALUD TOTAL E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y seguridad social consagrados en la Constitución Política y en el cual se concedió el amparo solicitado.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la parte accionante, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. El accionante HABIB HERAS MONSALVE, se encuentra afiliado a SALUD TOTAL E.P.S. El accionante presentó diagnóstico de AUTISMO EN LA NIÑEZ, TRASTORNO DEL DESARROLLO Y TRASTORNO DEL SUEÑO. Por su diagnóstico, los médicos tratantes prescribieron TERAPIAS DE REHABILITACIÓN INTEGRAL, tales como: TERAPIA OCUPACIONAL, TERAPIA DE FONAUDIOLOGÍA Y TERAPIA FÍSICA.
2. El núcleo familiar del accionante son de escasos recursos económicos, teniendo que transportarse en vehículo público para poder asistir a las terapias de rehabilitación, presentando dificultad para movilizarse, alteración y ansiedad en el comportamiento, ya que, por la condición de salud del paciente, necesita transporte adecuado según diagnóstico.
3. El núcleo familiar del paciente, solicitó a SALUD TOTAL EPS, autorización de lo expuesto en los hechos anteriores, el cual fue negado, afectando la salud y calidad de vida HABIB HERAS MONSALVE, ya que padece de discapacidad y son persona vulnerable, por lo cual sus derechos deben ser prevalentes.
4. La anterior omisión de SALUD TOTAL EPS, va en contra de los derechos fundamentales SALUD, VIDA DIGNA, INTEGRIDAD HUMANA, MÍNIMO VITAL, DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTE, DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, la situación se agrava, ya que son personas de escasos recursos económicos.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que “...Ordenar a SALUD TOTAL EPS, a la brevedad posible AUTORIZAR AL PACIENTE Y ACOMPAÑANTE TRANSPORTE PARA ASISTIR A LAS TERAPIAS DE REHABILITACIÓN, prescritas por el médico tratante, no solo en el presente, sino también en el futuro, hasta que su patología lo genere, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud. EN CONSECUENCIA, DE LO ANTERIOR ORDENAR A SALUD TOTAL EPS, la entrega de medicamentos, realización de valoraciones y continuar con el tratamiento que requiera y demás tratamientos alternativos, que se consideren pertinentes en el tiempo si así lo necesitase de acuerdo a su patología...”

IV. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela se avocó el cinco (05) de diciembre dos mil veintitrés (2023), por el JUZGADO VEINTIUNO (21) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA ANTES JUZGADO TREINTA (30) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, ordenó la notificación de la accionada, la vinculación al señor CARLOS AMALIO HERAS DE LA HOZ, como padre del menor agenciado, a la SECRETARÍA DE SALUD DE BARRANQUILLA y SECRETARÍA DE SALUD DEL ATLÁNTICO, a fin de que se pronunciara sobre los hechos expuestos en el escrito de tutela.

SECRETARÍA DE SALUD DEL DEPARTAMENTO DEL ATLÁNTICO, a través de LUZ SILENE ROMERO SAJONA, en su calidad de apoderada judicial manifestó en su informe: “carece de legitimación en la causa por pasiva, puesto que, sería por la presunta negligencia de SALUD TOTAL EPS la que estaría desconociendo los derechos fundamentales del menor accionante al no autorizarle el servicio de transporte para asistir a las terapias ordenadas por el médico tratante. Pues esta entidad no cumple funciones de EPS ni IPS, por lo que no cuenta con la facultad de satisfacer las pretensiones de la actora...”

SALUD TOTAL EPS, a través de su apoderada judicial YOLIMA RODRÍGUEZ HINCAPIÉ indicó en su informe: “se opone a las pretensiones de la acción de tutela porque lo solicitado no hace parte del Plan de Beneficios en Salud, dado que el servicio de transporte no se considera un servicio de salud, razón por la cual no le corresponde solventar lo solicitado, debido a que por el principio de solidaridad del sistema general de seguridad social en salud, le asiste esta obligación a los familiares del protegido, principio que no es más que los afiliados asuman con su peculio los servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud. Que además no existe orden medica que prescriba y/o fundamente lo solicitado. Argumenta, además, que la protegida HABIB NOAH HERAS MONSALVE, ha venido siendo atendido por parte de la EPS-S y su red prestadora de servicios para el tratamiento de sus patologías de manera adecuada, oportuna y pertinente...”

SECRETARÍA DE SALUD DE BARRANQUILLA, a través LINDA GISELLE MENDOZA, en su calidad de apoderada especial, rindió su informe indicando que: “...le corresponde a SALUD TOTAL EPS el aseguramiento y por consiguiente la prestación de los servicios de salud, medicamentos, insumos, tecnologías y servicios POS y NO POS que requiera por su condición de salud y orden médica que requiera el menor, dado que se encuentra afiliado a esta entidad promotora de salud en el régimen contributivo como beneficiario. Razón por la cual considera que no existe una legitimación en la causa por pasiva frente a la acción de tutela...”

CARLOS AMALIO HERAS DE LA HOZ, en su calidad de vinculado, a pesar de ser debidamente notificados por el despacho en primera instancia, no recorrió el traslado conferido guardando silencio frente a los hechos que dieron lugar a la presente acción, que, si bien es cierto que, conforme al artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 se tendrán por ciertos los hechos y se entra a resolver de plano, el juzgado considera que es necesario realizar otras averiguaciones conforme a las pruebas aportadas por el accionante, y pronunciarse de fondo sobre la acción objeto de la presente sentencia.

Posterior a ello, el diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), se profirió fallo de tutela, concediendo el amparo de los derechos depuestos, por lo que fue impugnada y por reparto correspondió su conocimiento a esta agencia judicial.

V. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante fallo proferido el diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), por el JUZGADO VEINTIUNO (21) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BARRANQUILLA ANTES JUZGADO TREINTA (30) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, decidió conceder el amparo de los derechos depuestos por la parte accionante, en ocasión a que: *“...Por todo lo hasta aquí discutido, esta Judicatura estima que con la negativa de acceder a la prestación del servicio de transporte solicitado, SALUD TOTAL EPS está vulnerando los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna del menor HABIB HERAS MONSALVE, comoquiera que aunque a priori no pudiera entenderse el servicio de transporte como un servicio médico strictu sensu, lo cierto es que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado por sentado que el servicio de transporte en casos, como este, se constituye como un medio de acceso efectivo a los servicios de salud, y en ese sentido, la falta de transporte se estructura como una barrera o impedimento para acceder a la atención en salud requerida, es por ello que la Corte, en armonía con los principios constitucionales ha garantizado el derecho fundamental a la salud de los ciudadanos avalando que las Entidades Promotora de Salud (EPS) asuman a su cargo la prestación también del servicio de transporte en los casos excepcionales que, por las condiciones especiales de quien lo solicita, lo amerita. En consecuencia, encuentra el Despacho que SALUD TOTAL EPS debe asumir dicho gasto de transporte para el menor HABIB HERAS MONSALVE y un acompañante, pues es un niño que requiere de una atención y cuidado especial, y que por su diagnóstico se le dificulta trasladarse en transporte público. En ese orden, se precisa que la decisión que adoptará el Despacho en la parte resolutoria se toma en aras de salvaguardar los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de un sujeto de especial protección constitucional como lo es HABIB HERAS MONSALVE, a quien por ninguna circunstancia puede impedírsele el acceso a las sesiones de terapias que requiere, dado que el interés del menor está por encima. Ahora, frente a la solicitud de tratamiento integral, el Despacho no accederá a la misma por cuanto se trataría de contrarrestar un agravio inexistente, más bien eventual, pues tal y como lo ha sostenido la Cívica de la Corte Suprema de Justicia: “No es admisible disponer oficiosamente ‘la prestación del servicio médico y tratamiento integral (...)’ pues tal mandato se reserva a las eventualidades en las cuales esté comprobado, de un lado la orden del galeno prescribiendo lo que a su juicio requiere el paciente para alivianar sus dolencias y del otro, el ánimo dilatoria y negligente de la en tutelada para satisfacerla” (STC 1949 – 2017)...”*

VI. IMPUGNACION

La parte accionada manifestó su inconformidad en los siguientes términos: *“...El Juzgado Primigenio concede el amparo de los derechos fundamentales del menor HABIB HERAS MONSALVE, sin tener en cuenta que SALUD TOTAL EPS-S S.A., no ha incurrido en vulneración de sus derechos fundamentales, tal y como se demostró y alegó al descorrer el traslado de la acción de tutela. El*

sentenciador ordenar se suministre el servicio de transporte; pese a que estos NO CUENTAN CON ORDEN MÉDICA PRESCRITA POR LOS PROFESIONALES ADSCRITOS A LA RED de la EPS-S QUE LOS SUSTENTE y FUNDAMENTE...”

VII. PROBLEMA JURIDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿Las accionadas SALUD TOTAL EPS, han vulnerado los derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud, del menor HABIB HERAS MONSALVE, quien se encuentra representado por su madre, SANDRA MONSALVE DIAZ, al no autorizar y suministrar al niño y a un acompañante el transporte para asistir a las terapias de rehabilitación, hasta que su patología lo genere, para mejorar su calidad de vida, evitar perjuicio en la salud y vida del paciente?

VIII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

IX. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 44, 46, 48, 86, de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 100 de 1993; sentencias T-233 de 2012, C-313 de 2014, C-507 de 2004, T-717 de 2011, T-445 de 2017, T-062 de 2017, T-408 de 2011, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, T-421 de 2007, T - entre otras.

X. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La

existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

DERECHO A LA SALUD

En primer lugar, el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado y, por ende, exigible por vía de la acción de tutela.

Al efecto, la Corte, en sentencia T-233 del 21 de marzo de 2012, con M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, señaló que:

“Así las cosas, el derecho a la seguridad social en salud, dada su inexorable relación con el principio de dignidad humana, tiene el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser objeto de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con los contenidos del POS que han sido definidos por las autoridades competentes y, excepcionalmente, cuando la falta de dichos contenidos afecta la dignidad humana y la calidad de vida de quien demanda el servicio de salud.”

Actualmente la Ley Estatutaria de Salud, 1751 de 2015, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho. En la sentencia C-313 de 2014 al respecto se dijo:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”

De este modo, la salvaguarda del derecho fundamental de la salud debe otorgarse de conformidad con los principios contemplados en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política y los artículos 153 y 156 de la Ley 100 de 1993 en los que se consagran como principios rectores y características del sistema, entre otros, accesibilidad, solidaridad, continuidad, libre escogencia, universalidad y obligatoriedad.

SU CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS.

En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, dicha corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica “la mera subsistencia biológica”, sino también “el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna.”¹

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna “se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna”.²

De lo anterior y teniendo en consideración que el derecho fundamental a la vida ha sido consagrado y garantizado en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 11 de la Constitución Política, se puede afirmar que éste no hace referencia exclusivamente a la existencia material, sino también a la posibilidad de ésta sea desarrollada de forma digna.

De este modo, la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.³

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que “tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.”⁴

TRATAMIENTO INTEGRAL EN SALUD.

En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

² Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

³ Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Al mismo tiempo ha señalado la Corte Constitucional que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes.

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine.

INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

El artículo 44 de la Constitución Política estableció la preeminencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes respecto de las prerrogativas constitucionales de los demás, ello en atención a sus condiciones de indefensión y vulnerabilidad, las cuales suponen la necesidad de cuidado especial. En ese orden, estos derechos exigen de especial protección dadas las disposiciones previstas tanto en el ámbito internacional como en un Estado Social de Derecho.

Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su numeral 1 del artículo 3 estableció 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”*; y en el artículo 3-2, determinó que *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*.

Asimismo, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 19, estableció que los niños cuentan con una protección específica. En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispuso, en su artículo 24-1, que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere y estas deben ser brindadas, tanto por su familia, como por la sociedad y el Estado.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha resaltado la importancia de los derechos fundamentales de los niños. Así, en sentencia C-507 de 2004 señaló que los derechos fundamentales de los niños se tratan de derechos de protección:

“Los derechos de protección, a diferencia de los derechos de libertad, garan-ti-zan a las personas que el Estado adopte medidas de carácter fáctico y medidas de carácter normativo para protegerlos. Dentro de las primeras se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen movilización de

recursos materiales y humanos para impedir, por ejemplo, que la frágil vida e integridad de un niño recién nacido sea maltratada. Dentro de las medidas de carácter normativo se encuentran, entre otras, las reglas de capacidad o las edades a partir de las cuales se pueden realizar ciertas actividades como trabajar y las condiciones en que ello puede suceder. Cabe decir que el titular de un "derecho de protección", puede ser cualquier persona (art. 2, CP), no sólo los "sujetos de protección especial" como niños, discapacitados o adultos mayores. Sin embargo, que la Constitución reconozca un derecho de protección especial a un tipo de sujeto determinado, como sucede con los menores, plantea la cuestión de cuál es el alcance específico de dicho mandato legal de protección, diferente del ámbito de protección del mandato general que cubre a todas las personas (...)"

En este sentido, en sentencia T-717 de 2011 la Corte recordó que "...los derechos de protección en contraposición a los de libertad, le imponen al Estado obligaciones de hacer, respecto de la garantía de los mismos. Conforme a esto, se deben adoptar medidas tanto fácticas como normativas para lograr la efectiva salvaguarda de estos derechos".

En virtud de lo anterior, es necesario adoptar una serie de medidas a fin de garantizar su efectividad. Al respecto también se ha dicho en sentencia T-307 de 2006 y reiterada en la T089-18:

"Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral."

Ahora bien, el mismo artículo 44, la Constitución Política estableció, entre otros, los derechos a la seguridad social y a la salud de los menores como derechos fundamentales. Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, dada su condición de sujeto de especial protección, y en relación con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de los Niños, el compromiso de asegurar el más alto nivel posible de salud de los menores responde a que el interés del niño prevalece al momento de resolver cuestiones que le afecten. La Corte, desde sus inicios, estableció que:

"(...) el derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política, lo cual significa para lo que a este asunto interesa, que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la "cobertura" familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos (sic) tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta."

En ese mismo orden, se consideró que supeditar el derecho fundamental de una menor de edad, a un simple trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico desplazaba el principio de interés superior del niño.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

Descendiendo al caso *sub examine*, se tiene que la señora SANDRA MONSALVE DIAZ, actuando como agente oficioso del niño HABIB HERAS MONSALVE, presenta la acción constitucional de la referencia, en contra de SALUD TOTAL EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, al acceso efectivo a la salud.

Lo anterior, en ocasión a que manifiesta que su hijo de 1 año, 7 meses, 14 días, tiene un diagnóstico de AUTISMO EN LA NIÑEZ, TRASTORNO DEL DESAROLLO Y TRASTORNO DEL SUEÑO, trastornos generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo, por lo que viene siendo tratado, los médicos tratantes, los cuales prescribieron TERAPIAS DE REHABILITACIÓN INTEGRAL, TERAPIA OCUPACIONAL, TERAPIA DE FONAUDIOLOGÍA Y TERAPIA FÍSICA, y SALUD TOTAL E.P.S., se negó autorizar transporte al menor HABIB HERAS MONSALVE, y a su acompañante, así como su tratamiento integral.

Por su parte, indicó SALUD TOTAL EPS que la negativa del suministro de transporte obedecen a que se OPONE a las pretensiones de la acción de tutela que nos ocupa, no por capricho de la E.P.S., sino porque claramente lo solicitado no hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, razón por la cual no corresponde solventar a mi representada, precisamente por el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD QUE LE ASISTE A LOS REPRESENTANTES (PADRES) de la menor, principio que no es más que los afiliados asuman con su peculio los servicios excluidos del Plan de Beneficios en Salud.

De lo expuesto hasta ahora, deduce el despacho que el problema suscitado en torno a la atención médica del niño, recae exclusivamente en la entidad promotora de salud al negar el servicio de transporte al menor en su condición y un acompañante por cuanto se evidencia por el diagnóstico del paciente, trastornos del espectro autista, trastornos generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo.

En este punto, es de resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, en este sentido, requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que el paciente, es un niño y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta el trastorno generalizado del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo que padece.

En oportuno señalar que según los criterios de la jurisprudencia constitucional es procedente el cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), en los casos donde se demuestre que "(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario"7. Además, si se comprueba que el paciente es "totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento" y que requiere de "atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas", está obligación también comprenderá la financiación del traslado de un acompañante.

5. El cubrimiento de los gastos de transporte para los pacientes y sus acompañantes por parte de las Entidades Prestadoras de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

El servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí. No obstante, se ha considerado por la jurisprudencia constitucional, al igual que por el ordenamiento jurídico, como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, pues, en ocasiones, de no contar con el traslado para recibir lo requerido conforme con el tratamiento médico establecido, se impide la materialización de la mencionada garantía fundamental.

Situación que se evidencia en el presente asunto, habida cuenta que por las complejidades del espectro autista que padece el niño, por lo mismo, sus finanzas le imposibilitan sufragar los traslados a la terapias en servicio público particular, en tanto que en el servicio de autobús, lo cierto es que tal posibilidad no asegura un fácil y seguro traslado dada la complejidad de condición se requiere de un medio más tranquilo y menos expuesto a las contingencias que se pueden presentar en un servicio masivo, por las condiciones físicas y mentales del pequeño. Aunado a esto, el no manejo de esfínteres del menor.

Existe una regla jurisprudencia que dictamina, le corresponde a la parte accionada desvirtuar la información suministrada por el actor. Es decir, al no haberse obtenido una información contraria a la indicada en la acción de tutela, es decir, una prueba que controvirtiera la manifestación del accionante acerca de la afectación de su derecho al mínimo vital como consecuencia de la negativa de los costos del transporte, surge una verdad probatoria consistente, en el caso concreto, en que el accionante, ni su familia nuclear no cuentan con los recursos para asumir los gastos de transporte, por pertenecer a un grupo poblacional catalogado como vulnerable.

De no efectuarse el suministro del transporte, se puede suspender la asistencia a las terapias prescritas por el médico tratante, se ponen en riesgo la dignidad, y la integridad física del usuario, toda vez que la efectividad del tratamiento para mejorar e identificar el espectro en el que se encuentra, es la constancia y continuidad del tratamiento, en los términos de la prescripción médica.

Además, el agenciado es considerado un sujeto de especial protección constitucional y, por ende, goza de una protección reforzada al que se le debe asegurar que tenga toda la atención especializada que requiera, la cual, por la complejidad de su padecimiento, exige de valoraciones psicológicas y psiquiátricas por lo que imponerle el pago de cuotas moderadoras para su prestación, por las condiciones financieras que enfrentan, supone el cercenamiento de su derecho a acceder a los servicios de salud y de un componente fundamental para su tratamiento.

Ahora bien, corresponde dictaminar a quien debe imponerle la responsabilidad del suministro del servicio de transporte, pues es evidente que, a la luz de los principios de accesibilidad al sistema y solidaridad del mismo, aunque los transportes no estén incluidos dentro del denominado PBS, son necesarios para llevar a cabo la terapia del paciente.

De hecho, debe tenerse presente que ha sido por la vía jurisprudencial que se han decantado las múltiples contingencias que se presentan entorno de este servicio y se ha determinado que el mismo deba estar a cargo de dichas entidades cuando se convierta en una barrera de acceso a la prestación efectiva del servicio de salud.

Tratándose de una condición neurológica que compromete su desarrollo sicomotor, es evidente que el accionante requiere una atención periódica, oportuna, continua y especializada para su tratamiento, dada la exposición a múltiples riesgos y complicaciones. En este sentido, pese a que no se dan los presupuestos para asumir que la EPS va a negar otros servicios, es necesario que esta actúe de conformidad con los principios desarrollados a lo largo de este fallo.

Es preciso resaltar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, en este sentido, requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados, como se avizora en el caso de marras, teniendo en cuenta que el paciente, es un infante y además de eso se encuentra en estado de vulnerabilidad, en ocasión a su condición de salud, teniendo en cuenta las patologías trastorno generalizados del desarrollo y trastorno del lenguaje expresivo que padece.

A fin de evitar la presentación de varias tutelas por la accionante contra la entidad accionada sobre el mismo marco fáctico, pero con pequeñas variantes, como en el caso de nuevos medicamentos, o tratamientos etc., en procura de que la acción constitucional ampare integralmente los derechos invocados por la accionante y su extensión sea acorde con los principios antropocéntricos que la rigen, teniendo en cuenta que la tutela no está limitada a la pretensión, no existiendo incongruencia o extralimitación del Juez constitucional, cuando las decisiones sobrepasen las peticiones, puesto que se deben decretar todas y cada una de las ordenes que protejan íntegramente los derechos de los pacientes, máxime cuando se trata de un paciente con una condición médica irreversible, se adelanta un tratamiento definido.

Así las cosas, este despacho confirmará la decisión de primera instancia, dando cuenta de la plausibilidad de la orden emitida con anterioridad, a un paciente con diagnóstico, en este caso de naturaleza irreversible, por lo cual, no resulta admisible que teniendo conocimiento previo la entidad prestadora del servicio, por las diferentes patologías que presenta el menor, y así acceder a las terapias necesarias para su tratamiento, deba la actora acudir a la jurisdicción constitucional para que el prestador de salud, cumpliéndose así, los presupuestos constitucionales para el suministro del tratamiento integral por su condición neurológica en aras de la protección de un niño.

XI. RESUMEN O CONCLUSIÓN

Habida cuenta de los hechos y argumentaciones esbozadas anteriormente, procederá el juzgado ha amparar los derechos depuestos por la parte accionante, en consideración a la necesidad de accesibilidad al servicio de salud de forma continua y permanente, actuar de forma contraria pone en riesgo la salud del paciente, su dignidad, y pelagra la efectividad del tratamiento oportuno e integral prescrito, exacerbando su compromiso en la dimensión física y neurológica.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Mixto de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

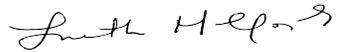
RESUELVE

1. CONFIRMAR el fallo de tutela de fecha diecinueve (19) de diciembre de dos mil veintitrés (2023), proferido por el JUZGADO VEINTIUNO (21) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE BARRANQUILLA ANTES JUZGADO TREINTA (30) CIVIL MUNICIPAL DE BARRANQUILLA, dentro de la acción de tutela

instaurada la señora SANDRA MONSALVE DIAZ como Agente Oficioso del menor de edad HABIB HERAS MONSALVE RC 1046741718 contra SALUD TOTAL EPS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

2. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
3. ENVÍESE a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA