El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de la respectiva Sala.

**Tema: RETARDO MENTAL - TRASTORNO DEL COMPORTAMIENTO, CONVULSIONES Y ESCOLIOSIS – NEUROLOGÍA – TRANSPORTE – SUBREGLAS - CONCEDE – CONFIRMA - “**De entrada se hallan infundados los reparos de la impugnación, en relación con el recobro ante el FOSYGA, pues ha sido criterio de la Sala Civil-Familia - y Penal para Adolescentes - , que el Juez de tutela no debe generar ni definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales; por lo tanto, es innecesario un fallo de tutela que lo autorice. En el mismo sentido la CC y la CSJ .

De otro lado, se considera que el fallo de primera instancia debe confirmarse, pues se avino a los postulados legales y jurisprudenciales, específicamente, al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento del servicio de transporte y viáticos para un paciente: “(i) la no prestación del servicio de transporte [debe poner] en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario, y (ii) ni [el peticionario] ni sus familiares cercanos [deben contar] con los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado” .

E igualmente para su acompañante: “(i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y finalmente, (iii) [que] ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero” .

Es indiscutible que el señor Jesús David Suárez Franco debe asistir a las consultas por neurología y de equipo interdisciplinario que se autorizaron en las ciudades de Armenia y Manizales (Folios 2 y 3, ib.). Asistencia médica especializada que requiere, y solo puede brindarse en esas localidades, pues la accionada nunca indicó que tiene contratados esos servicios en este municipio, de tal suerte que su estado de salud podría agravarse en caso de que no pueda acercarse para ser atendido.

También lo es que, por su condición especial , depende de sus familiares para su movilidad, la interacción con el entorno social y se garantice su integridad física, pues es una persona con “(…) impulsividad, intolerancia, inquietud, labilidad (...)” y de difícil manejo (Folio 8, ib.).

Asimismo, está cumplido el requisito de la carencia económica porque el accionante y su núcleo familiar, exclusivamente, sobreviven del salario mínimo que recibe el padre, de tal manera que les es imposible cubrir los gastos de traslado (Folio 1, ib.); negación indefinida hecha en el petitorio de amparo, que en manera alguna la accionada, tuvo a bien refutar .”

  
REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA No.4 DE DECISIÓN DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

DISTRITO DE PEREIRA, DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante (s) : Jesús David Suárez Franco

Agente oficiosa : María Eunice Franco Quintero

Presunto infractor : La Nueva EPS SA

Radicación : 2017-00039-01

Temas : Transporte y viáticos

Despacho de origen : Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con

: función de conocimiento de Pereira

Magistrado Ponente : Duberney Grisales

Acta : 319 de 14-06-2017

Pereira, R., catorce (14) de junio de dos mil diecisiete (2017).

1. El asunto por decidir

El amparo constitucional en referencia, adelantada la actuación respectiva con el trámite preferente y sumario, sin que se aprecien causales de nulidad que la invaliden.

1. La síntesis fáctica

Se comentó que el accionante padece de *“RETARDO MENTAL, TRANSTORNO DEL COMPORTAMIENTO, CONVULSIONES Y ESCOLIOSIS”;* quele fueron ordenadas valoraciones en las ciudades de Manizales y Armenia, pero no pudo asistir debido a sus escasos recursos; el 30-03-2017 solicitó a la accionada el suministro del servicio de trasporte, mas lo negó; agregó que es una persona agresiva que no puede utilizar el servicio público (Folio 1, este cuaderno).

1. El derecho invocado

Se invoca el derecho a la salud (Folio 1, este cuaderno).

1. La petición de protección

Ordenar a la accionada que provea el servicio de trasporte y viáticos para el accionante y un acompañante cuando deba desplazarse dentro y fuera de la ciudad (Folio 1, del cuaderno No.1).

1. El resumen de la crónica procesal

El Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Pereira, con providencia del 21-04-2017 admitió la acción y ordenó notificar a las partes (Folio 19, ibídem); luego, el 04-05-2017 profirió sentencia que amparó del derecho fundamental (Folios 31 a 33, ibídem); y, finalmente, con auto del 15-05-2017, concedió la impugnación formulada por la accionada (Folio 52, ibídem).

La opugnante refirió jurisprudencia constitucional atinente al principio de solidaridad, el mínimo vital, la carga probatoria y el carácter temporal del servicio; en síntesis, expuso que es el afiliado y sus familiares cercanos quienes deben cubrir los gastos económicos del transporte, máxime cuando corresponde a citas que no generan la periodicidad de un gasto indefinido. Pidió que se faculte el recobro ante el FOSYGA (Folios 36 a 50, ib.).

1. La fundamentación jurídica para decidir
   1. La competencia funcional: Esta Sala especializada está facultada en forma legal para desatar la controversia puesta a su consideración, por ser la superiora jerárquica del Despacho que conoció en primera instancia.
   2. El problema jurídico a resolver: ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolecentes con función de conocimiento local, según la impugnación de la parte accionada?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Por activa se cumple en consideración a que quien ejerce la acción, el señor Jesús David Suárez Franco, se encuentra afiliado como beneficiaria a la EPS accionada (Folio 2, ib.). Y por pasiva, La Nueva EPS SA, pues brinda los servicios en salud y negó el suministro de transporte y viáticos solicitados.

La señora María Eunice Franco Quintero se encuentra legitimada para representar a su agenciado, pues sus enfermedades le impiden valerse por sí mismo y menos reclamar directamente el amparo de sus derechos fundamentales. Según los soportes médicos padece de *“retraso mental grave, deterioro del comportamiento significativo”* (Folio 2, ib.)*[[1]](#footnote-1)*.

* + 1. La subsidiariedad y la inmediatez

La CC tiene establecido que (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales[[2]](#footnote-2). En este asunto se cumple con el primero de los presupuestos porque la parte actora no tiene otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de los derechos invocados.

Del mismo modo, la inmediatez, no merece reparo, pues la acción se formuló dentro de los seis (6) meses siguientes a los hechos violatorios, que es el plazo general, fijado por la doctrina constitucional[[3]](#footnote-3); porque la petición para el suministro de transporte data del 30-03-2017 (Folio 5, ib.), y la acción fue impetrada el 20-04-2017 (Folio 1, ib.). Así las cosas, como el caso supera el test de procedencia, puede examinarse de fondo.

* 1. El derecho a la salud como fundamental

La CP en el artículo 49 estableció que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas las personas *“el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (...)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud, en el que señala que toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera; esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad[[4]](#footnote-4).

Así también lo entendió el legislador, al expedir la Ley 1751 que regula el derecho fundamental a la salud y lo estableció como un derecho autónomo e irrenunciable, que enmarca entre otros los principios de universalidad, equidad, eficiencia. Por ende, la acción de tutela continúa siendo un medio judicial idóneo para defenderlo.

Ahora bien, debe entenderse que a la luz de la precitada ley, el derecho fundamental a la salud se garantiza a través de:*“(…) la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”*, esto es, las exclusiones son solo aquellas expresamente mencionadas en el artículo 15, además el 3º de la misma Ley, dispone:“(…) *a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud*”.

1. El caso concreto materia de análisis

De entrada se hallan infundados los reparos de la impugnación, en relación con el recobro ante el FOSYGA, pues ha sido criterio de la Sala Civil-Familia[[5]](#footnote-5)-[[6]](#footnote-6) y Penal para Adolescentes[[7]](#footnote-7)-[[8]](#footnote-8), que el Juez de tutela no debe generar ni definir controversias ajenas a las relacionadas directamente con derechos fundamentales; por lo tanto, es innecesario un fallo de tutela que lo autorice. En el mismo sentido la CC[[9]](#footnote-9) y la CSJ[[10]](#footnote-10).

De otro lado, se considera que el fallo de primera instancia debe confirmarse, pues se avino a los postulados legales y jurisprudenciales, específicamente, al cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento del servicio de transporte y viáticos para un paciente: *“(i) la no prestación del servicio de transporte [debe poner] en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario, y (ii) ni [el peticionario] ni sus familiares cercanos [deben contar] con los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado”*[[11]](#footnote-11).

E igualmente para su acompañante: *“(i) dependa totalmente del tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y finalmente, (iii) [que] ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”[[12]](#footnote-12).*

Es indiscutible que el señor Jesús David Suárez Franco debe asistir a las consultas por neurología y de equipo interdisciplinario que se autorizaron en las ciudades de Armenia y Manizales (Folios 2 y 3, ib.). Asistencia médica especializada que requiere, y solo puede brindarse en esas localidades, pues la accionada nunca indicó que tiene contratados esos servicios en este municipio, de tal suerte que su estado de salud podría agravarse en caso de que no pueda acercarse para ser atendido.

También lo es que, por su condición especial[[13]](#footnote-13), depende de sus familiares para su movilidad, la interacción con el entorno social y se garantice su integridad física, pues es una persona con *“(…) impulsividad, intolerancia, inquietud, labilidad (...)”* y de difícil manejo (Folio 8, ib.).

Asimismo, está cumplido el requisito de la carencia económica porque el accionante y su núcleo familiar, exclusivamente, sobreviven del salario mínimo que recibe el padre, de tal manera que les es imposible cubrir los gastos de traslado (Folio 1, ib.); negación indefinida hecha en el petitorio de amparo, que en manera alguna la accionada, tuvo a bien refutar[[14]](#footnote-14).

Si bien es cierto que en la contestación se refirió el pago de incapacidades a la señora María Eunice Franco Quintero, hasta el mes de abril de 2017, también lo es que se dejó de acercar prueba que así lo demostrara, como lo serían las respectivas consignaciones; se trata, entonces, de una afirmación de parte, insuficiente para desmentir los dichos de la agenciante. A la EPS le era más fácil acercar aquella documentación, mas dejó de hacerlo.

1. Las conclusiones

En armonía con las premisas expuestas se confirmará el fallo venido en impugnación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda, Sala No.4 de Decisión de Asuntos Penales para Adolescentes, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F a l l a,

1. CONFIRMAR la sentencia del 04-05-2017 del Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Pereira.
2. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
3. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*JAIRO ERNESTO ESCOBAR S. CLAUDIA MARÍA ARCILA R.*

*M A G I S T R A D O M A G I S T R A D A*

*DGH/ODCD/2017*

1. CC. T-010 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-324 de 1993. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-014 de 2017, T-142 de 2016 y T-760 DE 2008, entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 19-08-2015; MP: Duberney Grisales H., No.2015-00072-01. [↑](#footnote-ref-5)
6. TSP, Sala Civil – Familia. Sentencia del 30-09-2015; MP: Duberney Grisales H., No.2015-00091-01. [↑](#footnote-ref-6)
7. TSP, Sala No.7 de Asuntos Penales para adolescentes. Sentencia del 28-05-2014; MP: Claudia M. Arcila R., No.2014-00043-01. [↑](#footnote-ref-7)
8. TSP, Sala No.4 de Asuntos Penales para adolescentes. Sentencia del 17-02-2015; MP: Duberney Grisales H., No.2014-00477-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-727 de 2011. [↑](#footnote-ref-9)
10. CSJ. Sala Civil, STC3914-2016, entre otras. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T -033 de 2013, T-433 de 2014, T-644 de 2015, T-148 de 2016 y T-178 de 2017. [↑](#footnote-ref-11)
12. CC. T-346 de 2009, T-433 de 2014, T-148 de 2016 y T-178 de 2017. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. C-182 de 2016. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-683 de 2003, [T-678 de 2015](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/15/T0678de15.htm) y [T-719 de 2015](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/15/T0719de15.htm), entre otras. [↑](#footnote-ref-14)