REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente

MANUEL YARZAGARAY BANDERA

SENTENCIA DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

Pereira, jueves cuatro (4) de diciembre de dos mil catorce (2014).

Hora: 3:30 p.m.

Aprobado por Acta No. 744

Radicación:	660013107 001 2014-00142-01
Procedente:	JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE PEREIRA
Accionante:	SEBASTIÁN COLORADO MARTÍNEZ REP. POR GLORIA ELENA MARTÍNEZ GIRALDO
Accionado:	NUEVA EPS

ASUNTO

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por la señora **GLORIA ELENA MARTÍNEZ GIRALDO**, quien actua en nombre y representación de su menor hijo **SEBASTIÁN COLORADO MARTÍNEZ**, contra el fallo del 15 de octubre de 2014, mediante el cual el Juzgado Penal del Circuito Especializado de esta ciudad tuteló el derecho fundamental a la salud del menor.

ANTECEDENTES

Relata la accionante que su hijo quien actualmente tiene 7 años, padece de parálisis cerebral, epilepsia focal sintomática, secuelas de encefalopatía pre y perinatal multifactorial y deformidad en flexión. Debido a ello, en el 2012 interpuso acción constitucional contra Aliansasalud EPS, entidad a la cual se encontraba afiliado el menor, para que le concedieran la atención integral que requería para sus enfermedades. Sin embargo, como la mencionada EPS fue liquidada,

los afiliados de ella pasaron a la Nueva EPS, y ésta no le está prestando al menor todos los servicios que requiere para el efectivo manejo de sus patologías, por tal razón y como no era posible presentar un desacato contra una entidad que ya no existe, por ende, presentó otra tutela contra la Nueva EPS; tal asunto lo conoció el Juzgado Quinto Laboral del Circuito, despacho que le ordenó a la entidad brindar el Ensoy niños que Sebastián necesitaba, pero no concedió el transporte para llevarlo a la ciudad de Bogotá ni se pronunció respecto de la integralidad de los servicios, pues consideró que de tal asunto ya se había ocupado de decidirlo el fallo de tutela anterior.

De acuerdo a lo dicho, afirma la señora Colorado que se ve en la obligación de presentar una nueva acción constitucional, ya que en estos momentos su hijo se encuentra pendiente, desde principio de año, que se le practiquen los procedimientos denominados "extracción de dispositivo implantado en fémur, secuestrectomia drenaje, desbridamiento de fémur sod, inyección de material biorelajante (toxina botulínica) inmovilización o manipulación articular especifica sod", todos ellos ya autorizados pero no realizados hasta la fecha; adicionalmente, está pendiente de que se le autorice y realice la consulta por primera vez con medicina especializada y la cita de metabolismo óseo con el Dr. Lamoglia del Instituto Roosvelt de la ciudad de Bogotá.

Finalmente, manifiesta que la presente acción de tutela no puede ser considerada como temeraria, dado que son hechos diferentes y aún no se le ha dado la orden a la Nueva EPS para que brinde al menor Sebastián el tratamiento integral para su patología. Además, que ni ella ni su esposo cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar los altos costos médicos de la enfermedad de su hijo, ya que ella debió dejar de trabajar pues él requiere que lo atiendan todo el tiempo toda vez que su movilidad es limitada y no controla esfínteres, por tanto el sustento de la familia depende de su esposo quien labora como asesor en una empresa de seguridad.

Por todo lo anterior, solicita de la Judicatura se le ordene a la Nueva EPS autorizar y realizar los procedimientos médicos que requiere el menor Sebastián, igualmente que se le mande a garantizar el

tratamiento integral para las patologías que actualmente padece; por último, pide se disponga que la entidad promotora de salud, deberá suministrarle los viáticos (alojamiento, alimentación y transporte) para acudir a la realización de los procedimientos mencionados, al igual que para las citas de control de las enfermedades.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Pereira avocó conocimiento de la actuación, admitió la demanda tutelar, corrió el traslado a las entidades accionadas en la forma indicada en la ley y al efectuar el estudio de la situación fáctica planteada, decidió tutelar los derechos fundamentales del niño Sebastián Colorado Martínez, indicando que a pesar de que la Nueva EPS hubiese autorizado los procedimientos requeridos por el menor, no puede excusarse en que es deber de las IPS con las cuales contrata servicios el programar y realizar los mismos, pues de nada le sirve al paciente contar con autorizaciones si no tiene la posibilidad de hacer efectivas las mismas, especialmente porque la entidad no tiene contrato vigente con las IPS para las cuales remite al menor. De otro lado, consideró que dadas las enfermedades que padece Sebastián era necesario conceder el tratamiento integral para las mismas, pues no es justo que cada vez que él necesite un procedimiento, medicamento o insumo su madre deba acudir al Juez de tutela para lograr la Nueva EPS se lo brinde. En lo que respecta a los viáticos, tuvo en cuenta las manifestaciones de la señora Gloria Elena respecto de su situación económica, para con base en ello, establecer la necesidad de que los mismos fueran cubiertos por la EPS cada vez que el menor sea remitido a una entidad fuera de su municipio de residencia.

Así las cosas, le ordenó a la Nueva EPS proceder dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, a garantizar al menor los servicios de salud que requiere, extracción de dispositivo implantado en fémur, secuestrectomia drenaje, desbridamiento de fémur sod, inyección de material biorelajante (toxina botulínica) inmovilización o manipulación articular especifica sod, al igual que la consulta por primera vez con medicina especializada para metabolismo óseo. Igualmente, asegurar la prestación del tratamiento integral para sus diferentes patologías, esto es, parálisis cerebral, epilepsia focal sintomática, secuelas de

encefalopatía pre y perinatal multifactorial y deformidad en flexión; también le ordenó cubrir los gastos por concepto de viáticos (transporte, alojamiento y manutención), en el evento de que los servicios de salud prescritos al menor por parte del médico tratante deban ser prestados en municipio diverso al de su residencia. Finalmente le concedió a la Nueva EPS el derecho a recobrar ante la autoridad correspondiente, por los gastos en que incurra en cumplimiento del presente fallo y que legalmente no sean de su competencia.

FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN

La señora Gloria Elena Martínez una vez conoció el fallo de tutela procedió a impugnarlo, pues indica que en la parte resolutiva no se hizo mención a que los gastos de viáticos que se ordenaban era también para un acompañante; adicionalmente, tampoco se hizo referencia a que la Nueva EPS debía brindarles el transporte dentro de la ciudad de Bogotá y todo lo que necesite en atención sobre la cirugía en el Instituto Roosevelt (sic).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Colegiatura se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1 del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde determinar a esta Corporación, si le asiste razón a la accionante en cuanto a que se debe dejar claro en la parte resolutiva de la decisión, que la Nueva EPS le debe brindar los viáticos tanto al menor Sebastián como a su acompañante, e igualmente que los mismos deben cubrir los gastos de desplazamiento dentro de la ciudad de Bogotá.

Es pertinente precisar que la tutela tiene como objeto primordial la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados a través de un procedimiento preferente y sumario mediante el cual es posible establecer si se ha presentado una acción u omisión de una autoridad

pública o de un particular en los casos previstos en la ley que causen un agravio a los derechos invocados por la accionante.

La Sala parte de la consideración de que en efecto, la acción tutelar es un derecho constitucional y como tal, puede ser reclamada por cualquier persona en todo momento y lugar ante los Jueces de la República, para la protección de sus derechos fundamentales; pero, esta facultad no es absoluta, dado que existen unos límites, de tal suerte que no degenere en abuso del derecho.

Es por ello que el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia identifican como características esenciales de la acción de tutela la de ser una residual y subsidiaria, es decir, que esta procede solo cuando no existan otros medios más eficaces para amparar el derecho fundamental o en riesgo, o que existiendo se encuentre frente a un perjuicio grave e irremediable.

El asunto que ocupa la atención de esta Colegiatura, se concentra en el cuestionamiento que se hace al fallo de primer nivel que a pesar de haber concedido todas las pretensiones de la accionante, no fue claro al momento de establecer que la entidad debía brindar los viáticos tanto al menor como a su acompañante, y que además debía ofrecer todo los necesario para los traslados dentro de la ciudad de Bogotá.

El derecho a la salud está establecido en el artículo 49 de nuestra carta magna como un servicio público esencial el cual puede ser prestado tanto por particulares como por el Estado, sin embargo, siempre será el Estado el encargado de garantizarle el acceso a este servicio a toda la población. Es por ello, que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia[1] ha recalcado la autonomía de dicho derecho y ha indicado que su protección asegura el principio constitucional de la dignidad humana. Sin embargo, al momento de solicitar su protección vía tutela, es deber del Juez constitucional verificar el cumplimiento de ciertos requisitos ello por cuanto existe un limite razoble al ejercicio de este derecho"*los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad consagrados en el artículo 49 de la Carta Política suponen un límite razonable al derecho fundamental a la salud, haciendo que su protección mediante vía de tutela proceda en principio cuando: (i) esté amenazada la*

[1] Ver Sentencias T-016 de 2007, T-760 de 2008. T- 360 de 2010 entre otras.

dignidad humana del peticionario; (ii) el actor sea un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) el solicitante quede en estado de indefensión ante su falta de capacidad económica para hacer valer su derecho."[2]

En ese orden se debe tener claro que nuestra máxima guardiana constitucional reconoce como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a los sujetos en condiciones de vulnerabilidad, a las personas en situación de discapacidad y a las personas de la tercera edad. Por ello respecto al derecho a la salud de los niños, ha dicho la Corte Constitucional:

> *"Con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política, esta Corporación ha reconocido, en abundante jurisprudencia, que el derecho a la salud de los niños está consagrado en el mencionado mandato con carácter fundamental.*
>
> *Así mismo, en distintos instrumentos de derecho internacional se ha otorgado a los niños la calidad de sujetos de especial protección constitucional y se ha reconocido la salud de los mismos como derecho de índole fundamental.*
>
> *Para esta Corporación, es claro que el constituyente colombiano buscó crear una diferencia entre los derechos de los niños, frente a los derechos de las demás personas, pretendiendo con ello que sus derechos prevalezcan y tengan una protección de manera preferente.*
>
> *De otra parte, la mencionada protección adquiere una connotación aún más especial, cuando los niños presentan algún tipo de discapacidad que les ocasione una disminución física o mental, toda vez que debe protegérseles a de manera prioritaria, con fundamento en los artículos 13 y 47 Superiores, pues se impone prodigarles un cuidado mayor y eficaz por sus circunstancias de debilidad manifiesta.*
>
> *Frente al particular, la Corte ha señalado que:*
>
> *"Dichos mandatos generan para el Estado la obligación de implementar un trato favorable para ellos, a través de acciones afirmativas que permitan garantizar la ayuda efectiva para los menores que se encuentran en situación de inferioridad o desventaja con el propósito de que puedan remediarlas eficazmente. En esta labor, el Estado debe asegurar que a los discapacitados, se les brinde la totalidad del tratamiento previsto para su enfermedad."*

[2] Corte Constitucional, Sentencias T-922 de 2009, T-760 de 2008, T-189 de 2010.

> *Conforme con lo anterior, a las personas que presentan una condición de inferioridad o discapacidad, se les debe brindar un servicio de salud libre de discriminaciones y una ayuda eficaz. Para ello, el Estado tiene la obligación de asegurar, que a las personas con disminución física, les sea brindada la "totalidad del tratamiento previsto para su enfermedad" y logren su integración social a través de todos los medios que se encuentren, bien sean médicos o educativos. Conforme con el artículo 44 Superior, a los niños en condición de discapacidad se les debe brindar un servicio de forma "especializada", eficiente e integral encaminado a mejorar su calidad de vida."*[3]

Así las cosas, es evidente que la presente acción de tutela es procedente en cuanto se trata de buscar la protección de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de un niño de siete años de edad, quien por sus especiales condiciones de salud y su escasa capacidad para valerse por si mismo, es agenciada en el presente asunto por su madre, quien lo hace amparada en lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

Ahora bien, gira la discusión en torno a si es o no necesario dejar claro en la parte resolutiva del fallo que los viáticos ordenados por el Juez de primera instancia, deben ser tanto para el menor Sebastián como para su acompañante, y que los mismos deben incluir los gastos de transporte urbano dentro de la ciudad de Bogotá.

De acuerdo a lo anterior, y toda vez que la impugnación sólo gira en torno a que se deje claro en la parte resolutiva del fallo revisado que los viáticos son tanto para el menor accionante como para su acompañante, la Sala limitará su pronunciamiento a ese tema y al de la procedencia de ordenar o no que se le concedan también los gastos de transporte urbano en la ciudad de Bogotá.

Si bien no existe una norma específica que haga referencia a las exigencias que se deben tener en cuenta al momento de autorizar viáticos para el acompañante de un paciente, a quien éstos ya le fueron autorizados, la Suprema Guardiana Constitucional si ha hecho su trabajo en ese sentido y por ello ha dicho:

> *"En sentencia T-346 de 2009[37], se recordó que la jurisprudencia constitucional ha señalado, que todas las personas tienen el*

[3] Corte Constitucional T-408 de 2011, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

derecho a recibir la asistencia médica necesaria para la recuperación de su salud, situación que en algunos casos excepcionales puede conllevar incluso el servicio de transporte, siempre y cuando (i) ni el paciente ni la familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el mencionado servicio y (ii) que en caso de no otorgarse el medicamento, procedimiento o tratamiento, se amenace "la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario". De igual forma, citó que en algunas oportunidades se ha ordenado la prestación del transporte, junto con un acompañante, cuando el paciente (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) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.

En cuanto al cubrimiento de gastos de traslado para el acompañante, esta Corporación señala que la protección procede cuando, atendiendo el concepto médico, el paciente requiere de un tercero para hacer posible su desplazamiento o para garantizar su integridad física y la atención de sus necesidades más apremiantes[38]. Al respecto señaló: "la autorización del pago del transporte del acompañante resulta procedente cuando (i) el paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado""[4]

Así las cosas, este Juez Colegiado no requiere hacer un análisis muy profundo para determinar que el menor Sebastián es totalmente dependiente de su madre o de otra persona para realizar las actividades más básicas de la vida, entre ellas el desplazarse de un lugar a otro; igualmente lo es que esa es la única manera que existe para garantizar su integridad física y además por los dichos de su madre, la situación económica de la familia no es la más boyante como para asumir los viáticos para lograr la atención médica en otras ciudades distintas a Pereira. Por todo lo anterior es clara la necesidad de disponer que la orden de brindarle al menor Sebastián los viáticos deba extenderse para que también la EPS se los brinde a su acompañante, independientemente de si es o no su madre, por tanto se complementará el numeral tercero del fallo de primer nivel.

Ahora bien, en lo que respecta a que se diga que esos gastos también deben incluir los de transporte urbano en la ciudad de Bogotá o dentro

[4] Corte Constitucional, sentencia T-161 de 2013, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de cualquier otra distinta a la ciudad de Pereira a donde el menor sea remitido para ser atendido; debe decir la Sala que en el presente asunto ello se tornaría en una orden desmedida, pues si bien se ha reconocido que por la patología de Sebastián la entidad prestadora de salud debe entrar a apoyarlo para lograr su efectivo acceso a los servicios médicos que requiere, también es claro que en este asunto se está hablando de un paciente que pertenece al régimen contributivo de salud, lo cual permite inferir que si bien su familia no es tan adinerada como para cubrir de su peculio la totalidad de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación cuando el menor es enviado para recibir atención médica por fuera de su municipio de residencia, no es tan pobre como para no poder brindarle el transporte intraurbano en la ciudad a donde se le remite para recibir atención.

Lo anterior, encuentra sustento en el principio de solidaridad de la familia con los niños, especialmente con aquellos en situación de discapacidad, ello por cuanto no se puede perder de vista que la responsabilidad en la atención de este tipo de población es compartida entre la familia, las entidades de salud, el Estado y la sociedad en general, lo que implica que no se le puede cargar a una sola de las partes todo el deber de brindarle al paciente lo que requiere para hacer efectivo su derecho a la salud; en el caso del transporte para los traslados de la persona, la primera llamada a suplir esa necesidad es la familia y luego los demás actores de la sociedad, así lo ha dicho la Corte Constitucional:

> "*De esta manera, el principio de solidaridad impone a cada miembro de nuestra sociedad, el deber de ayudar a sus parientes cuando se trata del disfrute de sus derechos a la salud y a una vida digna, deber que tiene mayor grado de compromiso cuando se trata de las personas de la tercera edad, quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, debido a las aflicciones propias de su edad o por las enfermedades que los aquejan y, por ello, no están en capacidad de procurarse su auto cuidado y requieren de alguien más, lo cual en principio es una competencia familiar, a falta de ella, el deber se radica en la sociedad y en el Estado, que deben concurrir a su protección y ayuda.*
>
> *En este sentido, con el propósito de favorecer el interés colectivo en materia de seguridad social integral, los recursos que el Estado destina a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios deben beneficiar en primer lugar, a las personas que por sus condiciones, requieren mayor atención, a fin de garantizarles los derechos irrenunciables.*

El cumplimiento de las obligaciones estatales, está condicionado por las circunstancias de cada caso particular, y se debe tener en cuenta las contingencias concretas. Por esta razón el juez de tutela debe ponderar el principio de solidaridad, para determinar a quién le corresponde, en primer término, el cumplimiento de ciertos deberes y obligaciones, pues, en primer lugar, se encuentra el propio individuo y después, la familia, la sociedad y el Estado.

De esta forma, la Corte, en Sentencia T-900 de 2002 (MP.Alfredo Beltrán Sierra), respecto de una solicitud de suministro de los recursos necesarios para un desplazamiento al lugar donde se autorizó realizar un procedimiento quirúrgico o tratamiento médico, indicó que:

> *"si la persona afectada en su salud no puede acceder a algún servicio expresamente excluido, de índole meramente económico o logístico, son los parientes cercanos del afectado, en aras del principio de solidaridad, a los que se les debe exigir el cumplimiento de este deber, y que, en tal virtud, deben acudir a suministrar lo que el paciente requiera y que su capacidad económica no le permite. A lo cual agrega que: tales gastos pueden ser asumidos por la propia persona o por sus familiares cercanos, en cumplimiento del deber de solidaridad social de que trata la Constitución Política. Sólo si se está ante la falta comprobada de recursos económicos por parte de la persona enferma o de sus parientes, y existe certeza de que al no acceder al tratamiento médico ordenado se pone en peligro la vida o la salud del paciente, sólo en esas circunstancias, recaerá, se repite, en cabeza del Estado la obligación de poner a disposición del afectado los medios que le permitan el acceso al tratamiento indicado".*

Así pues, es claro que sólo ante la falta de recursos económicos del actor o de su familia, le corresponde al Estado asumir su asistencia."[5]

De allí, que no sea viable en este asunto acceder a lo pedido por la actora pues no es aceptable cargarle todo lo relacionado con el transporte del menor a la EPS, cuando su familia tiene la posibilidad de concurrir para su efectivo goce del derecho a la salud con cosas mínimas, como el transporte dentro de determinada ciudad para que él pueda llegar a las IPS a las que debe ir.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por la autoridad que le otorga la Constitución Política,

[5] Corte Constitucional, sentencia T-730 de 2010.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su totalidad el fallo proferido por el Juez Penal del Circuito Especializado de Pereira 15 de octubre de 2014, en favor de **SEBASTIÁN COLORADO MARTÍNEZ**, **ADICIONANDO** al numeral tercero del mismo que los viáticos concedidos para el menor, también deben brindársele a su acompañante, independientemente de que sea su madre u otra persona, de acuerdo a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes por el medio mas expedito posible y remitir la actuación a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MARÍA ELENA RÍOS VÁSQUEZ
Secretaria