

**JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE
LA CALERA- CUNDINAMARCA**

Referencia: Acción de Tutela
Accionante: YENNY FERNANDA MORENO MARTINEZ
en calidad de agente oficioso de su menor hijo.
Accionado: FAMISANAR E.P.S.
Vinculados: CLINICA NEUROREHABILITAR.
SUPERINTENDENCIA DE SALUD
ADRESS
MINISTERIO DE SALUD
ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA CALERA
SISBEN
Radicación: 25377408900120220032300
Asunto: Auto Admite
Fecha de Auto: Noviembre 23 de 2021.

I. TEMA

Decídase la acción de tutela instaurada por **YENNY FERNANDA MORENO MARTINEZ**, quien actúa en calidad de **Agente Oficioso de su menor hijo JECM¹** y en contra de la EPS FAMISANAR S.A., a fin de que le sean salvaguardados los derechos fundamentales a la *salud, seguridad social y vida en condiciones dignas*.

II. ANTECEDENTES

La acción de tutela impetrada, se encuentra circunscrita a las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

- a. Señalo la accionante que es cabeza de hogar y madre soltera de dos menores de edad, residente del municipio de La Calera, y que actualmente no tiene red de apoyo, ya que su familia está ubicada en diferentes zonas del país.
- b. Contó que su hijo **JECM²**, padece de Discapacidad Intelectual Moderada con alteraciones comportamentales significativas.

¹ En representación de su menor hijo JECM. Iniciales que corresponden al del menor de edad agenciado, a quien en virtud de su calidad se les protegerá su derecho a la intimidad señalándose de esta forma.

² Ibídem

- c. Relato que dada la condición médica de su hijo no puede trabajar, ya que este requiere que ella este 100% con él, para el desarrollo de sus actividades diarias.
- d. Indicó que, conforme al tratamiento médico prescrito a su menor hijo, este debe acudir a terapias de fonoaudiología ocupacional, terapia física y psicología, sin embargo, solo ha podido acudir a las dos primeras, pues la IPS CLÍNICA NEUROREHABILITAR tiene una sede cerca a su domicilio, mientras que las terapias de psicología le quedan muy lejos de casa implicando gran esfuerzo económico y emocional su desplazamiento.
- e. Señaló que, dado la situación de su hijo, el día 25 de julio de 2022, la IPS NEUROREHABILITAR, a través del Dr. DANIEL STYWEAR VILLAMIL, solicito a la EPS FAMISANAR:
- “Requerimiento de Terapeuta acompañante... Por medio de la presente permítase la pronta autorización del servicio de Psicología conductual aplicada (8 horas diarias, 5 días a la semana) para el usuario JECM, identificado con la Tarjeta de Identidad número XXXXXXX, diagnosticado con Discapacidad Intelectual Moderada con alteraciones comportamentales significativas (CIE 10: F71. 1) y quien actualmente se encuentra inscrito al programa de intervención terapéutica integral establecida por la Clínica Neurohabilitar identificada con NIT. Número 900244203-3. El motivo del requerimiento es la necesidad de reforzar procesos de regulación conductual tanto en el contexto clínico como natural, lo cual es crucial dado que el usuario presenta de forma constante conductas hereoagresivas, lo que además compromete su integridad personal y la de terceros.”*
- f. Manifestó que pese a la radicación de la documental narrada anteriormente la EPS FAMISANAR S.A., negó dicho servicio.

En razón a los anteriores hechos, solicito a través del recurso de amparo las siguientes peticiones:

PRIMERA: Solicito a Usted, Señor Juez, que ante los hechos en que se funda esta acción constitucional, declare la procedencia de la presente tutela de manera integral y en consecuencia sean amparados los derechos invocados y los demás que el Juez Constitucional encuentre que han sido vulnerados o pretenden serlos por parte de la EPS FAMISANAR.

SEGUNDA: Que, en virtud del amparo concedido, se ordene a dicha entidad que dentro del término perentorio que señale su despacho, sin más dilaciones se ordene, el servicio de Terapeuta acompañante sombra (Psicología conductual aplicada – 8 horas diarias, 5 días a la semana), tiempo que me permita laborar, dado que esto es de suma importancia para la suscrita en razón a que debo proveer el sustento de mi núcleo familiar.

TERCERA: Por otro lado, se ordene a la accionada a asignar el servicio de transporte y/o traslados desde nuestro domicilio ubicado en la Avenida 2 No. 9 - 68 Del Municipio de la Calera, Cundinamarca, hasta la ciudad de Bogotá D.C. para cada una de las citas médicas, seguimientos y/o terapias que tenga mi hijo, dado lo anteriormente dicho.

*CUARTO: Se ordene a la EPS FAMISANAR que en adelante garanticen de forma oportuna y eficiente la prestación del servicio de salud que requiere mi hijo, para hacer sus **CONTROLES Y SER ATENDIDO** de conformidad con lo que ordenen los médicos tratantes y en general, brindándole la atención integral que demanda el caso, garantizando todo cuidado, suministro de medicamentos y elementos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y seguimiento, desplazamiento, asistencia hospitalaria y domiciliaria, así como todo otro componente que el médico tratante considere necesario para el tratamiento de su salud y obtener una calidad de vida acorde a sus deficiencias físicas.*

III. ACTUACIONES SURTIDAS.

Mediante providencia del 08 de noviembre de 2022, se admitió el asunto y se dispuso accionar el amparo constitucional contra la **FAMISANAR E.P.S.**, así como se ordenó la vinculación de **CLINICA NEUROREHABILITAR, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, ADRESS, MINISTERIO DE SALUD, ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA CALERA y SISBEN**, como terceros con interés en la presente acción constitucional.

IV. POSICIÓN DE LA ACCIONADA Y VINCULADAS

Accionada EPS FAMISANAR S.A.

Señalo que la entidad promotora de salud, ha autorizado todos los servicios que ha requerido el usuario, conforme a las ordenes médicas expedidas por los galenos tratantes y que cumplan con los requisitos establecidos en las normas que regulan el SGSSS.

Vinculada ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA CALERA

Señalo que en el presente asunto la Administración Municipal carece de capacidad para ser parte, por falta de legitimación en la causa, indico que existe una falta de conexión entre los hechos de la acción y las competencias del Municipio en contraste con las de la accionada FAMISANAR E.P.S. que al ser esta la prestadora del servicio de salud por mandato legal y constitucional, es la competente para pronunciarse del asunto.

Manifestó que el municipio carece de competencia para adoptar medidas encaminadas a evitar o mitigar la afectación que se aduce por la accionante en el escrito respecto de sus derechos como cuidadora de su hijo menor de edad con discapacidad, la invitó a asistir a las actividades sociales y de apoyo a las personas en condición de discapacidad con las que cuenta el municipio a través de la Secretaria de Educación cuya oferta es pública.

Accionada ADRES

Solicito al despacho NEGAR el amparo solicitado por la accionante en los que tiene que ver con la entidad, pues de los hechos descritos y material probatorio enviado ADRES no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales de la parte actora.

Vinculado SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Señalo que dentro de la presente acción constitucional no se enuncia y/o observa ninguna acción u omisión de parte de ese órgano de control que afecte de manera directa o indirecta los derechos fundamentales de la parte accionante.

Vinculada MINISTERIO DE SALUD

Indicó la Cartera Ministerial que no ha vulnerado ni amenaza vulnerar los derechos fundamentales objeto de la presente acción de tutela, por cuanto el ejercicio de sus competencias se encamina a dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud y promoción social.

Vinculado DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

Indicó que consultado en la base nacional certificada y avalada por el DNP disponible en la página de esta entidad (www.sisben.gov.co), el documento de identificación asociado ene escrito de la tutela, se tiene que a la fecha la información de la señora YENNY FERNANDA MORENO MARTINEZ, identificada con Cedula de ciudadanía No.1071889735, se encuentra en estado VALIDADO y su clasificación corresponde al GRUPO A2-POBREZA EXTREMA.

Vinculado IPS CLÍNICA NEUROREHABILITAR

Señalo que la clínica ofrece servicios dentro del Modelo de Intervención Terapéutica Integral especializada en la atención de pacientes con trastorno del espectro autista principalmente, que involucra la intervención psicológica familiar, terapéutica social y neurorehabilitación integral, en donde incluye especialidades de neuropsicología, psicología clínica y áreas funcionales como lo es terapia ocupacional, terapia neurosensorial, fisioterapia, terapia cognitivo-musical, fonoaudiología y psicología cognitiva conductual de 8 horas diarias. Los servicios y personal son idóneos para realizar la rehabilitación integral del menor.

V. CONSIDERACIONES

a. Competencia

Este Despacho Judicial es competente para conocer en Primera Instancia de la presente Acción de Tutela, dado que conforme lo establecido en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991 *“son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”* y para el caso que nos ocupa, la supuesta vulneración a los derechos fundamentales indicados se está generando en esta municipalidad.

b. Legitimación por activa

Conforme lo establece el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona tendrá la acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 prevé en términos de legitimidad e interés, que la solicitud de amparo constitucional podrá ser promovida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante, para lo cual se presumirán auténticos los poderes.

La ciudadana **YENNY FERNANDA MORENO** en calidad de agente oficioso y representante del menor **JECM**³ se encuentra habilitada para interponer la presente acción, toda vez que, en aras de proteger los derechos de su menor hijo, su padre puede acudir a la acción de tutela para asegurar el respeto de los derechos fundamentales del menor frente a las acciones y/u omisiones de las entidades de orden público y particulares.

c. Legitimación por pasiva

En virtud de lo dispuesto en los artículos 5° y 12° del Decreto 2591 de 1991, el ente accionado se encuentra legitimado como parte pasiva en la presente acción de tutela, en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

d. Delimitación del caso, problema jurídico y aspectos a tratar.

De acuerdo con los fundamentos fácticos expuestos, el despacho avizora la existencia de tres problemas jurídicos los cuales se discriminan de la siguiente manera:

1. Determinar si la EPS accionada vulneró el derecho fundamental a la salud del menor **JECM** al negar la autorización del insumo denominado **SOMBRA TERAPEUTICA/ TUTOR SOMBRA**.
2. Establecer si la entidad accionada pone en riesgo los derechos fundamentales del menor, al no autorizar y suministrar transporte con acompañante para las citas de psicología
3. Decidir si procede la orden destinada a concederle el tratamiento integral, en virtud de las patologías que sufre el menor.

Así las cosas, ésta instancia deberá determinar, en primer lugar, si la presente acción de tutela es procedente conforme las reglas de la inmediatez y subsidiariedad, y de serlo, entrar a analizar, si la accionada con su presunta conducta, desconoció las garantías fundamentales invocadas por el accionante.

Derecho fundamental a la salud de los niños discapacitados.

Ha establecido la H. Corte Constitucional en sentencia T-405 de 2015, lo siguiente:

La Constitución establece en su artículo 44 que son derechos fundamentales de los niños “*la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)*”. Así mismo, indica dicha norma que estos prevalecen sobre los derechos de los demás. Aunado a ello, se destaca que la familia, la sociedad y el

³ En representación de su menor hijo JECM. Iniciales que corresponden al del menor de edad agenciado, a quien en virtud de su calidad se les protegerá su derecho a la intimidad señalándose de esta forma.

Estado deben asistir al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías.

Esta decisión del Constituyente de 1991 se fundamentó en las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos durante esa etapa de la vida y en la obligación del Estado de “*promover las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta*”

Aunado al carácter fundamental y prevalente que se ha dado a los derechos de los niños, esta Corporación ha señalado que la acción de tutela procede de manera directa para su guarda y protección sin que medie otro derecho para ello. Así, en la sentencia T-206 de 2013 indicó:

“El artículo 44 constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás. Esta norma establece de forma expresa los derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad son fundamentales. Asimismo, dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías. La Corte Constitucional ha establecido que los niños y las niñas, por encontrarse en condición de debilidad, merecen mayor protección, de forma tal que se promueva su dignidad. También ha afirmado que sus derechos, entre ellos la salud, tienen un carácter prevalente en caso de que se presenten conflictos con otros intereses. Adicionalmente, atendiendo al carácter de fundamental del derecho, la acción de tutela procede directamente para salvaguardarlo sin tener que demostrar su conexidad con otra garantía, incluso en los casos en los que los servicios requeridos no estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Igualmente, ha sostenido que cuando se vislumbre su vulneración o amenaza, el juez constitucional debe exigir su protección inmediata y prioritaria.”

Ahora bien, la protección especial de los niños y las niñas en lo que atañe al derecho a la salud, ha sido reconocida en diversos tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991.

No obstante, la Ley 1751 de 2015 establece como uno de los principios del derecho fundamental a la salud, la *prevalencia de derechos*, en esa medida dispone que: “*El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;(...)*”.

Igualmente, el mismo cuerpo normativo en su artículo 11, resalta que los niños y niñas como las personas en condición de discapacidad, son sujetos de especial protección constitucional. En ese entendido, indica que el Estado deberá proteger de manera especial a dichos sujetos, así como deberá garantizarse la atención en salud sin restricciones de tipo administrativo o económico.

De otro lado, en lo que atañe a la guarda de los derechos de las personas en estado de discapacidad, la Corte ha establecido que le asiste el deber al Estado de adoptar las medidas necesarias para que esta población disfrute de sus derechos sin ser discriminados ni marginados por la sociedad. Así, en la Sentencia T-288 de 1995, indicó:

“El Constituyente no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a la que históricamente han sido expuestas las personas disminuidas física, sensorial o psíquicamente. Es así como la Carta Política consagra derechos fundamentales y derechos prestacionales en favor de los discapacitados. La igualdad de oportunidades y el trato más favorable (CP art. 13), son derechos fundamentales, de aplicación inmediata (CP art. 85), reconocidos a los grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. De otra parte, los discapacitados gozan de un derecho constitucional, de carácter programático (CP art. 47), que se deduce de la obligación estatal de adoptar una política de previsión, rehabilitación e integración social.

“Los derechos específicos de protección especial para grupos o personas, a diferencia del derecho a la igualdad de oportunidades, autorizan una `diferenciación positiva justificada` en favor de sus titulares. Esta supone el trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta (CP Art. 13).”

En cuanto al derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad, la Corte ha establecido que la atención que se les suministra debe caracterizarse por procurar la mejoría del paciente, buscar que este avance en el proceso de recuperación de su limitación física, psíquica o sensorial y su tratamiento debe estar acompañado por personal especializado. Al respecto, la Sentencia T-197 de 2003 señaló:

“(...) es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”

Finalmente, esta Corporación ha indicado que el tratamiento que se debe suministrar al niño con discapacidad debe caracterizarse por ser íntegro. Así las cosas, en la Sentencia T-179 de 2004 señaló:

“Por consiguiente, a los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras, son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida...”

Esta Corporación ha indicado que es labor del Estado garantizar a los menores en condición de discapacidad la totalidad del tratamiento, así como que el servicio de salud que se les preste debe caracterizarse por ser especializado. Así, la Sentencia T-862 de 2007 reiteró:

*“De otra parte, la protección constitucional a los niños se encuentra reforzada cuando padecen de alguna clase de discapacidad, la cual tiene fundamento en los artículos 13 y 47 Superiores. 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 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.** (Negrilla fuera del texto original)*

***Bajo este contexto, el servicio en salud al que tienen derecho las personas con discapacidad debe ser especializado, en cuanto que éstas son merecedoras de una atención acorde a su situación. De ahí que, si el niño es beneficiario del Régimen de Seguridad Social, los facultativos deben acudir a los avances de la ciencia médica para procurarle una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse.**”¹³⁴⁷ (Negrilla fuera del texto original)*

De otro lado, la legislación no ha sido ajena a los derechos de los discapacitados. En tal medida las leyes 1346 de 2009, 1618 de 2013 y 1751 de 2015 disponen que las personas con discapacidad son sujetos de especial protección, por cuanto al Estado le asiste el deber de velar por la garantía de sus derechos entre ellos el de salud y rehabilitación, por lo que deberá adoptar las medidas tendientes a brindar una atención en salud oportuna que le permita a la persona progresar en su limitación

De esta manera, debe advertirse que los infantes requieren de una atención en salud idónea, oportuna y prevalente, respecto de la cual toda entidad pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior, en concordancia con los principios legales de protección integral e interés superior de los niños y niñas.

De todo lo anterior se colige que los niños y niñas en condición de discapacidad gozan de una protección especial en la que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas, incluyendo al juez constitucional. Por ende, cuando la falta de suministro del servicio médico afecta los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías superiores.

DERECHO A LA VIDA DIGNA

Ha sostenido el Alto Tribunal Constitucional en Sentencia T-444 de 1999, lo siguiente:

“...el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Así, no solamente aquellas actuaciones u omisiones que conducen a la extinción de la persona como tal, o que la ponen en peligro de desaparecer son contrarias a la referida disposición superior, sino también todas las circunstancias que incomodan su existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Una de ellas, ha dicho la Corte, es el dolor cuando puede evitarse o suprimirse, cuya extensión injustificada no amenaza, sino que vulnera efectivamente la vida de la persona, entendida como el derecho a una existencia digna. También quebranta esta garantía constitucional el someter a un individuo a un estado fuera de lo normal con respecto a los demás, cuando puede ser como ellos y la consecución de ese estado se encuentra en manos de otros; con más veras cuando ello puede alcanzarlo el Estado, principal obligado a establecer condiciones de bienestar para sus asociados...”

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En Sentencia T-043 de 2019, dispuso la H. Corte Constitucional *“...que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan*

afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano...”

e. Inmediatez de la Acción de Tutela

Para activar este mecanismo constitucional deberá existir un tiempo razonable entre los supuestos fácticos que motivan la interposición de la acción de tutela y su presentación, de tal forma que se evidencie la necesidad de una protección urgente por parte del juez constitucional.

En relación con el caso *sub examine*, el requisito de inmediatez se encuentra satisfecho, dado la solicitud de autorización de Terapeuta acompañante data del 25 de julio, y el recurso de amparo se instauro el 08 de noviembre de 2022, lapso que para esta sede judicial es razonable y proporcionado para hacer uso de la acción constitucional.

f. Subsidiariedad de la acción de tutela:

En lo relativo al requisito de subsidiariedad, es pertinente reiterar que, acorde con el artículo 86 de la Carta Política, la tutela es una acción de naturaleza excepcional y subsidiaria, lo que conlleva que solo procede cuando: (a) el titular de los derechos no cuente con otro medio de defensa judicial; o (b) existiendo dicho medio no resulte eficaz ni idóneo para la protección invocada y sea necesario adoptar una medida transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

En el presente asunto, este Despacho Judicial considera que se cumple el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela como mecanismo definitivo, en tanto:

1. Se trata de un menor de edad, sujeto de especial protección constitucional.
2. Existe una potencial amenaza al derecho fundamental a la atención integral en salud.
3. El servicio de acompañamiento psicológico en ambiente natural se encuentra expresamente excluido según la Resolución 5269 de 2017, y, en esa medida, el litigio planteado no es de conocimiento de la Superintendencia de Salud (literal e del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007).

g. Estudio del Caso en Concreto.

La acción de Tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política como un mecanismo procesal específico y directo que tiene por objeto la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos sean violados o se presente amenaza de vulneración.

La señora **YENNY FERNANDA MORENO** en calidad de agente oficioso de su menor hijo **JECM**, instaura la presente acción de tutela deprecando el amparo tutela a la salud, vida en condiciones dignas y seguridad social, en consecuencia, solicito a la **EPS FAMISANAR S.A.**, autorice y garantice el servicio Terapeuta Acompañante, servicio de transporte ida y regreso desde La Calera – Bogotá para ella y su hijo para asistir a las citas médicas de psicología y tratamiento integral.

Dentro del caso, este Despacho Judicial identifico los siguientes problemas jurídicos:

1. Determinar si la EPS accionada vulneró el derecho fundamental a la salud del menor **JECM** al negar la autorización del insumo denominado **SOMBRA TERAPEUTICA/ TUTOR SOMBRA**.
2. Establecer si la entidad accionada pone en riesgo los derechos fundamentales del menor, al no autorizar y suministrar transporte con acompañante para las citas de psicología .
3. Decidir si procede la orden destinada a concederle el tratamiento integral, en virtud de las patologías que sufre el menor.

En virtud de lo anterior, para efectos de dar respuesta al primer problema jurídico, esto es, determinar si la EPS accionada vulneró el derecho fundamental a la salud del menor **JECM** al negar la autorización del insumo denominado **SOMBRA TERAPEUTICA/ TUTOR SOMBRA**, es necesario precisar que en lo que respecta a los menores de edad, el derecho a la salud ha sido calificado expresamente como un derecho fundamental en el texto constitucional. El artículo 44 CP dispone que “*Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, **la salud** y la seguridad social (...)*” (resaltado por fuera del texto original).

Sin embargo, es necesario resaltar, que, dentro del marco legal aplicable y jurisprudencia constitucional, la sentencia T-364 de 2019 estableció que:

“...las terapias con enfoque tipo ABA, según el Anexo Técnico de la Resolución 4251 de 2012 del Ministerio de Salud, son programas “para pacientes con diagnóstico de autismo, que contienen intervenciones, actividades y procedimientos en salud y educación”. Al respecto, dicho organismo estableció que gran parte de estas “terapias no cuentan con evidencia científica sobre su seguridad y efectividad”⁴, y, en esa medida, financiarlas con recursos públicos “estaría en contra de lo ordenado en el artículo 15 de la ley estatutaria de salud”. Dentro del conjunto de terapias con el enfoque antedicho se encuentran las llamadas “terapias sombra”, las cuales consisten en el servicio que presta una “persona (maestro o niño, por ejemplo) que acompaña de manera permanente a un niño con [Trastornos del Espectro Autista - en adelante TEA-] a fin de vincularlo con el mundo exterior”⁵.

En relación con la efectividad de las sombras terapéuticas, el Ministerio de Salud y el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS)⁶, concluyeron que: (i) no era recomendable el uso de “sombras terapéuticas”, pues no contribuyen a fortalecer la autonomía de las personas con Trastornos del Espectro Autista; (ii) tampoco encontraron evidencia que demuestre la efectividad de este tipo de terapias, y por el contrario, expertos conceptuaron que no es una modalidad de tratamiento reconocido “oficialmente”⁷; y que, en últimas; (iii) el “uso de “auxiliares personales” son medidas de soporte o servicios de “respiro”, que buscan mejorar la calidad de vida familiar”⁸.

Por lo anterior, la resolución 5267 de 2017 -aplicable al caso concreto- estableció en el numeral 38 que las terapias sombra, sin importar la condición o enfermedad asociada a su prescripción, se encuentran excluidas del financiamiento con recursos públicos asignados al sector salud.

En esa medida, el acompañamiento terapéutico en ambiente natural, como modalidad de terapia sombra⁹, carece de evidencia científica que la respalde, y en ese orden, se enmarca dentro de los supuestos del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015. Así las cosas, la Sala encuentra que se trata de un servicio de la salud expresamente excluido, conforme a los requisitos jurisprudenciales mencionados, por lo que, en principio, no puede ser financiado con los recursos públicos destinados a la salud.

Entonces, tratándose de menores de edad, y en cumplimiento de la atención integral en salud, la sentencia T-802 de 2014 dejó claro que la orden médica de una terapia tipo ABA no es suficiente para la prestación del servicio, pues exige: (i) justificar “con base en criterios médico-científicos que el paciente va obtener una mejoría o progreso en su salud (sic)”; (ii) explicar por qué la terapia tipo ABA ordenada, “no puede ser sustituid[a] o reemplazad[a] por uno de los servicios incluidos en el POS”; (iii) probar, en todos los casos, que los accionantes no tienen los recursos para sufragar las terapias tipo ABA. Lo anterior, en cumplimiento de los criterios jurisprudenciales recogidos en la sentencia C-313 de 2014 –*ut supra* **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** –. La exigencia en comento, retomando el fundamento 0 anterior, es compatible con el mencionado Protocolo Clínico del Ministerio de Salud y el IETS, pues en éste se determina que “las intervenciones basadas en ABA no demostraron diferencias

⁴ Ministerio de Salud y Protección Social, ABECÉ sobre TEA y terapias ABA, pág. 2. Disponible en internet desde: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/abc-terapias-aba.pdf>

⁵ Ministerio de Salud y Protección Social, Boletín de Prensa No 035 de 2017. Disponible en internet desde: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/MinSalud-nomina-10-tecnologias-y-servicios-a-la-lista--de-exclusiones.aspx>

⁶ Ministerio de Salud y Protección Social, y IETS (2015), Protocolo clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con Trastornos del Espectro Autista. Disponible en internet desde: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/Protocolo-TEA-final.pdf>

⁷ Ibídem, p 71.

⁸ Ibídem, p 28.

⁹ Otras sentencias de esta Corporación, como, por ejemplo, las sentencias T-495 de 2012, T-567 de 2013, T-170 de 2019, han reconocido que, en efecto, el acompañamiento terapéutico en ambiente natural es un tipo de terapia sombra.

estadísticamente significativas comparadas con la terapia habitual, para mejorar los desenlaces de habilidades cognitiva, (...) lenguaje expresivo, (...) [ni] lenguaje receptivo”¹⁰.

Hasta este punto, es claro que la Ley 1751 de 2015 introdujo un cambio en el parámetro de control aplicable al derecho fundamental a la salud, que se reflejó, entre otras, en la premisa rectora bajo la cual: todo se encuentra incluido, salvo lo que está expresamente excluido. En esta línea, la sentencia C-313 de 2014 sostuvo que la “*definición de exclusiones resulta congruente con un concepto del servicio de salud, (...) [pues cuando el derecho] está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas*”. También, al revisar las terapias sombra, es claro que se encuentran expresamente excluidas de la financiación con los recursos en salud – ver *supra*, 0 –, pues no existe suficiente evidencia científica que soporte sus beneficios en el proceso de recuperación del estado de salud de una persona con diagnóstico de TEA – ver *supra*, 0 y 0 –.

Finalmente, la jurisprudencia ha reconocido que este tipo de terapias pueden ser cubiertas, excepcionalmente, por los recursos destinados a la salud, siempre y cuando, exista prueba sobre (i) la necesidad de la mejoría o progreso, a partir de *criterios médico-científicos*; (ii) la explicación del médico tratante, junto con su orden médica vigente, sobre la imposibilidad de sustituir o reemplazar la terapia ABA ordenada; (iii) y la prueba sobre la incapacidad económica del paciente...”

De lo anterior se depende que las SOMBRAS TERAPÉUTICAS son servicios expresamente excluidos para ser financiados con los recursos públicos asignados a la salud, (UPC) y presupuesto máximo (Resolución 586 de 2021). Sin embargo, conforme se citó en pasajes anteriores, este tipo de terapia puede ser cubierta, siempre y cuando exista prueba sobre la necesidad de la mejoría o progreso, a partir de *criterios médico-científicos*; (ii) la explicación del médico tratante, junto con su orden médica vigente, sobre la imposibilidad de sustituir o reemplazar la terapia ABA ordenada; (iii) y la prueba sobre la incapacidad económica del paciente...”

Estudiado el acervo probatorio, evidencia el despacho, que pese a que está demostrado la incapacidad económica de la accionante y su hijo, y reposa solicitud de autorización del servicio de psicología conductual aplicada, dicha solicitud no cumple con los parámetros establecidos por la jurisprudencia constitucional, sobre el contenido de las ordenes médicas para la solicitud de terapias tipo ABA, las cuales exigen al galeno tratante en primer lugar, justificar “*con base en criterios médico-científicos que el paciente va obtener una mejoría o progreso en su salud*”; y segundo lugar explicar por qué la terapia tipo ABA ordenada, “*no puede ser sustituida o reemplazada por uno de los servicios incluidos en el POS*”

¹⁰ Ministerio de Salud y Protección Social, y IETS (2015), Protocolo clínico para el diagnóstico, tratamiento y ruta de atención integral de niños y niñas con Trastornos del Espectro Autista, pág.62, 65 y v 67.

Así las cosas, el Despacho concluye que no es procedente amparar los derechos fundamentales a la salud, vida digna y seguridad social del menor hijo de la accionante, por lo cual se negara el amparo deprecado frente a esta pretensión.

En segundo lugar, corresponde a este Estrado Judicial pronunciarse sobre la solicitud del servicio de transporte, así las cosas, sostiene la accionante la IPS CLINICA NEUROREHABILITAR asignó las terapias de psicología en la sede ubicada Carrera 28ª No. 76-36 del Barrio Santa Sofía de la ciudad de Bogotá, sin embargo manifestó no tener los recursos económicos para llevar al menor por lo que ha tenido que faltar a varias de las citas médicas generando un retroceso en el tratamiento médico del menor; por su parte la EPS FAMISANAR S.A., informó que el servicio de transporte no se encuentra autorizado por cuanto no existe orden medica emitida por un profesional de la salud.

En lo concerniente al servicio de transporte, si bien es cierto el mismo no se considera en sí como una prestación médica, sí incide en la recuperación o sostenibilidad del paciente, habida consideración que, de no poder asistir a los controles médicos, exámenes o demás servicios requeridos por las condiciones de salud que exhibe, se estaría afectando el acceso al servicio de salud que, eventualmente, conllevaría a la vulneración del derecho a la salud que le asiste a cualquier persona.

En la Sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena unificó las reglas sobre el suministro del servicio de transporte intermunicipal para pacientes ambulatorios, es decir, que no requieren hospitalización. Dicha providencia reiteró la jurisprudencia que ha establecido que, aunque el transporte no es una prestación médica en sí misma, es necesario para garantizar la faceta de accesibilidad del derecho fundamental a la salud, a la que se hizo referencia anteriormente, por lo que su falta de suministro se puede convertir en una barrera de acceso.

La Corte recordó que, de acuerdo con el artículo 178 de la Ley 100 de 1993, las EPS están obligadas a conformar su red de prestadores de manera que aseguren que sus usuarios puedan acceder a los servicios que requieran en todo el territorio nacional y escoger un prestador entre las IPS con las que exista convenio en el área de influencia correspondiente.

De esta forma, la Sala Plena unificó su criterio en el sentido de que cuando un usuario del Sistema de Salud debe desplazarse de su municipio o ciudad de residencia para acceder a un servicio de salud ambulatorio que requiere y está incluido en el plan de beneficios vigente, pues la EPS autorizó la prestación de tal servicio en una institución prestadora por fuera de

dicho municipio o ciudad, la EPS debe asumir el servicio de transporte, por cuanto no hacerlo podría equivaler a imponer una barrera de acceso al servicio.

Este servicio de transporte intermunicipal para paciente ambulatorio no requiere prescripción médica porque es después de la autorización de la EPS (que sigue a la prescripción) que el usuario sabe en dónde exactamente le prestarán el servicio ordenado por su médico. Por eso, el cubrimiento del servicio de transporte intermunicipal es responsabilidad de la EPS desde el momento en que autoriza la prestación del servicio de salud en un municipio distinto a aquél donde vive el usuario.

Adicionalmente, la Corte Constitucional aclaró, en la misma Sentencia SU-508 de 2020, que no es exigible que el usuario pruebe la falta de capacidad económica para que la EPS esté obligada a asumir el servicio de transporte intermunicipal, dado que este es un servicio financiado por el Sistema de Salud para asegurar el acceso a los servicios que requiere. El Tribunal precisó que las consideraciones mencionadas resultan aplicables, en la medida que se derivan directamente del régimen constitucional, legal y reglamentario que establece las obligaciones a cargo de las entidades que hacen parte del Sistema de Salud, vigente, sin duda.

Ahora bien, adicionalmente a las reglas ya resumidas, con respecto a los usuarios que requieren de un acompañante, en la jurisprudencia reiterada sobre el tema, la Corte ha establecido que una EPS vulnera el derecho a la salud de una persona afiliada a ella que debe salir del municipio o ciudad donde reside para acceder a un servicio o tecnología incluida en el plan de beneficios vigente, cuando no cubre los gastos de transporte y estadía de su acompañante, siempre y cuando se cumplan las siguientes tres condiciones:

- a. Que el usuario dependa de un tercero para desplazarse;
- b. Que “requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas”;
- c. Que ni el usuario ni su familia tengan los recursos económicos necesarios para cubrir los gastos mencionados.

A lo luz de lo expuesto y conforme al acervo probatorio, se tiene que la accionante y su menor hijo, cumplen los presupuestos fijados por la H. Corte Constitucional, en la medida que el menor necesita de un acompañante dado su especial protección constitucional y condición médica y se encuentra acreditado que la accionante y grupo familiar pertenecen al **GRUPO A2-POBREZA EXTREMA**, conforme lo certifico el **DEPARTAMENTO**

NACIONAL DE PLANEACIÓN en respuesta al presente recurso de amparo; por lo que se impone la protección del amparo deprecado, por lo tanto, esta sede judicial **TUTELARÁ** el derecho fundamental a la salud, a la vida, a la seguridad social del menor **JECM** y en consecuencia se le **ORDENARÁ** a la entidad accionada **EPS FAMISANAR S.A.**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que dentro del término perentorio e improrrogable de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** proceda a autorizar el servicio de transporte que el vulnerado requiere con un acompañante para trasladarse a sus citas médicas, controles, terapias y demás servicios de salud; que necesite de conformidad con lo prescrito por sus médicos tratantes, para el manejo de su patología.

Finalmente, en lo que atañe a la tercera pretensión en relación a la solicitud de tratamiento integral, debe señalarse que fue desarrollado por el art. 8° de Ley 1751 de 2015, en los siguientes términos:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.”

Al respecto, la H. Corte Constitucional ha indicado que el tratamiento integral implica la prestación de servicios de manera oportuna, ininterrumpida y continua, especialmente en aquellas personas diagnosticadas con enfermedades catastróficas o ruinosas, pues por su gravedad requieren de un tratamiento médico revestido de las características antes nombradas.

Adicionó el Alto Tribunal Constitucional frente a la integralidad de la prestación de servicios médicos, que no desconoce que el afiliado deba efectuar trámites administrativos para acceder a los procedimientos ordenados, sin embargo, estos no pueden ser trasladados al afiliado, pues ello amenazaría su derecho fundamental a la salud.

Por otra parte, en sentencias T-433 y T-496 de 2014 se indicó que el Juez de Tutela debe ordenar el acceso a los procedimientos médicos que requiera el paciente con el fin de restablecer su salud, en el evento de que la entidad encargada no actúe con diligencia y haya puesto en peligro los derechos fundamentales del accionante, siempre y cuando se conozca

con claridad el tratamiento a seguir de conformidad con lo dispuesto por el médico tratante. Lo anterior, por cuanto no es posible para el Juez de Tutela imponer órdenes futuras e inciertas, ya que las decisiones deben ser determinables, adicional a que llegar a concederse un tratamiento integral a favor de afiliado, presumiría mala fe por parte de la EPS.

Por las razones esgrimidas, esta instancia no accederá a la solicitud de atención integral solicitada por la accionante en el recurso de amparo.

Por último, al no advertir vulneración alguna al derecho fundamental invocado por el accionante por parte de **CLINICA NEUROREHABILITAR, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, ADRESS, MINISTERIO DE SALUD, ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA CALERA y SISBEN**, se dispondrá su desvinculación del presente trámite.

IV. DECISIÓN

En armonía con lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de La Calera, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, **RESUELVE:**

PRIMERO: NEGAR la solicitud de **TERAPEUTA ACOMPAÑANTE** en consideración de las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la seguridad social, invocados por la señora **YENNY FERNANDA MORENO** en favor de su menor hijo **JECM**¹¹, donde es accionada **EPS FAMISANAR S.A.**, por lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la accionada **EPS FAMISANAR S.A.**, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, si aún no lo ha hecho, que dentro del término perentorio e improrrogable de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** proceda a autorizar el servicio de transporte que el vulnerado requiere con un acompañante para trasladarse a sus citas médicas, controles, terapias y demás servicios de salud; que necesite de conformidad con lo prescrito por sus médicos tratantes, para el manejo de su patología.

¹¹ En representación de su menor hijo JECM. Iniciales que corresponden al del menor de edad agenciado, a quien en virtud de su calidad se les protegerá su derecho a la intimidad señalándose de esta forma.

CUARTO: NEGAR el tratamiento integral a las patologías de la parte actora por lo señalado en las consideraciones del presente fallo de Tutela.

QUINTO: ADVERTIR a la **EPS FAMISANAR S.A.**, que, en el evento de incumplir la anterior decisión, se hará acreedora de las sanciones que por desacato establece el Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: DESVINCULAR a la **CLINICA NEUROREHABILITAR, SUPERINTENDENCIA DE SALUD, ADRESS, MINISTERIO DE SALUD, ALCALDÍA MUNICIPAL DE LA CALERA** y **SISBEN**, por no demostrarse vulneración alguna a los derechos incoados por parte de estas entidades.

SEPTIMÓ: Si no fuere impugnado el fallo, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

OCTAVO: Notifíquese a las partes esta determinación a través del correo electrónico del Despacho y a sus respectivas direcciones virtuales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
ÁNGELA MARÍA PERDOMO CARVAJAL
Juez

Firmado Por:
Angela Maria Perdomo Carvajal
Juez Municipal
Juzgado Municipal
Juzgado 001 Promiscuo Municipal
La Calera - Cundinamarca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **8039a82908abe45af044d224f2b16798c44499bcc4d46a40c1b0aa15208d16f7**

Documento generado en 23/11/2022 09:26:15 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**