

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN
DE CONTROL DE GARANTÍAS**

Bogotá DC, Cuatro (4) de octubre del dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2021-169
Accionante: -Mireya Camacho Abril representante
del menor Julián Arturo Flores Camacho
Accionado: -Capital Salud EPS-S
-U S S Álamos, SUBRED Integrada de
Servicios de Salud Norte
-Secretaría Distrital de Salud de Bogotá
Decisión: Concede Tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por la ciudadana MIREYA CAMACHO ABRIL, quien obra en nombre su hijo el menor de edad JULIÁN ARTURO FLOREZ CAMACHO, en contra de CAPITAL SALUD EPS-S, la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ y a la U.S.S ÁLAMOS, SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, salud e integridad física, y petición consagrados en la Constitución Política.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Se interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. La señora MIREYA CAMACHO ABRIL, menciona que su hijo, JULIÁN ARTURO FLÓREZ CAMACHO, nació prematuramente lo que ocasiono que el niño naciera con un solo riñón, con apéndices preauriculares en el oído derecho, micrognatia e incoordinación y tiene un retraso global en el desarrollo, si bien el padre ha cumplido con sus obligaciones, ella no cuenta con la capacidad económica de poder pagar las cuotas moderadoras de una EPS de categoría C. razón por la cual se pasó al régimen el subsidiado.
2. El 25 de febrero del 2021, se solicitó cita medicina general, en U.S.S. ÁLAMOS, Subred integrada de Servicios de Salud Norte, en la consulta se dio orden de mínimo 3 terapias; terapia física,

ocupacional y fonoaudiología; lo que no se pudo llevar a cabo porque la U.S.S. ÁLAMOS, Subred integrada de Servicios de Salud Norte, dijo que para agendar la terapia era necesario ordenar un mínimo 10 sesiones; la nueva orden fue emitida el 26 de marzo del 2021, pero salió con un error de impresión, por ello se ha intentado solicitar nuevas órdenes pero no han sido concedidas.

3. De manera simultánea a esto, el médico general atendió por segunda vez al menor, remitiéndolo al otorrino; cita que tuvo lugar el 28 de abril del 2021, durante la misma se dio orden de tomografía computada de oído, peñasco y conducto auditivo interno, logaudiometría, audiometría de tonos puros aéreos y óseos con enmascaramiento, e impedanciometría y la remisión a un sub especialista en otología.
4. Se comunican con la EPS CAPITAL SALUD solicitando los exámenes, pero le indicaron que ahí no hacían los exámenes, así pues, el viernes 18 de junio del 2021 envió la solicitud por el correo electrónico correspondencia@subrednorte.gov.co, a la U.S.S. ÁLAMOS dicho correo cuenta con el radicado No. 20213210092162.
5. Hasta la fecha ni la EPS CAPITAL SALUD U.S.S ni ÁLAMOS, Subred integrada de Servicios de Salud Norte ha dado razón de la solicitud radicada, el menor no ha podido tener acceso a las terapias ni a los exámenes médicos que le ordeno el médico. El 17 de agosto del 2021 se radico el derecho de petición dirigido a la EPS CAPITAL SALUD y a U.S.S ÁLAMOS, Subred integrada de Servicios de Salud Norte, pero no se ha recibido respuesta.

PRETENSIONES

La accionante MIREYA CAMACHO ABRIL, quien obra en nombre su hijo el menor de edad JULIÁN ARTURO FLOREZ CAMACHO peticiona le sean amparados los derechos fundamentales por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, salud e integridad física, y petición, consagrados en la Constitución Política.

De igual forma se peticiona que se ordene a CAPITAL SALUD EPS-S, la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ y a la U.S.S ÁLAMOS, SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE, le sean respondidos los derechos de petición radicados y se de orden a las entidades de ordenar y practicar los tratamientos medico científicos que ayuden a solventar la salud del

menor, como lo son tomografía computada de oído, peñasco y conducto auditivo interno, logaudiometría, audiometría de tonos puros aéreos y óseos con enmascaramiento, e impedanciometría, la remisión a un sub especialista en otología, y las terapias ocupacionales y de fonoaudiología.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

CAPITAL SALUD EPS-s S.A.S

El apoderado de esta entidad indica que el menor, se encuentra activo en su vinculación al Sistema General de Seguridad Social a través del Régimen Subsidiado, operado por CAPITAL SALUD E.P.S.; por su condición de salud por el nacimiento, es un paciente multimorbido persistente, presentando Otosclerosis no especificada, en el cual se requiere inicio de estudio; con la toma de logo audiometría logo e imitación, solicitada en la SUB RED NORTE, en relación a Tac de peñasco fue solicitada en otra EPS, en el año 2015. Se expresa que la ayuda diagnóstica solicitadas, se encuentra incluido en el plan de beneficio en salud, por tal razón de manera inmediata procedió a dirigirse vía correo electrónico al prestador con el fin de conocer las razones del por qué a la fecha no se ha materializado la programación de estos. Así mismo, se expresa que el procedimiento quirúrgico, se encuentra dentro del Plan Pago Global Prospectivo, de CAPITAL SALUD EPS-S, motivo por el cual no se requiere autorización, se solicita la programación, pero dependemos de la disponibilidad de la SUBRED NORTE prestadora.

Ahora bien, se ha pretendido la gestión por parte de Capital Salud, para lograr que la prenombrada SUBRED NORTE agende los servicios que requiere el afiliado, sin que a la fecha se haya alcanzado una respuesta efectiva por parte de este prestador, prueba de lo anterior es el correo remitido por parte de la EPS, en donde se solicita de manera prioritaria la prestación del servicio. En ese orden de ideas, no hay ninguna vulneración por parte de esta Entidad Promotora de Salud, por el contrario, se demuestra que Capital Salud E.P.S ha actuado de manera diligente frente a la situación presentada.

SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E

El Jefe de la Oficina Asesora jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. menciona que las Empresas Sociales del Estado Hospitales de Suba, Engativá, Simón Bolívar, Usaquén y Chapinero, pertenecen a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., refiere al caso, que la Entidad no ha vulnerado ningún derecho fundamental, ello porque los hechos que generaron la presente acción no corresponden a actos u omisiones por parte de esta IPS, ya que dentro de los anexos adjuntos y en los hechos expresados no hay evidencia de una presunta falla del servicio médico.

En consecuencia y de conformidad a lo manifestado por parte del actor, en el sentido que hasta la fecha no le han realizado los exámenes y/o agendado la consulta con el especialista, esta entidad en cumplimiento de sus obligaciones a realizado el agendamiento de las citas médicas y procedimientos que requiere el actor de la siguiente manera:

- i) **AUDIOMETRIA:** 13 de octubre de 2021 en el Horario de 6:00am con la Dra. Claudia Bonilla en la Unidad CAPS FRAY BARTOLOME DE LAS CASAS.
- ii) **LOGO AUDIOMETRIA:** 13 de octubre de 2021 en el Horario de 6:30am con la Dra. Claudia Bonilla, en la Unidad CAPS FRAY BARTOLOME DE LAS CASAS.
- iii) **IMPEDANCIOMETRIA:** 13 de octubre de 2021 en el Horario de 7:00am con la Dra. Claudia Bonilla, en la Unidad CAPS FRAY BARTOLOME DE LAS CASAS¹

Así mismo informan, que las mismas fueron notificadas a la actora mediante comunicación telefónica y vía correo electrónico, de igual manera al momento de realizar las notificaciones, la actora manifestó haber realizado el traslado y cambio de EPS de régimen subsidiado al régimen contributivo de manera independiente a la EPS COMPENSAR, encontrándose a la espera de la respectiva respuesta. De esta forma se solicita se DESVINCULE a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E, del presente juicio de amparo, teniendo en cuenta lo expuesto.

SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ

La Jefe de la oficina de Asesoría Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud, expone que la entidad no tiene conocimiento alguno de los hechos narrados por la accionante, oponiéndose por ello a todas las pretensiones de la misma, también aclara que por la radicación de la misma tutela, la Secretaría Distrital de Salud procedió a la verificación en el sistema del actual vinculo del menor y de la madre, el resultado fue que ambos están inscritos a CAPITAL SALUD EPS, por lo que todos los tratamiento médico científicos son responsabilidad exclusiva de dicha EPS, por ello se procedió a indicarle a dicha entidad que deben hacer los procedimientos médicos sin dilación alguna, recalcando así que es la EPS la total responsable de los servicios médicos que corresponden al menor de edad. Con lo anterior se solicita la desvinculación de la Secretaría Distrital de Salud del presente caso.

PRUEBAS

Con el escrito de tutela, la accionante aportó: Copia de la cédula de ciudadanía de Mireya Camacho Abril, copia de la tarjeta de identidad de Julián Arturo Flórez Camacho, la copia de las ordenes medicas para la solicitud de exámenes emitidas por la Secretaria de Salud, Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E en la sede U.S.S ÁLAMOS del menor, la copia de las ordenes

¹ Dichas ordenes constan en la respuesta dada por la accionada.

medicas para la solicitud de terapias del menor, la copia del correo radicado a EPS CAPITAL SALUD para la solicitud de los exámenes médicos y terapias de del menor, y la copia de la historia clínica.

Por su parte la accionada **CAPITAL SALUD EPS-s S.A.S** aporto el certificado de Existencia y Representación Legal y el poder Legalmente conferido para actuar; la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E** aporto junto con su respuesta el comprobante de citas medica apartadas para el paciente; y la **SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ** aporto la respuesta a la acción de tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los Decretos 2591 de 1991 y Decreto 1983 de 2017 que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse los accionados de entidades con las cuales la accionante genero un vínculo, siendo fuente de la supuesta vulneración a los derechos fundamentales de dignidad humana, vida, salud e integridad física, y petición, consagrados en la Constitución Política.

Frente al factor territorial se tiene que la dirección de ubicación de las accionadas es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

El artículo 86 de la Carta Política el que señala que toda persona puede instaurar una acción de tutela ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados.

También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar que:

La Constitución Política de Colombia consagra el Derecho fundamental a la Salud, como un servicio público a cargo del Estado, garantizando a todas las personas el acceso en cuanto a prevención, protección y atención en salud se

refiere; todo ello acorde con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

En consecuencia, el Estado debe procurar que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud que requieran, pues ello asegura una calidad de vida digna, teniendo en cuenta que la salud es el instrumento mediante el cual los seres humanos pueden desarrollarse, pues sin ella, sería imposible ejercer a plenitud los demás derechos fundamentales²

El derecho a la salud ha sido objeto de reiterados pronunciamientos, cuando existe conflicto acerca de la forma en que debe asimilarse su protección. Anteriormente, la Corte aplicaba la tesis de conexidad, en donde el derecho de carácter prestacional, que pretende protegerse por vía de tutela, debe tener una inescindible relación con un derecho fundamental, particularmente la vida digna. De otro lado con posterioridad, adoptó la tesis según la cual un derecho es fundamental de manera autónoma cuando el fin es garantizar la salud de sujetos de especial protección como los menores de edad, los desplazados y los adultos mayores. En efecto, estos postulados no necesariamente conllevan a delimitar si el derecho a la salud es de carácter fundamental o no, sino a la manera en que debe lograrse su realización en la práctica. En la sentencia T-760 de 2.008 la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esa corporación ha establecido sobre el derecho a la salud; en esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo:

“Así pues, considerando que “son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”, la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, ‘de manera autónoma’, cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho. Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela. La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.”

² La Observación General 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales señaló que “la salud es un derecho fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), (22º período de sesiones, 2000), U.N. Doc. E/C.12/2000/4 (2000).

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que los derechos de contenido prestacional, en especial a la seguridad social en salud, se le puede reconocer el carácter de derechos fundamentales cuando:

- i) *Se trata de un sujeto de especial protección constitucional,*
- ii) *Porque se está en presencia de una situación que evidencia que la vulneración del derecho a la salud implica una amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, como por ejemplo la vida, el trabajo o la dignidad humana entre otros; o*
- iii) *Porque se presente el fenómeno jurídico de la transmutación de un derecho prestacional en un derecho subjetivo como consecuencia del desarrollo legislativo o administrativo de los mandatos constitucionales.³*

Por otra parte, frente al carácter de fundamental que puede adquirir el derecho a la salud, cuando se encuentra en íntima relación con uno, que por sí solo, es fundamental, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

"[l]a prestación de los servicios de salud, como componente de la seguridad social, por su naturaleza prestacional, es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal, pues corresponde a la ley definir los sistemas de acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo (CP arts 48 y 49). La salud no es entonces, en principio, un derecho fundamental, salvo en el caso de los niños, no obstante lo cual puede adquirir ese carácter en situaciones concretas debidamente analizadas por el juez Constitucional, cuando este derecho se encuentre vinculado clara y directamente con la protección de un derecho indudablemente fundamental. Así, el derecho a la salud se toma fundamental cuando se ubica en conexidad con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.

Con todo, actualmente, la Corte ha optado por dejar atrás la tesis de conexidad y adoptar de manera definitiva el criterio según el cual el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, todo ello por cuanto consideró que en sí mismo, exigir tal conexidad resultaba "artificial" ya que todos los derechos de alguna manera tienen un carácter prestacional, queriendo decir con ello que existe una estrecha relación entre "un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental"⁴

Además de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, el cual puede protegerse a través del recurso de amparo, esta Corporación también consideró necesario determinar que en ciertos casos la tutela es el mecanismo apropiado para garantizar este derecho cuando quien la solicita es un sujeto de especial protección. Al respecto la jurisprudencia constitucional puntualizó lo siguiente:

³ Ver sentencia T-419 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴ Sentencia T-760 del 13 de julio de 2008 M.P. Manuel José Cepeda.

"Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las solicitudes de inaplicación de las normas legales o reglamentarias que rigen el sistema de salud únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho."

La salud es un concepto que guarda íntima relación con el bienestar del ser humano y que dentro del marco del Estado social, al convertirse en derecho, se constituye en un postulado fundamental del bienestar ciudadano al que se propende en el nuevo orden social justo, a fin de garantizar un mínimo de dignidad a las personas. En este sentido se ha indicado que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.

Por su parte, la vida humana, en los términos de la protección constitucional de su preservación, no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. No obstante, debe tenerse en cuenta que no en todo caso en que se alegue la lesión al derecho a la salud, la aplicación de la normatividad infraconstitucional que establece los servicios que brinda el sistema de salud resulta incompatible con los derechos fundamentales. Para llegar a esa conclusión el funcionario judicial debe constatar que:

- i) *La falta del servicio médico o el medicamento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;*
- ii) *El servicio o medicamento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;*
- iii) *El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al medicamento por otro plan distinto que lo beneficie; y*
- iv) *El servicio médico o el medicamento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.*

La jurisprudencia Constitucional ha considerado que el criterio expuesto por el médico tratante del paciente, prima a la hora de determinar la necesidad del

suministro del servicio médico solicitado, pues es éste quien mejor conoce su estado de salud y está plenamente capacitado para determinar la atención médica que requiere. Al respecto, ha señalado que el Comité Técnico Científico de la entidad podrá reversar la decisión del médico tratante, siempre y cuando se base en conceptos de médicos especialistas en el campo en cuestión y en un conocimiento completo y suficiente del caso específico del paciente.

El carácter prevalente de la prescripción médica emitida por el médico tratante.

Ha sido amplia la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, al reiterar que el ordenamiento garantiza a todas las personas, como componente esencial del derecho a la salud, el derecho a acceder a los servicios de salud que se requieran para resguardar su dignidad humana. La Corte ha resaltado que quien tiene la competencia para determinar cuándo una persona requiere un procedimiento, tratamiento, o medicamento para promover, proteger o recuperar su salud es, el médico tratante.

La importancia que le ha otorgado la jurisprudencia al concepto del médico tratante se debe a que:

“... (i) es un profesional científicamente calificado; (ii) es quien conoce de manera íntegra el caso de su paciente y las particularidades que puedan existir respecto de su condición de salud, lo que conlleva a que sea quien tenga la información adecuada, precisa y suficiente para determinar la necesidad y la urgencia de un determinado servicio de salud; y (iii) actúa en nombre de la entidad que presta el servicio”⁵

El alto Tribunal ha señalado en varias oportunidades que la prestación en salud ordenada por el médico tratante se torna fundamental para la persona que la requiere para proteger o restablecer su salud.

No obstante, dado que, bajo la regulación actual, la manera de acceso a los servicios de salud sigue dependiendo, en principio, de si el servicio requerido se encuentra o no incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud al cual la persona tiene derecho, la Resolución 3099 de 2008 establece que la prescripción del médico tratante de un servicio de salud no incluido en el POS debe ser remitida por éste mismo al Comité Técnico Científico para su evaluación, aprobación o desaprobación.

Es decir, que actualmente la normativa en materia de salud le otorga al CTC la facultad para determinar si autoriza o no un servicio de salud no POS ordenado por el médico tratante, de acuerdo con unos criterios y un procedimiento

⁵ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.

previamente establecido. Sin embargo, han dejado claro a través de la jurisprudencia que:

*"El Comité Técnico Científico de las entidades prestadoras del servicio de salud no es propiamente un órgano de carácter técnico sino administrativo, debido a su estructura y a las funciones que desempeña, y por lo tanto ha precisado que estos comités no son una instancia más entre los usuarios y las EPS y que su concepto no es un requisito indispensable para el otorgamiento de servicios de salud requeridos por un paciente"*⁶

Para desvirtuar la orden del médico tratante se ha dicho, que la opinión de cualquier otro galeno no es suficiente, la base de la decisión negativa contraria a lo prescrito por el médico que ha tratado al paciente debe ser más sólida, por lo que ha de fundarse, por lo menos en: (1) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad, (2) la historia clínica del paciente, esto es, los efectos que concretamente tendría el tratamiento solicitado en el accionante. El dictamen del profesional de la medicina tratante, respecto de un servicio de salud que requiera un determinado paciente, debe prevalecer sobre el concepto del Comité Técnico Científico y cualquier otro miembro de la EPS, inclusive sobre la opinión otro profesional de la salud puesto que el médico tratante es un profesional científicamente calificado y es quien mejor conoce la condición de salud del paciente⁷.

El Derecho Fundamental de Petición

El artículo 23 de la Constitución Nacional establece que:

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución..."

Disposición Constitucional que tiene desarrollo en el artículo 13 de la ley 1755 de disponer que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en esta ley, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma. El Derecho objeto de estudio, es y ha sido ampliamente tratado por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, entre otras por aquella en la que se expone que:

"... cuando una persona presenta peticiones respetuosas a la autoridad, ya sea en interés particular o general, obtiene el derecho a una pronta resolución de la misma, al tiempo que la autoridad a quien se dirige la petición contrae la

⁶ Sentencia T 873 de 2011, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo

⁷ Respecto a la prevalencia del concepto del médico tratante, frente al concepto del Comité Técnico Científico y/o de los funcionarios administrativos de la EPS, ver entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000, T-378 de 2000, T-284 de 2001, T-414 de 2001, T-786 de 2001, T-344 de 2002, T-760 de 2008.

obligación constitucional de responder en el término establecido por la ley. Por tanto, cuando la autoridad omite resolver la petición, vulnera el derecho amparado en el artículo 23 de la Carta Fundamental, cuyo núcleo esencial comprende una pronta resolución...⁸

Tal garantía abarca dos aspectos a saber: (i) la posibilidad de los ciudadanos de elevar respetuosas solicitudes y (ii) la obligación de la entidad o autoridad requerida, de responder en forma adecuada y oportuna; en ese sentido, la Corte Constitucional ha determinado sus componentes conceptuales básicos y mínimos, así:

“... comprende (i) la posibilidad efectiva y cierta de elevar peticiones respetuosas ante los diferentes entes del poder público, facultad que está garantizada por la correlativa obligación impuesta a las autoridades de (ii) dar trámite a la solicitud, sin que exista argumento alguno para negar su admisión o iniciar las diligencias para dar la respuesta⁹. (iii) Proferir una respuesta oportuna, dentro de los términos legales establecidos en el ordenamiento jurídico. (iv) Resolver de fondo lo solicitado, cuestión que exige a la autoridad referirse de manera completa a los asuntos planteados, excluyendo de plano las respuestas evasivas y (v) comunicar prontamente lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea positiva o negativa a sus pretensiones. Los anteriores criterios tienen como fundamento los principios de suficiencia, congruencia y efectividad del derecho de petición”¹⁰

Frente al contenido y alcance de este derecho, la jurisprudencia Constitucional ha desarrollado una clara línea, sintetizada en la sentencia T-511 de 2010 de la siguiente manera, dichos aspectos han sido reiterados por el alto tribunal Constitucional, en sentencia T-487 del 2017, siendo magistrado ponente el doctor Alberto Rojas Ríos, quien sostiene:

“La jurisprudencia de esta Corporación a definido los rasgos distintivos del derecho de petición en los siguientes términos:

- i) se trata de un fundamental, el cual a su vez es determinante para la efectividad de otros derechos fundamentales tales como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión;*
- ii) este derecho se ejerce mediante la presentación de solicitudes a las autoridades públicas y a los particulares;*
- iii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión planteada por el peticionario;*
- iv) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado;*

⁸ Sentencia T – 096 del 27 de febrero de 1997. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹ Sentencias T – 944 de 199 y T – 259 de 2004.

¹⁰ Sentencia T-363, Magistrada Ponente Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, 22 de abril de 2004.

- v) *la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible;*
- vi) *la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita;*
- vii) *por regla general están vinculadas por este derecho las entidades estatales, y en algunos casos a los particulares;*
- viii) *el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición;*
- ix) *el derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa;*
- x) *la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder*
- xi) *Ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado."*

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho a determinar si **CAPITAL SALUD EPS-S, la SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ y a la U.S.S ÁLAMOS, SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE**, vulneraron los derechos fundamentales dignidad humana, vida, salud e integridad física, y petición consagrados en la Constitución Política del menor **JULIÁN ARTURO FLOREZ CAMACHO** según la tutela instaurada por la ciudadana **MIREYA CAMACHO ABRIL** quien actúa en nombre y representación su menor hijo.

De conformidad con los anteriores postulados, procede el Despacho a analizar el caso objeto de estudio.

EL CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso de marras, se estaría frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales del menor **JULIÁN ARTURO FLOREZ CAMACHO**, quien de acuerdo su documento de identificación acredita tener 11 años de edad, encontrarse afiliado en salud con **CAPITAL SALUD EPS-S**, y según su historia clínica nació prematuramente lo que ocasiono que naciera con un solo riñón, con apéndices preauriculares en el oído derecho, micrognatia e incoordinación y tiene un retraso global en el desarrollo

Ahora bien, obra en el expediente, fotocopia de la orden expedida por el médico adscrito a **U.S.S. ÁLAMOS, Subred integrada de Servicios de Salud Norte**, quien con fecha 25 de febrero del 2021, ordeno los siguientes servicios de salud: mínimo 3 terapias; terapia física, ocupacional y fonoaudiología; de igual manera

el 28 de abril del 2021, se dio orden de tomografía computada de oído, peñasco y conducto auditivo interno, logaudiometría, audiometría de tonos puros aéreos y óseos con enmascaramiento, e impedanciometría y la remisión a un sub especialista en otología.

Sobre el particular y conforme a la jurisprudencia mencionada, uno de los requisitos para la prosperidad de la acción de tutela, dependerá de que el servicio requerido, haya sido prescrito por médico tratante adscrito a la entidad promotora de salud a la que se encuentre afiliado el menor, aspecto que para el caso puntual se cumple.

Ahora bien, de acuerdo a los hechos expuestos por la accionante MIREYA CAMACHO ABRIL, madre del menor, su inconformidad radica en el hecho que habiendo tramitado de modo correcto a la entidad promotora de salud los servicios prescritos, a la fecha no le han dado una respuesta ni programado nada, pese a que ha cumplido con toda la carga que le corresponde.

Es la oportunidad para indicar que la Subred integrada de Servicios de Salud Norte dio orden de los siguientes procedimientos:

- i) **AUDIOMETRIA:** 13 de octubre de 2021 en el Horario de 6:00am con la Dra. Claudia Bonilla en la Unidad CAPS FRAY BARTOLOME DE LAS CASAS.
- ii) **LOGO AUDIOMETRIA:** 13 de octubre de 2021 en el Horario de 6:30am con la Dra. Claudia Bonilla, en la Unidad CAPS FRAY BARTOLOME DE LAS CASAS.
- iii) **IMPEDANCIOMETRIA:** 13 de octubre de 2021 en el Horario de 7:00am con la Dra. Claudia Bonilla, en la Unidad CAPS FRAY BARTOLOME DE LAS CASAS

Pese a ello no se puede entender que se esta frente a un HECHO SUPERADO, frente a la atención médica del menor, ello si se tiene de presente que el marco conceptual del Hecho Superado hace referencia a que:

- i) **"El hecho superado sólo puede producirse de manera previa al proferimiento de una sentencia que ampare el derecho fundamental invocado para su protección.**
- ii) **Los fallos de tutela son de cumplimiento inmediato, sin perjuicio de que hayan sido impugnados, conforme a lo prescrito en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Razón por la cual, no constituye hecho superado, sino un simple cumplimiento de sentencia, la conducta que acata la orden impartida por el juez de primera instancia en procura de amparar derechos fundamentales.**
- iii) **Por lo tanto, en las circunstancias descritas en el párrafo precedente, el ad quem no podría declarar el acaecimiento de un hecho superado, encontrándose limitado a confirmar o infirmar la providencia del a quo.**

- iv) *Es preciso reiterar que el "hecho superado" sólo se produce cuando las acciones u omisiones del accionado satisfacen íntegramente el derecho fundamental del cual se adujo una vulneración.*
- v) *Por consiguiente, dicha hipótesis no puede predicarse respecto de derechos fundamentales cuyo resarcimiento dependa de conductas que deban prolongarse en el tiempo, superando el lapso procesal de la tutela. Ello, por cuanto a que en tal circunstancia, al finalizar el trámite constitucional, no se habría satisfecho aun plenamente el derecho invocado y se impediría al accionante ejercer los incidentes de desacato que fueren pertinentes, en caso de que el accionado reincidiera en la conducta vulneratoria alegada en la tutela."¹¹*

Por lo que pese a que existe un sustento que las ordenes de audiometría, logo audiometría, e impedanciometria, no se puede dar por satisfecha en este punto la suplica de la accionante, ello por cuanto el hecho superado sólo se produce cuando las acciones u omisiones del accionado satisfacen íntegramente el derecho fundamental afectado, es decir que hasta no ver fenomenológicamente la realización de dichos procedimientos no se puede de ninguna manera asegurar que el daño al derecho tutelado fue debidamente subsanado por parte de las accionadas.

Ahora bien, respecto de los demás exámenes: realización de las terapias físicas, ocupacional y fonoaudiología, que fueran ordenados por el profesional de la salud y a la fecha no se han practicado, el tratamiento del menor se vio interrumpido; de igual forma la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. no proveyó los trámites administrativos ni proporciono la tomografía computada de oído, peñasco y conducto auditivo interno, y la remisión a un sub especialista en otología, argumentando que Capital Salud EPS-S debía radicar las autorizaciones para dichos tratamientos medico científicos, lo que hace que este Despacho recalque que el tratamiento que determine el médico especialista debe ser puntual y no puede ser interrumpido; pues de no realizarlo a tiempo, como sucede en este caso, se pone en riesgo el derecho a la salud y vida en condiciones dignas e integridad personal del menor JULIÁN ARTURO FLOREZ CAMACHO y se obviaría la finalidad que tiene la entidad promotora de salud, frente a los afiliados, pues no vale de nada la orden del médico tratante si la entidad encargada de garantizar el servicio no vela por ello.

Si con el procedimiento ordenado por el profesional de la medicina, se logra mejorar la calidad de vida del usuario, la entidad promotora de salud está en la obligación de garantizar un OPORTUNO SERVICIO, pues de no hacerlo como sucede en este caso, se desconocería el mandato del Constituyente primario, conforme al cual, en Colombia, toda determinación del Estado y de los particulares debe garantizar efectivamente la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 2 y 5 C.P.). Esta es una de las manifestaciones

¹¹ Sentencia T- 439 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

de la protección especial que se debe brindar a toda persona que se encuentre en circunstancias de disminución física, siendo necesario que este Despacho, tome los correctivos a que haya lugar para conjurar la trasgresión a los derechos reclamados.

En cuanto al derecho de petición interpuesto el día 17 de agosto de 2021 por la señora Mireya Camacho Abril con el fin que le prestasen los servicios médicos requeridos al menor de edad Julián Arturo Flores Camacho por parte de CAPITAL SALUD EPS-S, no se le brindo respuesta de manera alguna, razón por la cual se asegura que dicho derecho fue vulnerado de manera flagrante por la EPS-S omitiendo la obligación de responder en forma adecuada y oportuna, independientemente de la negativa o afirmación de lo solicitado. Consecuente con lo manifestado se tutelarán los derechos fundamentales de dignidad humana, vida, salud e integridad física, y petición del menor JULIÁN ARTURO FLOREZ CAMACHO.

Por las razones antes expuestas Capital Salud EPS-S en asocio con la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte, a través de sus representantes legales, gerentes, directores o quienes hagan sus veces, deberán en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, garantizar la realización de las tres (3) terapias físicas, ocupacional y fonoaudiología, así como la tomografía computada de oído, peñasco y conducto auditivo interno, audiometría, logo audiometría, e impedanciometría, y la remisión a un sub especialista en otología, de acuerdo a la prescripción del médico tratante y en el mismo término deberá brindar respuesta a la petición elevada por la accionante en fecha 17 de agosto de 2021 vía email.

En caso de que la U.S.S ÁLAMOS, Subred integrada de Servicios de Salud Norte, donde fue direccionado para la realización de los exámenes y tratamientos médicos, no se encuentre en condiciones de realizarlo oportunamente, deberá informar en forma inmediata a Capital Salud EPS-S, para que esta entidad se encargue de designar otra institución adscrita a su red o contratar los servicios con una IPS particular, respetando el principio de oportunidad en la prestación del servicio y el tratamiento.

Se observa en este estrado que en efecto Capital Salud EPS-S, ha prolongado la realización de los exámenes y procedimientos requeridos; de otro lado, es necesario recordar lo dispuesto en la resolución 1552 de 2013, emanada por el Ministerio de Salud y Protección Social, en su artículo primero, donde dice que las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de ambos regímenes, directamente o a través de la red de prestadores que definan, deberán tener agendas abiertas para la asignación de citas de medicina especializada la totalidad de días hábiles del año. Dichas entidades en el momento en que reciban la solicitud informarán al usuario la fecha para la cual se asigna la cita, sin que les sea permitido negarse a recibir la solicitud y a fijar la fecha de las consultas requeridas.

Tutela No. 2021-169

Accionante: Mireya Camacho Abril

Julián Arturo Flores Camacho

Accionado: Capital Salud EPS-S, U S S Álamos, SUBRED Integrada de Servicios de Salud Norte
Secretaría Distrital de Salud de Bogotá

Decisión: Concede Tutela

Del cumplimiento de esta decisión la E.P.S-S Capital Salud, informará al Juzgado, so pena de incurrir en las sanciones previstas en el artículo 52 del decreto 2591 de 1991.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR dignidad humana, vida, salud e integridad física, y petición del menor JULIÁN ARTURO FLOREZ CAMACHO. Por las razones antes expuestas Capital Salud EPS-S, a través de su representante legal, gerente, director o quien haga sus veces, debe en un término no superior a 48 horas contadas a partir de la notificación del fallo, programar y realizar las tres (3) terapias físicas, ocupacional y fonoaudiología, así como la tomografía computada de oído, peñasco y conducto auditivo interno, audiometría, logo audiometría, e impedanciometría y la remisión a un sub especialista en otología, de acuerdo a la prescripción del médico tratante y en el mismo término deberá brindar respuesta a la petición elevada por la accionante en fecha 17 de agosto de 2021 vía email.

En caso de que la U.S.S ÁLAMOS, Subred integrada de Servicios de Salud Norte, no se encuentre en condiciones de realizar los exámenes y tratamientos médicos, acatando los anteriores términos, deberán informar a la EPS-S Capital Salud, para que esta entidad se encargue de designar otra IPS adscrita a su red o contratar los servicios con otra IPS, que respete los términos indicados, y el principio de oportunidad, para la entrega del medicamento.

SEGUNDO: HACER UN LLAMADO DE ATENCIÓN, al representante legal, gerente o director de la EPS-S Capital Salud, para que den cumplimiento al artículo primero de la resolución No.1604 de 2013, emanada por el Ministerio de Salud y Protección Social, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva

TERCERO: Del cumplimiento de este fallo la E.P.S-S Capital Salud, debe comunicar a este Despacho y a la madre de la menor, por escrito, en el término dispuesto para ello.

CUARTO: INFORMAR a la accionante y accionados, que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación

QUINTO: ORDENAR que de no ser impugnada esta decisión, se remita la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Tutela No. 2021-169

Accionante: Mireya Camacho Abril

Julián Arturo Flores Camacho

Accionado: Capital Salud EPS-S, U S S Álamos, SUBRED Integrada de Servicios de Salud Norte

Secretaría Distrital de Salud de Bogotá

Decisión: Concede Tutela

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


OMAR LEONARDO BELTRÁN CASTILLO
JUEZ