

T-081-19

Sentencia T-081/19

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD CON CANCER-Protección constitucional especial

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD CON CANCER-Tratamiento integral

SERVICIO DE TRANSPORTE COMO MEDIO DE ACCESO AL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA SALUD DE MENOR DE EDAD CON CANCER-Orden a EPS suministrar el tratamiento integral en salud que requiera el menor para el manejo, recuperación o estabilización del cáncer que padece

Referencia: Expediente T-7.006.393

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor Wilder Darío Gallego Mejía, en representación de su hijo menor de edad Julián David Gallego Castaño, contra Ecoopsos EPS.

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo proferido el seis de agosto de 2018, por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral – Antioquia, en el marco de la acción de tutela instaurada por el señor Wilder Darío Gallego Mejía, en representación de su hijo menor de edad Julián David Gallego Castaño contra la EPS Ecoopsos.

I. ANTECEDENTES

El señor Wilder Darío Gallego Mejía promovió acción de tutela por considerar que la Empresa Promotora de Salud accionada vulneró el derecho a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de su hijo –quien tiene 5 años y cuenta con un tumor cancerígeno cerebral–, al ordenar, sin prestarle un sistema de transporte adecuado, que las quimioterapias que debían realizarse en su favor se prestaran en la ciudad de Bogotá, cuando su residencia se encuentra ubicada en el Carmen de Viboral, Antioquia.

1. Hechos relevantes

1.1. El niño Julián David Gallego Castaño cuenta con 5 años[1], se encuentra afiliado al Régimen Subsidiado de Salud[2] y vive con sus padres en zona rural del Carmen de Viboral, Antioquia[3]. El 27 de mayo de 2018 ingresó por urgencias a la Clínica Somer de Rionegro. Ese día, su progenitora informó a los médicos que el menor, 15 días atrás, había empezado a “arrastrar el pie izquierdo” cuando caminaba y ello estaba acompañado por “cefaleas intensas, náuseas y vómito”[4]. Luego de efectuar los análisis de rigor, los médicos encontraron que el infante tenía un “tumor de comportamiento incierto o desconocido del encéfalo supratentorial”[5].

1.2. El 31 de mayo de 2018, mediante cirugía, se procedió a la extracción del tumor. Sin embargo, el 18 de junio de 2018, al practicarse una nueva resonancia magnética cerebral, se reportó un pequeño residuo del mismo a nivel parietal derecho[6]. El paciente mantenía en ese momento inconsistencias en su marcha, aun cuando no presentaba dolores de cabeza intensos[7].

1.3. Debido a este hallazgo, los galenos explicaron a los padres del menor de edad, los beneficios, riesgos y complicaciones que se derivarían de una nueva intervención

quirúrgica, teniendo en cuenta la malignidad de la lesión tumoral[8]. Los padres manifestaron su desacuerdo con este tipo de tratamiento y optaron por que se realizaran las quimioterapias a que hubiere lugar[9].

1.5. En respuesta remitida al accionante el 6 de julio de 2018, Ecoopsos EPS le manifiesta, textualmente, que “(...) su caso fue remitido al área encargada de este tipo de solicitudes para que sean ellos quienes realicen la gestión y verificación pertinente”[14].

1.6. Al no contar con una respuesta definitiva, el padre del menor tuvo que esperar el inicio de la quimioterapia que estaba prevista para el 23 de julio de 2018 en Bogotá D.C. Sin embargo, la misma no se llevó a cabo tal día porque representantes del Hospital Infantil San José manifestaron que no había disponibilidad de cama[15], razón por la cual, teniendo en cuenta que el menor venía presentando “picadas en la cabeza”[16], fue remitido, de urgencias, a la Fundación Hospitalaria San Vicente de Paúl ubicada en Medellín, donde se le informó al padre que debía aportar el documento a través del cual la EPS lo conminó a dirigirse a ese centro de salud y, al tiempo, se verificó la condición del niño, encontrándose que no merecía atenciones urgentes por su clasificación en triage IV[17].

1.5. Por estos hechos, presentó acción de tutela invocando el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de su hijo. Además, solicitó al juez constitucional que, como medida provisional, ordenara a la entidad accionada: (i) adelantar las medidas pertinentes para que las quimioterapias que requiere el menor se realicen en Medellín o, subsidiariamente, (ii) reconocer el pago del transporte aéreo en caso de que deban hacerse en Bogotá D.C. De otra parte, requirió también (iii) el reconocimiento de la atención en salud integral, vital, oportuna y permanente con el fin de que el niño mejore su calidad de vida.

2. Trámite procesal y respuesta de la accionada

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, mediante proveído del 30 de julio de 2018, admitió la tutela, vinculó a la Secretaría Seccional de Salud de Antioquia y negó la medida provisional solicitada. Esta negativa se fundó en el argumento de que no existía razón para terminar de forma anticipada la causa, dada la perentoriedad del trámite de tutela y la ausencia de alguna “nota prioritaria”, a través de la cual el médico tratante indicara alguna urgencia en la atención del menor. De otra parte, ordenó oficiar a la

accionada y a la vinculada, para que dieran respuesta a los hechos expuestos a fin de ejercer su derecho de defensa[18].

3. Contestación de la parte accionada

La representante legal de la Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., en escrito radicado el primero de agosto de 2018[19], informó al juez de instancia que: (i) no era de su competencia otorgar alojamiento y transporte al padre del menor, pues estos beneficios no estaban contemplados en el plan obligatorio de salud; y, (ii) tampoco era procedente autorizar el tratamiento integral, toda vez que la EPS había tenido y tendría toda la disposición para garantizar los servicios que hacen parte del plan obligatorio de salud. En tal sentido, sostuvo que no era viable amparar derechos a futuro, porque los fallos debían ser determinables e individualizados, y consideró como un error presumir la mala fe de la entidad en los tratamientos que tenga que prestar.

Solicitó, sin referirse a la pretensión principal –recibir las quimioterapias en Medellín o en un lugar más cercano al Carmen de Viboral–, declarar la improcedencia de la acción.

4. Sentencia de Única Instancia

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, Antioquia, en sentencia del seis de agosto de 2018, tuteló los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, ordenó a la accionada reasignar al menor de edad a una IPS que, contando con el equipo completo para los procedimientos de quimioterapia, se encuentre ubicada en Rionegro o en Medellín. Le advirtió a la accionada, además, que en caso de no contar con contrato activo con una IPS de esas características en esas zonas, debía generar el pago por evento.

Sin embargo, no ordenó el tratamiento integral requerido, con el argumento de que la accionada había adelantado las gestiones pertinentes para la atención. Manifestó adicionalmente que el incumplimiento, en este caso concreto, había sido aislado y a partir del mismo no podría suponerse que a futuro se incurriría en nuevas omisiones que perjudicaran la salud del paciente.

La citada sentencia no fue objeto de impugnación.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, esta corporación es competente para revisar la acción de tutela de la referencia, escogida por la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional, a través de Auto del 16 de octubre de 2018.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución

2.1. En virtud de la situación fáctica señalada, el padre de Julián David Gallego Castaño –quien cuenta con 5 años–, considera que los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de este, han sido desconocidos por la entidad accionada al remitirlo a un Hospital ubicado en Bogotá D.C., a más de siete horas de su hogar, para que allí se practiquen las sesiones de quimioterapia prescritas por el médico tratante. Lo anterior sin prever la posibilidad de ubicarlo en un centro de salud cercano a Medellín o Rionegro, o de sufragar un sistema de transporte adecuado de conformidad con las condiciones del niño. También reprocha las demoras en la iniciación de las sesiones de quimioterapia. Así las cosas, pretende el accionante que el juez de tutela ordene a Ecoopsos EPS permitir la realización del tratamiento en un lugar próximo a su residencia o, en su defecto, sufragar un sistema de transporte digno hasta Bogotá D.C. Al tiempo solicita que se le ordene a la misma entidad la prestación del tratamiento integral en salud a su hijo.

La entidad demandada adujo que no podía prestar el servicio de transporte y alojamiento, porque estos se encuentran excluidos del POS (hoy Plan de Beneficios en Salud). En cuanto al tratamiento integral, afirmó que mantiene la disponibilidad para atender al niño en todo lo que requiera y por eso no podría desconocerse su buena fe. No se pronunció frente a la posibilidad de adelantar las quimioterapias en lugar distinto a Bogotá D.C.

El Juez que conoció del recurso de amparo, tuteló los derechos del menor y, en consecuencia, le ordenó a la EPS accionada remitirlo a una IPS ubicada en Rionegro o en Medellín. Por otra parte, decidió no ordenar la prestación del tratamiento integral.

2.2. En vista de que (i) los derechos fundamentales del menor fueron tutelados

parcialmente por el Juez de instancia y (ii) se satisfizo la pretensión principal del accionante, al ordenarse a la accionada disponer lo necesario para que el tratamiento prosiguiera en un lugar cercano a la residencia del menor, corresponde a esta sala, en primer lugar, determinar si, analizando las circunstancias fácticas y probatorias, Ecoopsos EPS vulnera igualmente los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la seguridad social de un menor de edad con cáncer en el cerebro cuando, como consecuencia de procedimientos administrativos, no le presta tratamiento de manera integral; y, en segundo lugar, si en el evento en que la EPS accionada advierta que la atención prestada en Bogotá será más beneficiosa para el niño, procedería igualmente el reconocimiento del transporte idóneo en atención a las condiciones en que este último se encuentra.

2.3. A efectos de resolver los problemas jurídicos planteados, esta sala analizará (i) la procedencia de la acción de tutela, (ii) el derecho al tratamiento integral en salud para niños con cáncer y (iii) el reconocimiento del servicio de transporte en este tipo de eventos. A partir de tales presupuestos dogmáticos, (iv) se estudiará el caso concreto.

3. Análisis de procedencia de la acción de tutela:

De conformidad con lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, para que una acción de tutela proceda, se deberá acreditar los siguientes requisitos. (i) Legitimación en la causa por activa: quien interpone la acción debe ser la persona que considera vulnerados o amenazados sus derechos, salvo que actúe a través de un tercero[20]. Cuando el presunto afectado sea un menor de edad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 Superior, la jurisprudencia constitucional ha admitido que cualquier persona está legitimada para abogar por sus derechos[21]. (ii) Legitimación en la causa por pasiva: la acción procede contra acciones u omisiones de autoridades públicas que tengan la aptitud legal para responder jurídicamente por la vulneración. También procede contra particulares cuando estos presten servicios públicos, o, respecto de los cuales el accionante se encuentre indefenso[22]. (iii) Inmediatez: el amparo debe requerirse en un plazo razonable contado desde la actuación u omisión vulneradora[23]. Y (iv) subsidiariedad: el recurso de amparo es procedente si (a) el afectado no dispone de otros medios de defensa judicial, (b) existiendo formalmente mecanismos de defensa alternos, estos no son idóneos o eficaces, atendiendo las circunstancias del caso que se examina, o (c) se pretende evitar la consumación de un perjuicio irremediable[24].

La Sala encuentra que en el caso sub examine se acreditan los requisitos referidos toda vez que: (i) quien interpone la acción es el padre y representante del menor de edad directamente afectado[25]; (ii) la misma se dirige contra una entidad encargada de la prestación del servicio público de salud al niño, afiliado en calidad de beneficiario de su progenitor[26]; (iii) por la urgencia del caso se instauró la acción oportunamente, esto es, menos de dos meses después de que se informó que las sesiones de quimioterapia se adelantarían en Bogotá D.C. y días después de que la entidad no había iniciado el tratamiento previsto[27]; y (iv) aun cuando las controversias entre las Entidades Promotoras de Salud y sus afiliados están llamadas a resolverse a través de las facultades jurisdiccionales que el legislador ha otorgado a la Superintendencia Nacional de Salud[28], tal mecanismo no podrá entenderse efectivo dado que la persona presuntamente afectada en sus derechos es un sujeto en condición de debilidad manifiesta, con 5 años, diagnosticado con un cáncer en el cerebro, que pertenece a una familia vulnerable socioeconómicamente y cuyos derechos deben ser garantizados de manera prioritaria e inmediata.

Así, una vez se ha advertido la procedencia de la presente acción, esta sala analizará el problema jurídico planteado supra, con una justificación breve dado que la materia sometida a estudio ha sido analizada en varias oportunidades por esta Corporación.

4. El tratamiento integral en salud para niños con cáncer. Reiteración de jurisprudencia

4.1. Derecho a la salud de los menores de edad. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Con base en esta cláusula, contenida en el inciso final del artículo 44 Superior, la Corte ha reconocido al menor de edad como un “sujeto de protección constitucional reforzada”[29]. De ello se sigue que todas las autoridades del poder público, la familia y, en general, la sociedad, están en la obligación de garantizar al menor de edad, dada su debilidad, inmadurez o inexperiencia[30], una protección especial[31], máxime cuando este se enfrente a situaciones que pongan en riesgo su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social[32].

Así, en lo que tiene que ver con los derechos a la seguridad social y a la salud de los niños, el Estado debe garantizarlos en la mayor medida posible, sin que pueda alegar, para no hacerlo, alguna ausencia de obligación legal específica[33], trámites administrativos[34],

problemas de afiliaciones al sistema[35] o cualquier otra excusa de este tipo. Frente a estos obstáculos debe prevalecer el interés superior del menor.

En efecto, este tribunal ha advertido a las entidades que presten servicios de salud entre cuyos pacientes se encuentren niños que: “(...) la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud es el norte de cualquier actuación que les concierna, desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación”. Una vez dicho esto, la Corte ha concluido que, a contrario sensu, si quienes prestan servicios médicos no actúan priorizando el derecho a la salud del menor y con ello amenazan o vulneran sus derechos fundamentales, desconocerían no solo la Constitución, sino la normatividad internacional que sobre la materia existe[36].

Así las cosas, aun cuando la Corte ha decantado de manera genérica los requisitos que el juez constitucional debe tener en cuenta a efectos de reconocer el tratamiento integral en salud o el servicio de transporte en favor de un paciente, debe entenderse que los mismos no podrán examinarse de manera rigurosa si quien precisa de ellos es un infante[37] que, además, padece alguna enfermedad catastrófica[38]. Con esta salvedad, se reiterará la jurisprudencia constitucional sobre tales materias.

4.2. Tratamiento integral en salud. En virtud del principio de integralidad, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente[39], “(...) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”[40]. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias[41].

Al mismo tiempo ha señalado esta corporación que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro

de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación[42], poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte[43]; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente[44]. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes[45].

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine[46].

5. Servicio de transporte para pacientes y acompañantes. Reiteración de jurisprudencia

Servicio de transporte para pacientes y acompañantes. De conformidad con la Resolución No. 5857 de 2018, en algunas circunstancias, el servicio de transporte de pacientes está incluido en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. Estos eventos comprenden el traslado acuático, aéreo y terrestre (i) en ambulancia, cuando se presenten situaciones de urgencia o el servicio no pueda ofrecerse en la IPS donde el paciente está siendo atendido (art. 120); o, (ii) en medio diferente al ambulatorio, cuando la persona deba acceder a una atención contenida en el PBS y la misma no pueda ser prestada en el lugar de residencia del afiliado (art. 121)[47].

Así, prima facie, esta Corporación ha admitido que fuera de los supuestos de hecho referidos en el párrafo que antecede, el servicio de transporte deberá ser sufragado por el paciente o su núcleo familiar. Empero, también ha identificado escenarios donde algunos usuarios del sistema de salud no pueden gozar del aludido servicio porque no está incluido en el PBS y requieren, en todo caso, bajo criterios de urgencia y necesidad, recibir los procedimientos médicos ordenados para tratar sus patologías. De manera que, con el fin de

evitar que la imposibilidad de trasladarse derive en una barrera de acceso a los servicios de salud, la Corte ha reconocido que las EPS deben brindar este beneficio cuando “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”[48].

Una de las situaciones no contemplada en el PBS con cargo a la UPC, es aquella en la que el usuario del sistema deba trasladarse con un acompañante, toda vez que este es totalmente dependiente para su desplazamiento[49] o requiere atención permanente para garantizar su integridad física[50]. En tal contexto, ha puesto de presente esta Corte que también deberá la EPS brindar el transporte del acompañante si se acredita su insuficiente capacidad económica (o la de su núcleo familiar)[51].

6. Análisis del caso concreto

6.1. De acuerdo con los hechos probados a partir de la documentación allegada al expediente por las partes y atendiendo lo prescrito por esta corporación en lo que se refiere al servicio médico que debe prestarse a niños, esta sala considera que, contrario a lo afirmado por el juez de instancia, en este caso debe ordenarse el tratamiento integral en salud, de conformidad con las siguientes apreciaciones:

(i) La EPS Ecoopsos actuó negligentemente en la autorización de quimioterapias que requería el menor de edad: En efecto, aun cuando en favor del niño se ordenó y practicó una cirugía el 31 de mayo de 2018, los galenos encontraron, casi un mes después, que el tumor maligno subsistía en una proporción a nivel parietal derecho. Por tal razón, ordenaron la realización de quimioterapias, en aras de manejar esta patología y así procurarle un estado de salud aceptable.

No obstante, con ocasión de trámites administrativos y contractuales, la EPS dispuso que el procedimiento señalado debía adelantarse en la ciudad de Bogotá D.C., concretamente en el Hospital Infantil San José. Para la sala este hecho constituyó una barrera u obstáculo en la prestación del servicio de salud que requería de manera urgente y prioritaria el menor de edad. Lo anterior por cuanto la distancia, por la vía terrestre más rápida, entre el Carmen de Viboral y la ciudad de Bogotá es de 384 kilómetros; distancia que un vehículo podría tardar en recorrer más de siete horas. De otro lado, aun cuando el padre del menor de edad

solicitó a la entidad practicar las sesiones en una zona más cercana a su residencia o sufragar un sistema de transporte adecuado, considerando las condiciones de salud del niño y la situación socioeconómica de la familia, la entidad no respondió de fondo la petición y, al contrario, le informó que remitiría el caso a la dependencia competente.

A juicio de la Sala, la EPS contaba con por lo menos dos posibilidades de respuesta ante los requerimientos del padre. La primera podía ser la opción que estimó pertinente el juez de instancia, esto es, permitir que el menor fuese atendido en una IPS con la que hubiese contratado y que se encontrara en un lugar cercano (Rionegro o Medellín)[52]. La segunda podía ser, en caso de no encontrar posible lo anterior, sufragar el costo del transporte adecuado para que el menor de edad y por lo menos un acompañante asistieran a las sesiones periódicas establecidas -esto bajo el entendido que el padre del menor cuenta con un puntaje del 17,16 en el Sisbén[53], su única fuente de ingreso depende del lavado de carros y del tratamiento que reciba el niño depende la preservación de su vida-.

Para la Sala, es inconcebible tal demora en el tratamiento que debe recibir un niño con cáncer en el cerebro, cuyos derechos, como se ha dicho, prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, no puede aceptarse que la accionada desconozca la urgencia en que se encontraba el menor, no priorice su atención de conformidad con la enfermedad que padece, no brinde de manera inmediata respuestas a las cuestiones planteadas por su padre en el derecho de petición de julio de 2018 y prolongue así el sufrimiento físico del niño y el emocional de su familia.

(ii) Existe claridad respecto al tratamiento que el menor de edad debe seguir: También logró acreditarse que los profesionales tratantes prescribieron que el niño debía someterse a sesiones de quimioterapia de alto riesgo con el fin de tratar el cáncer en el cerebro que padece[54]. De allí que el procedimiento es claro y preciso, por lo que la orden emitida en el marco de la presente causa no puede entenderse como indeterminada.

Así, pues, de conformidad con las reglas jurisprudenciales reiteradas en el cuarto fundamento jurídico de esta sentencia, se constata que en favor del menor de edad debe reconocerse el tratamiento integral de su salud. Por lo tanto, para evitar la interposición de una acción de tutela por cada servicio, medicamento, procedimiento o insumo que este requiera y, al tiempo, no desconocer la buena fe que ha de presumirse en las actuaciones

futuras de la accionada[55], debe precisarse que el referido tratamiento tendrá que limitarse a lo que estimen los médicos como necesario para mitigar los efectos del tumor cancerígeno cerebral que padece el niño.

6.2. Establecido lo anterior, corresponde pasar a ocuparse de la cuestión del transporte. Si fuere el caso y siempre que la EPS accionada advierta que en virtud del interés superior del menor resulta más beneficioso para su salud prestarle atención médica en Bogotá D.C., la Sala encuentra que también le correspondería, en ese evento, sufragar sus costos de transporte con un acompañante. Esto porque en el presente caso se acreditan los requisitos jurisprudenciales fijados sobre la materia, pues: (i) el bajo puntaje asignado en el Sisbén al padre del niño (17.16), da cuenta de la realidad socioeconómica de la familia en virtud de la cual no podría sufragar, por cada sesión de quimioterapia a la que debe asistir el paciente, un sistema de transporte idóneo que se acompase con sus condiciones; (ii) la inasistencia del menor al susodicho procedimiento, ciertamente pondría en riesgo su integridad física y su vida; y (iii) se trata de una persona de cinco años de edad en circunstancias de debilidad manifiesta y por tanto requiere de la supervisión de un acompañante.

6.3. En consecuencia, se confirmará el fallo emitido el seis de agosto de 2018 por el Juez Primero Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, Antioquia, en tanto ampara los derechos fundamentales del menor, pero modificándolo en el sentido de ordenar a la accionada la prestación del servicio integral que requiera con el fin de manejar, recuperar o estabilizar su patología. A su vez, se ordenará que de ser necesaria la atención en un centro hospitalario de Bogotá D.C., reconozca y pague el servicio de transporte idóneo para que el paciente y un acompañante puedan acudir a las sesiones de quimioterapia prescritas por el médico tratante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el numeral primero del fallo proferido el seis de agosto de 2018 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal del Carmen de Viboral, Antioquia, en el sentido de

conceder el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y a la vida digna del menor de edad Julián David Gallego Castaño, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por su padre, el señor Wilder Darío Gallego Mejía, contra Ecoopsos EPS.

Segundo.- MODIFICAR el numeral tercero del fallo de la referencia en el sentido de ORDENAR a Ecoopsos EPS que, según las indicaciones y prescripciones de los médicos tratantes adscritos a la Entidad, suministre el tratamiento integral en salud que requiera el menor Julián David Gallego Castaño para el manejo, la recuperación o estabilización del cáncer en el cerebro que padece.

Tercero.- ORDENAR a Ecoopsos EPS que de ser necesaria la atención en un centro hospitalario de Bogotá D.C., reconozca y pague el servicio de transporte idóneo para que el niño y un acompañante puedan acudir a las sesiones de quimioterapia prescritas por el médico tratante.

Cuarto.- Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado Ponente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folio 7 del cuaderno principal. Según la copia del registro civil del niño, la fecha de su nacimiento fue el 7 de julio de 2013.

[2] Folio 29 del cuaderno principal.

[3] Folio 16 del cuaderno principal.

[4] Folio 30 del cuaderno principal. De conformidad con el reporte encontrado en la historia clínica, ese día se observó una “(...) lesión tumoral quística con pequeño sangrado periférico y edema digitiforme, con leve desplazamiento de línea media 6 mm, en región parietal derecha”.

[5] Folio 25 del cuaderno principal.

[6] Folio 17 del cuaderno principal.

[7] *Ibídem*.

[8] Folio 15 del cuaderno principal.

[9] *Ibídem*.

[10] Folio 8 del cuaderno principal.

[11] Folio 9 del cuaderno principal.

[12] Folio 2 del cuaderno principal.

[13] *Ibídem*.

[14] Folio 11 del cuaderno principal.

[15] Folio 8 del cuaderno principal. Así se consignó en el certificado de recepción de pacientes del Hospital Universitario San Vicente de Paúl.

[16] Folio 2 del cuaderno principal.

[17] Folio 8 del cuaderno principal.

[18] Folios 30 y 31 del cuaderno principal.

[19] Folio 36 del cuaderno principal.

[21] Cfr., Sentencias T- 408 de 1995, T- 482 de 2003, T- 312 de 2009, T -020 de 2016, entre otras.

[22] Cfr., Sentencias T-118 de 2015, T-1077 de 2012, T-1015 de 2006, T-015 de 2015, T-029 de 2016, T-626 de 2016, T-678 de 2016 y T-430 de 2017.

[23] Cfr., Sentencia T-436 de 2016.

[24] Cfr., Sentencias T-702 de 2008, T-494 de 2010, T-1316 de 2011, T-232 de 2013, T-527 de 2015, entre otras. En este punto valga aclarar que la jurisprudencia constitucional ha considerado que cuando la acción de tutela se interpone para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, sus efectos serán transitorios hasta tanto el afectado acuda a la vía ordinaria de que dispone. En cambio, cuando no hay disponibilidad de medios judiciales ordinarios, o los mismos devienen ineficaces o inidóneos, el amparo será definitivo.

[25] Folio 7 del cuaderno principal. Así logra acreditarse con el Registro Civil de Nacimiento.

[26] Folio 29 del cuaderno principal. Esto de conformidad con el certificado de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud que obra en el folio referido.

[27] Folio 1 del cuaderno principal. La acción se instauró el 30 de julio de 2018.

[28] Esto en virtud de lo prescrito en las Leyes 122 de 2007 y 1438 de 2011.

[29] Cfr., Sentencia C-239 de 2014.

[30] Ibídem. Párr. 60

[31] Declaración de los Derechos del Niño de 1959, principio 2.

[32] Ibídem.

[33] Cfr., Sentencia SU-043 de 1995. En esa providencia la Corte puntualmente señaló que: “El derecho a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, lo cual significa que en ausencia de la específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la “cobertura” familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta”.

[34] Cfr., Sentencia T-227 de 2006.

[35] Cfr., Sentencia T-585 de 2007.

[36] Cfr., Sentencia C-239 de 2014. En tal providencia se construye un recuento de los instrumentos internacionales más importantes. Entre otros, se menciona (i) el artículo 19 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que, a la letra, dispuso lo siguiente “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y del Estado”. (ii) La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 según la cual “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. Al tiempo, (iii) la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que ha dispuesto, en su artículo 3.1 que “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

[37] Cfr., Sentencias T-258A de 2012, T-681 de 2012 y T-133 de 2013. En la Sentencia T-681 de 2012, este tribunal manifestó lo siguiente: “dado que la salud y particularmente la de niños, niñas y adolescentes ha sido reconocida como derecho fundamental, (...) por virtud de los artículos 13, 44 y 47 de la carta, es posible reafirmar que el estudio que el

juez de tutela efectúe sobre la viabilidad jurídica del otorgamiento de un tratamiento integral y/o especializado no incluido en el POS, encaminado a lograr la recuperación del niño en sus condiciones de salud, resultará mucho menos estricto respecto del que se haría en caso de tratarse de un sujeto de derecho de otras condiciones”. (Subrayas agregadas).

[38] Cfr., Sentencias T-531 de 2009, T-920 de 2013, T-096 de 2016, T-066 de 2012 y T-387 de 2018.

[39] Cfr., Sentencias T-445 de 2017, T-062 de 2017, T-408 de 2011, T-1059 de 2006, T-062 de 2006, T-730 de 2007, T-536 de 2007, y T-421 de 2007.

[40] Cfr., Sentencia T-760 de 2008.

[41] Cfr., Sentencia T-469 de 2014.

[42] Cfr., Sentencias T-030 de 1994, T-059 de 1997, T-088 de 1998, T-428 de 1998, T-057 de 2013, T-121 de 2015, T-673 de 2017. De conformidad con lo expuesto en la Sentencia T-057 de 2013, este tipo de negligencias se reprochan porque: “pueden implicar la distorsión del objetivo del tratamiento o cirugía ordenada inicialmente, prolongar el sufrimiento, deteriorar y agravar la salud del paciente e incluso, generar en éste nuevas patologías, y configurar, en consecuencia, una grave vulneración del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida digna de un paciente”.

[43] Cfr., Sentencias T-224 de 1999, T-760 de 2008, T-520 de 2012, T-673 de 2017, T-405 de 2017, T-069 de 2018. Al respecto, la Sentencia T-224 de 1999, adujo que: “no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos del I.S.S. recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución”. La Sentencia T-760 de 2008, por su parte, reconoció que “Toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. En tal sentido, toda persona tiene derecho, entre otras cosas, a que se remuevan las barreras y obstáculos que impidan a una

persona acceder integralmente a los servicios de salud que requiere con necesidad, como ocurre, por ejemplo, cuando el acceso implica el desplazamiento a un lugar distinto al de residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado”. (Subrayas agregadas). Así también, en un caso resuelto por esta Corporación a través de Sentencia T-520 de 2012, en el que se discutía si la no realización de una cirugía a un paciente con cáncer de esófago dada la falta de disponibilidad de cupos en la IPS vulneraba su derecho a la salud, este tribunal concluyó que “(...) La EPS accionada, entonces, no podía excusarse en la falta de disponibilidad para dejar de prestarle un servicio de salud requerido al accionante, ya que estaba en capacidad de utilizar todos sus recursos para procurar que le practicaran efectivamente el procedimiento médico ordenado, y no se enfrentaba a un problema de disponibilidad de servicios insuperable e imprevisible. Aceptar lo contrario supondría admitir que la demandada podía refugiarse en su propia negligencia para dejar de prestar un servicio de salud requerido, y desconocer que la función básica de las EPS es garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud de sus afiliados”. Por la misma razón, en Sentencia T-673 de 2017, esta Corte afirmó que “el Estado y los particulares vinculados a la prestación del servicio público de salud, deben facilitar su acceso en términos de continuidad, lo que implica que las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que comporten la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos internos o con las IPS contratadas, que impidan la finalización óptima de los tratamientos iniciados a los pacientes”.

[44] Cfr., Sentencias T-057 de 2009, T-320 de 2013 y T-433 de 2014. También, sobre el particular afirmó este tribunal en la Sentencia T-607 de 2016, que “(...) a toda persona que sea diagnosticada con cáncer se le deben garantizar los tratamientos que sean necesarios de manera completa, continua y, sin dilaciones injustificadas, de conformidad con lo prescrito por su médico tratante, así se evita un perjuicio irremediable en la salud y la vida del paciente”.

[45] Cfr., Sentencias T-469 de 2014, T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

[46] Cfr., Sentencia T-387 de 2018.

[47] A través de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015), se incluyó el servicio de

transporte en el PBS. Así, las Resoluciones 6408 de 2016 (arts. 126 y 127), 5269 de 2017 (arts. 120 y 121) y 5857 de 2018 (arts. 120 y 121), han regulado lo concerniente al transporte de pacientes en el régimen contributivo o subsidiado casi en los mismos términos.

[48] Cfr., Sentencias T-900 de 2002, T-1079 de 2001, T-962 de 2005, T-760 de 2008, T-550 de 2009, T-021 de 2012, T-388 de 2012, T-481 de 2012, T-201 de 2013, T-567 de 2013, T-105 de 2014, T-096 de 2016, T-397 de 2017, T-707 de 2016, T-495 de 2017, T-032 de 2018, T-069 de 2018, T-491 de 2018, entre otras.

[50] Cfr., Sentencias T-350 de 2003, T-1079 de 2001 y T-744 de 2006.

[51] Cfr., Sentencias T-350 de 2003, T-962 de 2005, T-459 de 2007, T-760 de 2008, T-233 de 2011, T-033 de 2013, T-116A de 2013, T-567 de 2013, T-105 de 2014, T-331 de 2016, T-397 de 2017, T-495 de 2017, T-032 de 2018 y T-069 de 2018, entre otras.

[52] Cfr., Sentencias T-286A de 2012 y T-069 de 2018. Este tribunal ha considerado que la libertad de escogencia con que cuentan las EPS para elegir a las IPS con las que celebran convenios está, en todo caso, limitada en tanto debe garantizar la calidad del servicio de salud.

[53] De acuerdo con la información que reporta la página web del Sisbén. Fecha de consulta: febrero 2019.

[54] Folios 13 y 14 del cuaderno principal. Los galenos del Hospital Infantil San José determinaron la necesidad de practicar al menor de edad una “poliquimioterapia de alto riesgo”. La primera sesión se prestó el 26 de junio de 2018.

[55] Artículo 83, Constitución Política: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.