

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Octava de Revisión

SENTENCIA T-091/2009

Referencia: Expediente T- 2047857

Acción de tutela instaurada por la señora Belkis Elizabeth García Parra en representación de su hijo Juan José Iglesias García.

Magistrado ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º, de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela de primera instancia dictado por el Juzgado Quinto (5) Civil del Circuito de Cúcuta, el día veinticuatro (24) de junio de dos mil ocho (2008), y del fallo de tutela de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta -Sala de Familia-, el día siete (7) de julio de dos mil ocho (2008), dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Belkis Elizabeth García Parra en representación de su hijo Juan José Iglesias García contra el Instituto de Seguro Social EPS, ahora, Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES.

Belkis Elizabeth García Parra, como representante del menor Juan José Iglesias García interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguro Social EPS., ahora Nueva EPS, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud y protección a la niñez de su hijo.

HECHOS.

Los hechos que fundamentan la solicitud de amparo son los siguientes:

- 1.- Manifestó que se encuentra afiliada al Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, desde hace más de seis (6) años, como cotizante independiente y que sus ingresos económicos son reducidos pues no cuenta con un trabajo permanente.
- 2.- Expresó que su hijo JUAN JOSÉ IGLESIAS GARCÍA presenta desde el dos (2) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998) un diagnóstico de TUMOR NASOFARINGE (RABDOMIOSARCOMA EMBRIONARIO BASE DE CRÁNEO), el cual fue tratado con quimioterapia y radioterapia permanente hasta junio de dicho año, logrando su manejo controlado hasta el día de hoy.
- 3.- Declaró que, “dichos tratamientos se han realizado en la ciudad de Santafé de Bogotá D.C. donde se encuentran los especialistas de CABEZA Y CUELLO, y de acuerdo a controles el problema de nuestro hijo se complicó con la aparición de una HEPATITIS B CRÓNICA diagnosticada desde el 30 de octubre de 2000 por medio de una biopsia HEPÁTICA bajo visión, enfermedad que viene siendo tratada por oncología, pediatría e INFECTOLOGÍA”¹
- 4.- Añadió que, “El Instituto del Seguro Social Regional Norte de Santander le está negando a mi hijo el medicamento denominado EUTECVIR (BARACLUDE), 05 miligramos por 60 tabletas, por que (sic) esta (sic) fuera del pos, por que (sic) es Bogotá la que debe mandar ese medicamento y a la fecha no lo ha enviado, tiene 11 días el niños (sic) sin el medicamento, y si no se lo suministro le puede dar una CIRROSIS HEPÁTICA y puede fallecer, y yo no cuento con los medios económicos para comprar el medicamento”²
- 5.- Solicitó que, “ se me tutele el derecho a la salud en conexidad con la vida y el derecho fundamental de los menores de edad y como consecuencia de ello se le ordene al

INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL REGIONAL NORTE DE SANTANDER me suministre los pasajes, alojamiento, y estadía en Bogotá, para el menor y un acompañante, cuando requiera ir a BOGOTÁ a controles médicos para el mes de enero de 2.008 (sic) y le ordene los medicamentos, exámenes y tratamiento que requiera el menor, tanto para el CANCER como para HEPATITIS”³

6.- De igual forma explicó que, “Yo no trabajo y mi esposo JORGE ISAAC IGLESIAS LARIOS gana el salario mínimo como independiente.”⁴

7.-Por último, puso de presente que “ (...) he presentado dos tutelas pero fue por otros hechos, refe

rentes a los exámenes que le ordenaron para la HEPATITIS B. y la CARGA VIRAL para HEPATITIS B.”⁵

Solicitud de tutela.

8.- La señora Belkis Elizabeth García Parra, considera vulnerados los derechos fundamentales a la salud y protección a la niñez de su hijo Juan José Iglesias García, por lo que solicita se ordene al Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, suministrarle el medicamento EUTECAVIR (BARACLUDE) 05 miligramos por 60 tabletas y los pasajes, alojamiento y estadía en la ciudad de Bogotá para el menor y un acompañante en el mes de enero de dos mil nueve (2009) y cada vez que sea necesario realizarle controles médicos en la capital.

Pruebas aportadas al proceso.

9.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Copia de la tarjeta de identidad del menor Juan José Iglesias García.⁶
- Copia del carné de afiliación del menor Juan José Iglesias García al Seguro Social EPS, ahora Nueva EPS.⁷
- Copia del examen médico de biología molecular, carga viral, practicado al paciente Juan José Iglesias García, el día veintiuno (21) de diciembre de dos mil siete (2007), por

parte del Centro de Atención y Diagnóstico de Enfermedades Infecciosas.8

- Copia de la historia clínica del menor Juan José Iglesias García emitida por la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.9

- Copia de Acta No 003-037 emitida por el Comité Técnico Científico del Instituto de Seguros Sociales, ahora Nueva EPS, Seccional Norte de Santander, para medicamentos no POS, el día veinticinco (25) de enero de dos mil ocho (2008), en la que se aprueba el suministro del medicamento LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS (EUTECAVIR) para una duración de tratamiento de 90 días, al menor Juan José Iglesias García.10

- Copia de la solicitud y justificación para uso de medicamentos no POS emitida por el Seguro Social EPS, ahora Nueva EPS.11

- Copia del recibo de entrega del medicamento LAMIDUVINA (EUTECAVIR) por treinta (30) pastillas (pendientes treinta (30) más) al paciente Juan José Iglesias García, el día veintisiete (27) de marzo de dos mil ocho (2008) por parte de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.12

- Copia del recibo de entrega del medicamento LAMIDUVINA (EUTECAVIR) por sesenta (60) tabletas al paciente Juan José Iglesias García, el día nueve (9) de junio de dos mil ocho (2008) por parte de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander.13

- Copia de la acción de tutela interpuesta por el señor Jorge Isaac Iglesias Larios, padre de Juan José Iglesias García, el día veintiocho (28) de septiembre de dos mil uno (2001).14

- Copia del incidente de desacato interpuesto por el señor Jorge Isaac Iglesias Larios ante el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Cúcuta para obtener el cumplimiento de la sentencia No 20010336 del cinco (5) de octubre de dos mil uno (2001), dentro de la acción de tutela instaurada por el señor Jorge Isaac Iglesias Larios, en representación del menor Juan José Iglesias García, contra el Seguro Social EPS, ahora Nueva EPS.15

- Copia del auto del diecinueve (19) de junio de dos mil dos (2002), por medio del cual el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito de Cúcuta resuelve el incidente de desacato interpuesto por el señor Jorge Isaac Iglesias Larios a la sentencia No 20010336 del cinco (5) de octubre de dos mil uno (2001).16
- Copia de la tarjeta de inscripción de citas del menor Juan José Iglesias García al Instituto Nacional de Cancerología.17
- Copia del carné de afiliación del menor Juan José Iglesias García al programa de terapia enterostomal de la Clínica del Niño J.B.18
- Copia del control médico realizado al menor Juan José Iglesias García por parte del médico Galo Veintenilla G.19
- Copia de la contrareferencia emitida por parte del Hospital Universitario San Ignacio en relación con las enfermedades padecidas por el menor Juan José Iglesias García.20
- Copia de la orden médica de servicios emitida por el Instituto de Nacional Cancerología.21
- Copia de la orden clínica emitida por el Instituto Nacional de Cancerología.22
- Copia de la evolución médica del menor Juan José Iglesias García emitida por el Instituto Nacional de Cancerología.23
- Copia del resumen de la historia clínica del menor Juan José Iglesias García en el Instituto Nacional de Cancerología. 24

Intervención del Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS.

12.- El Instituto de Seguros Sociales, a través del Jefe del Departamento de Contratación de Servicios de Salud, señor Juan Carlos Fernández Domínguez, solicitó la negación del amparo requerido pues puso de presente que:

- Según record de servicios, al paciente Juan José Iglesias García se le han autorizado los servicios médicos requeridos por los médicos tratantes.

- En conversación telefónica con la señora Belkis Elizabeth García Parra el día dieciséis (16) de junio de dos mil ocho (2008), ésta manifestó que se le había hecho entrega de una parte del medicamento prescrito (LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS) por el galeno tratante del menor; servicio que fue atendido por parte del Departamento de Bienes y Servicios de la EPS.
- La EPS ISS a través de su red de servicios en la ciudad de Bogotá, ha dado cubrimiento total en los servicios médicos que ha requerido el paciente Juan José Iglesias García, siendo atendido en controles periódicos y de acuerdo a la solicitud médica en las especialidades de hepatología, gastroenterología e inmunología por la Clínica del Niño y el Hospital Universitario San Ignacio en Bogotá.
- Los últimos controles fueron autorizados en el mes de noviembre de dos mil siete (2007) y, de acuerdo con la información suministrada por la señora Belkis Elizabeth García Parra, el menor Juan José Iglesias García debe ser remitido en el mes de enero del año dos mil nueve (2009), nuevamente, a controles de conformidad con la solicitud médica; servicio que será atendido a su debido tiempo.
- Ahora bien, frente a la solicitud de la accionante referente a que se le cubran los gastos de traslado y alojamiento, la Resolución 5261 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social (Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del Plan Obligatorio de Salud), establece que éstos deben ser asumidos por el afiliado cuando el servicio solicitado sea de carácter ambulatorio y programado.

Pruebas aportadas al proceso.

13.- En el expediente constan las siguientes pruebas:

- Original del Informe de Servicios de Salud Solicitados por la entidad entre el tres (3) de mayo de dos mil seis (2006) y diecisiete (17) de junio de dos mil ocho (2008), en el que se encuentra relacionado el paciente Juan José Iglesias García y se constata los seguimientos, procedimientos, controles y medicamentos suministrados por la entidad accionada al paciente.²⁵
- Respuesta del Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, al oficio No 0632 emanado

del Juzgado Quinto (5) Civil del Circuito de Cúcuta en el que se lee:

“-Las valoraciones y traslados de pacientes los realiza el departamento de Contratación de Servicios de Salud de la Seccional y es de su entera competencias.

* En conversación telefónica al número 5721753 sostenida con la madre del menor, manifiesta que el paciente ya fue atendido y que el próximo traslado lo tiene programado para el mes de enero del año 2009.

* En cuanto al medicamento NO POS denominado EUTECVIR, igualmente ya fue suministrado el día 13 de junio de 2008. (Anexo tarjeta control del Depósito de Medicamentos de la E.P.S – I.S.S)”26

– Copia del depósito de drogas de la EPS del Seguro Social donde se hace una relación de las fechas en las que le fue suministrado el medicamento EUTICVIR y el complemento vitamínico ENSURE.27

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

Primera Instancia. Juzgado Quinto (5) Civil del Circuito de Cúcuta.

14.- El Juzgado Quinto (5) Civil del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia proferida el día veinticuatro (24) de junio de dos mil ocho (2008), consideró que frente a la pretensión realizada por la señora Belkis Elizabeth García Parra para obtener el suministro del medicamento EUTECVIR para el manejo de las enfermedades que padece su hijo, la tutela era improcedente porque el Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, efectivamente, había hecho entrega de tal fármaco.

Sin embargo, frente a la pretensión relativa a obtener el cubrimiento de los gastos de transporte, manutención y estadía en la ciudad de Bogotá en el mes de enero del año dos mil nueve (2009), el Juzgado Quinto (5) Civil del Circuito de Cúcuta juzgó que tal petición debía ampararse por vía de tutela toda vez que sin ello se suspendería el tratamiento médico al que está sometido el menor Juan José Iglesias García y se pondría en riesgo su salud y vida. Por ello, ordenó al Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, cubrir todos los gastos de manutención, alojamiento y transporte del menor y un acompañante a la ciudad de Bogotá en enero de dos mil nueve (2009).

Escrito de Impugnación.

15.- Mediante escrito presentado por el gerente encargado del Instituto de Seguro Social –Seccional Norte de Santander-, señor Julio Alfonso González Mendoza, impugnó el fallo proferido por el a-quo y se solicitó que se excluyera del trámite de la acción de tutela al Instituto de Seguro Social y en su defecto se vinculara al Ministerio de la Protección Social pues “conforme a lo determinado en las normas que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, son las obligadas a nombre del ESTADO a garantizar los servicios que no estén contemplados dentro del POS, así como las PRESTACIONES ECONÓMICAS que no están contempladas dentro del contrato de seguro suscrito entre el accionante y la EPS-ISS, tales como pasajes, alimentación y hospedaje (...)”²⁸

Segunda Instancia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

16.- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante sentencia proferida el día treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), revocó el fallo proferido por el a-quo y en su defecto decidió no tutelar los derechos fundamentales a la salud y protección a la niñez del menor Juan José Iglesias García, por estimar que por vía de tutela no es posible obtener el amparo de prestaciones económicas sobre las cuales no hay un grado de certeza sobre su ocurrencia.

En efecto, el ad-quem expuso que “De las anteriores pruebas se deduce que (no) hay una prueba por escrito en donde se señale fecha de control para valorarlo, significa lo anterior que no podemos tutelar ni autorizar dichos traslados, por cuanto no se ha determinado, que el paciente si (sic) deba ser trasladado en el mes de Enero (2009), como tampoco, que para la fecha señalada carezcan de los medios económicos, los padres del menor como de la familia para su traslado (...)”²⁹

Revisión por la Corte Constitucional.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Diez (10), mediante Auto del nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008) dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Competencia.

17.- Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problemas jurídicos objeto de estudio.

18.- La señora Belkis Elizabeth García Parra interpuso acción de tutela, en representación de su hijo, por considerar que los derechos fundamentales a la salud y protección a la niñez del menor Juan José Iglesias García han sido vulnerados por parte del Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, al no suministrarle el medicamento EUTECVIR (LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS) para el manejo del TUMOR NASOFARINGE (RABDOMIOSARCOMA EMBRIONARIO BASE DE CRÁNEO) y la HEPATITIS B CRÓNICA que el niño padece desde mil novecientos noventa y ocho (1998) y no costearle el valor de la manutención, alojamiento y transporte del menor y un acompañante a la ciudad de Bogotá en enero del año dos mil nueve (2009), para realizarle controles médicos.

Por tal razón, solicita se ordene al Instituto de Seguro Social suministrarle el medicamento EUTECVIR (LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS) así como cubrirle el total de los gastos de manutención, alojamiento y transporte a la ciudad de Bogotá, del menor y un acompañante, en enero del año dos mil nueve (2009).

Por su parte, el Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, a través de su Jefe del Departamento de Contratación de Servicios de Salud, señor Juan Carlos Fernández Domínguez, solicitó que el amparo fuera negado toda vez que (i) al usuario se le han autorizado los servicios médicos que el especialista del menor le ha prescrito, (ii) se le hizo entrega del medicamento EUTECVIR (LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS) a la madre del menor, (iii) el servicio de transporte manutención y alojamiento en el mes de enero de dos mil nueve (2009) a la ciudad de Bogotá será atendido en su debido momento y, (iv) de acuerdo con la resolución 5261 de 1994 del Consejo Nacional de Seguridad Social los gastos de transporte deben ser asumidos por el afiliado cuando el

servicio es de carácter ambulatorio y programado.

El Juzgado Quinto (5) Civil del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia proferida en primera instancia, el día veinticuatro (24) de junio de dos mil ocho (2008), decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud y protección a la niñez de Juan José Iglesias García y le ordenó al Instituto de Seguro Social asumir el costo de los gastos de manutención, alojamiento y transporte del menor y un acompañante, en el mes de enero del año dos mil nueve (2009) ya que, de otra manera, se interrumpiría el tratamiento al que está sometido el paciente y se pondría en riesgo su vida. Sin embargo, frente a la solicitud de suministro del medicamento EUTECVIR (LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS), el juez de tutela estimó que dicha pretensión era improcedente como quiera que el Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, efectivamente, había suministrado periódicamente tal fármaco.

Impugnado el fallo proferido por el a-quo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante sentencia del treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), estimó que el amparo solicitado era improcedente ya que el Instituto de Seguro Social había hecho entrega a la madre del menor del medicamento EUTECVIR (LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS) y no había certeza alguna sobre la necesidad de realizar el control médico al menor en la ciudad de Bogotá en enero del año dos mil nueve (2009).

3.- Con fundamento en lo expuesto, debe la Sala revisar las sentencias emitidas que niegan la protección solicitada. En este orden de ideas, deberá resolver el siguiente asunto: ¿El Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, desconoce los derechos fundamentales a la salud y protección a la niñez del menor Juan José Iglesias García al negarle el suministro del medicamento EUTECVIR (LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS) y no proporcionarle los gastos de transporte, manutención y alojamiento en la ciudad de Bogotá en el mes de enero de dos mil nueve (2009) para el control y manejo del TUMOR NASOFARINGE (RABDOMIOSARCOMA EMBRIONARIO BASE DE CRÁNEO) y la HEPATITIS B CRÓNICA que el niño padece desde mil novecientos noventa y ocho (1998)?

Para resolver la cuestión planteada estima la Sala importante reiterar su jurisprudencia sobre: (i) el fenómeno de la carencia actual de objeto por un hecho superado, ii) el derecho

fundamental a la salud de los niños y, (iii) analizar el caso concreto.

El fenómeno de la carencia actual de objeto por un hecho superado. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- De conocimiento general es que, la acción de tutela fue consagrada por el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 con la finalidad de garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos ante su violación o amenaza por parte de cualquier servidor público o de un particular (en los casos establecidos en la ley).

Sin embargo, hay ocasiones en las que el supuesto de hecho que motiva el proceso de tutela se supera o cesa, ya sea (i) antes de iniciado el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo o (ii) estando en curso el trámite de revisión ante esta Corporación³⁰. En éste último evento, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela se torna improcedente³¹ por no existir un objeto jurídico sobre el cual proveer, sin que por ello, pueda proferir un fallo inhibitorio (por expresa prohibición del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991).

En efecto, esta Corporación ha dispuesto que en las hipótesis en las que se presente el fenómeno de carencia actual de objeto, el juez de tutela debe proferir un fallo de fondo, analizando si existió una vulneración de los derechos fundamentales cuya protección se solicita y determinando el alcance de los mismos, con base en el acervo probatorio allegado al proceso. Por ello, cuando en el trámite de revisión, se infiera que el juez de instancia ha debido negar o conceder el amparo solicitado “debe procederse a revocar la providencia materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no es viable confirmar un fallo contrario al ordenamiento superior”³²

Sobre el particular, este Tribunal en sentencia T-722 de 2003 precisó:

“i.) Así, pues, cuando el fundamento fáctico del amparo se supera antes de iniciado el proceso ante los jueces de tutela de instancia o en el transcurso de este y así lo declaran en las respectivas providencias, la Sala de Revisión no puede exigir de ellos proceder distinto y, en consecuencia, habrá de confirmar el fallo revisado quedando a salvo la posibilidad de que en ejercicio de su competencia y con el propósito de cumplir con

los fines primordiales de la jurisprudencia de esta Corte, realice un examen y una declaración adicional relacionada con la materia, tal como se hará en el caso sub-examine.

ii.) Por su parte, cuando la sustracción de materia tiene lugar justo cuando la Sala de Revisión se dispone a tomar una decisión; si se advirtiere que en el trámite ante los jueces de instancia ha debido concederse el amparo de los derechos fundamentales invocados y así no se hubiere dispuesto, la decisión de la Sala respectiva de esta Corporación, de conformidad con la jurisprudencia reciente, consistirá en revocar los fallos objeto de examen y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna. (subrayado fuera del texto)

“Por lo tanto, el fallo de segunda instancia acorde a las pruebas y situaciones obrantes en el expediente para esa oportunidad ha debido proteger los derechos del actor que efectivamente estaban siendo vulnerados, razón por la cual se procederá a revocar el fallo de segunda instancia. No se impartirá orden alguna para restablecer los derechos del actor, sólo por cuanto de las pruebas solicitadas por esta Corporación se infiere que la vulneración de los derechos del actor ha cesado al superarse el hecho que dio origen a la presente acción de tutela. De impartirse alguna orden, esta no tendría efecto...”³³.

De tal manera, se puede concluir que el fenómeno de la carencia actual de objeto se presenta cuando los motivos que generan la interposición de la acción de tutela cesan o desaparecen por cualquier causa, perdiendo así su razón de ser por no haber un objeto jurídico sobre el cual proveer. Sin embargo, ello no es óbice para que el juez constitucional, ya sea en segunda instancia o en sede de revisión, entre a analizar la juricidad del fallo comparándolo con el ordenamiento constitucional y la interpretación que para tal efecto haya realizado esta Corte y si es del caso, hacer una declaración jurídica sobre la materia objeto de estudio, es decir revocar el fallo sub examine, sin impartir orden alguna por haberse superado el supuesto de hecho que generó la acción.

En el caso objeto de revisión, la Sala encuentra que durante el trámite ante esta Corte al menor Juan José Iglesias García se le realizaron los controles médicos prescritos por el Instituto Nacional de Cancerología, si bien no en la ciudad de Bogotá como se había programado, sí en la ciudad de Cúcuta por los médicos adscritos a la EPS del Instituto de

Seguro Social, ahora Nueva EPS.

En efecto, en comunicación telefónica realizada por este Despacho con el Instituto Nacional de Cancerología³⁴, la Sala pudo constatar que, efectivamente, la señora Belkis Elizabeth García Parra y su hijo, Juan José Iglesias García, no asistieron a las citas médicas programadas por este Instituto para los días quince (15) y dieciséis (16) de enero de dos mil nueve (2009) en la ciudad de Bogotá.

Sin embargo, en comunicación también telefónica³⁵ realizada por este Despacho con la madre del menor, señora Belkis Elizabeth García Parra, informó que el Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, le había suministrado todos los servicios médicos requeridos para llevar un control de las enfermedades que padece el menor Juan José Iglesias García; servicios médicos que, a su vez, eran prestados por el Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá. En ese sentido, se hacía innecesario viajar a Bogotá con el fin de que fuera este Instituto quien le asistiera al menor toda vez que, iguales servicios médicos, con las mismas calidades y especialistas, fueron y seguirán siendo proporcionados por el Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, en la ciudad de Cúcuta. En este orden de ideas, se configuró el fenómeno de carencia actual de objeto por un hecho superado respecto de la petición presentada por el actor el día diez (10) de junio de dos mil ocho (2008). Con todo, ello no obsta para que esta Corte entre a hacer un análisis de fondo del caso objeto de revisión, con base en los parámetros trazados en líneas anteriores.

El derecho fundamental a la Salud de los Niños. Reiteración de Jurisprudencia.

4.- La consagración constitucional de los derechos de los niños no fue una innovación del Constituyente de 1991, sin embargo sí lo fue el hecho de que se estableciera una protección especialísima por parte del Estado hacia aquella población menor de la sociedad y, se instituyera una obligación primaria en cabeza del Estado, la sociedad y la familia de garantizarles un desarrollo integral dentro de un ambiente armónico rodeado de amor, protección y el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales y legales.

Frente al particular señaló esta Corporación en sentencia T576 de 2008:

“La especial protección que la Constitución les confiere a los niños y a las niñas refleja

de manera clara la necesidad de la sociedad colombiana de proporcionarles las condiciones adecuadas para su desarrollo integral. Una sociedad que no repara en la importancia de garantizar que sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro. Justamente por esa razón la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas.” (negrilla fuera de texto)

Ahora bien, toda esa exaltación constitucional alrededor derechos de los niños, se debió a que en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1989 y aprobada por el Congreso Colombiano mediante la Ley 12 de 1991 se reconoció la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran los menores y el que la efectividad de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales se constituyan en un mínimo necesario para su supervivencia y el desarrollo de su infancia³⁶.

Así las cosas, conforme al artículo 44 de la Constitución Política de 1991, los niños son sujetos privilegiados dentro del ordenamiento interno colombiano, que merecen una especial protección por parte del Estado para mitigar la condición de debilidad manifiesta en la que se encuentran³⁷. En este sentido, la familia, la sociedad y el Estado son instituciones que tienen la obligación de asistirlos para garantizar su desarrollo integral y armónico y el ejercicio pleno de sus derechos legales y constitucionales. Por ello, esta Corte ha dispuesto que “el primer aspecto a resaltar del artículo 44 de la C.P. es la doble categorización que hace de las garantías contempladas para los menores. Por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional, dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquél deberá prevalecer sobre éste.³⁸

En este orden de ideas, son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión; derechos que por demás adquieren una prevalencia sobre los demás derechos de los ciudadanos y, exigen del Estado, la sociedad y la familia una protección especial.

Ahora bien, en relación con el derecho a la salud de los niños y en virtud de las cláusulas constitucionales de protección de los derechos de los menores, esta Corte ha afirmado que el derecho a la salud de los niños y niñas es de carácter autónomo y debe ser garantizado de manera inmediata y prioritaria³⁹. En concordancia con el mismo, las necesidades de ese sector poblacional deben ser cubiertas eficazmente.⁴⁰ Por ello, “la alimentación, la salud y la educación que reciban los niños y las niñas unidos a los nexos de amor y solidaridad que puedan desplegar dentro de su familia y por parte de la sociedad que los rodea juegan un papel decisivo como factores de desarrollo y configuran algunos de los principales retos, ante todo, cuando se piensa en las niñas y los niños que se hallan por debajo del umbral de pobreza.”⁴¹

Por lo tanto, si bien es cierto que el Estado goza de plena autonomía para diseñar políticas orientadas a organizar la prestación del servicio público de salud, también lo es que no es posible poner obstáculos de tipo legal ni económico para garantizar tratamientos médicos a menores de edad⁴². Igualmente, la asistencia en salud que requieren los niños y niñas debe ser prestada de manera preferente y expedita dada la situación de indefensión en que se encuentran⁴³. A este respecto ha señalado la jurisprudencia de esta Corte: “la fundamentalidad del derecho a la salud de la niñez implica que los servicios de salud que deben brindarse son tanto aquéllos incluidos en los planes obligatorios de salud del Régimen Contributivo y del Régimen Subsidiado y en planes adicionales como aquéllas prestaciones contempladas en diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de conformidad con los cuales debe interpretarse los derechos constitucionales (...)”⁴⁴.

Por consiguiente, para esta Corte no hay duda de que los niños tienen una protección constitucional reforzada respecto de su derecho fundamental a la salud, lo que implica la obligación para el Sistema General de Seguridad Social en Salud de suministrar de

manera adecuada todas las prestaciones que se requieran para cubrir sus necesidades⁴⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que las reglas que permiten aplicar el deber de solidaridad, consagrado en el artículo 95-2 Constitucional, con el fin de garantizar la financiación del transporte a otra ciudad de los usuarios vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, para realizar tratamientos o procedimientos clínicos son:

“(i) Que se esté ante el incumplimiento de la regulación sobre transporte de pacientes, que obliga a una EPS o ARS a prestar dicho servicio bajo ciertas circunstancias.

(ii) Que el paciente no pueda desplazarse por sus propios medios, ni su familia cuente con los recursos suficientes para ayudarlo a acudir a los servicios que realicen las entidades prestadoras de salud.

(iii) Que tal situación ponga en riesgo la vida o integridad personal del paciente.

(iv) Que pese a haberse desplegado todos los esfuerzos exigibles, no existen posibilidades reales y razonables para poder ofrecer el servicio solicitado, en el lugar de residencia”⁴⁶.

Ello, en razón de que, en principio, los costos de desplazamiento a otra ciudad de un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud para que le sean suministrados servicios médicos que no pueden ser proporcionados en su lugar de residencia, deben ser costeados por el paciente o su familia y sólo en casos excepcionales, es decir en los supuestos de hecho en los que se configuren las cuatro subreglas jurisprudenciales, los gastos de transporte deben ser asumidos por las Entidades Promotoras del Servicio de Salud.⁴⁷ Empero, en el evento en el que el usuario un paciente que requiera el desplazamiento a otra ciudad, distinta de su lugar de residencia para que se le practique cualquier tratamiento médico, sea un niño, esas subreglas jurisprudenciales no deben ser aplicadas de manera rigurosa por el juez de tutela sino matizadas en concordancia con el caso concreto.

Del caso en concreto.

11.- De acuerdo con lo anterior, esta Sala encuentra que en el caso sub examine se

configuró el fenómeno del hecho superado por carencia actual de objeto sobre el cual proveer una orden judicial para garantizar los derechos fundamentales a la salud y protección a la niñez del menor Juan José Iglesias García, como quiera que se constató que el Instituto de Seguro Social, hoy Nueva EPS, le suministró el fármaco EUTECAVIR (LAMIDUVINA TABLETAS X 150 MG X 60 TABLETAS) para contrarrestar las dolencias generadas por el TUMOR NASOFARINGE (RABDOMIOSARCOMA EMBRIONARIO BASE DE CRÁNEO) y la HEPATTITIS B CRÓNICA que padece el niño desde el año, así como por información suministrada por la madre del menor al Despacho, esta Entidad Promotora de Salud desplegó toda su actividad tendiente a proporcionarle al menor la misma asistencia médica que el Instituto Nacional de Cancerología le suministraba en la ciudad de Bogotá, en la ciudad de Cúcuta.⁴⁸

Así las cosas, para esta Sala es claro que si bien, los derechos del menor Juan José Iglesias García prevalecen sobre los demás derechos de los ciudadanos y exigen del Estado, la sociedad y la familia una protección especialísima y, en ese orden de ideas, la obligación por parte de la Entidad Promotora de Salud de sufragar los costos de traslado a la ciudad de Bogotá, también lo es que en el caso específico, el Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, actuó de manera diligente al disponer al servicio del menor la planta de personal médico especializado para controlar y manejar el TUMOR NASOFARINGE (RABDOMIOSARCOMA EMBRIONARIO BASE DE CRÁNEO) y la HEPATTITIS B CRÓNICA que el niño padece desde mil novecientos noventa y ocho (1998) y garantizarle así su derecho a la salud y vida. En ese sentido, el Instituto de Seguro Social, ahora Nueva EPS, no desconoció los derechos fundamentales del menor Juan José Iglesias García.

Por consiguiente, esta Sala declarará la carencia actual de objeto por la configuración de un hecho superado y confirmará la decisión tomada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: DECLARAR la carencia actual de objeto por configurarse un hecho superado en los términos explicados en la parte considerativa de esta sentencia.

Segundo: CONFIRMAR el fallo proferido, en segunda instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el día siete (7) de julio de dos mil ocho (2008), dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Belkis Elizabeth Parra García en representación de su menor hijo JUAN JOSÉ IGLESIAS GARCÍA pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Cuaderno 1, folio 34.

2 Cuaderno 1, folio 1.

3 Cuaderno 1, folio 1.

4 Cuaderno 1, folio 1.

5 Cuaderno 1, folio 2.

6 Cuaderno 1, folio 3.

7 Cuaderno 1, folio 3.

8 Cuaderno 1, folio 4.

9 Cuaderno 1, folio 5.

10 Cuaderno 1, folio 6.

11 Cuaderno 1, folio 7.

12 Cuaderno 1, folio 9.

13 Cuaderno 1, folio 10.

14 Cuaderno 1, folios 11, 12, 13, 14, 15 y 16.

15 Cuaderno 1, folios 17, 18, 19 y 20.

16 Cuaderno 1, folios 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29.

17 Cuaderno 1, folio 37.

18 Cuaderno 1, folio 37.

19 Cuaderno 1, folios 38.

20 Cuaderno 1, folio 39.

21 Cuaderno 1, folio 40.

23 Cuaderno 1, folio 43.

24 Cuaderno 1, folio 44.

25 Cuaderno 1, folios 62, 63, 64, 65, 66 y 67.

26 Cuaderno 1, folio 68.

27 Cuaderno 1, folio 69.

28 Cuaderno 2, folio 13.

29 Cuaderno 2, folio 26.

30 Corte Constitucional. Sentencia T-675 de 2007.

31 Corte Constitucional. Sentencia T-515 de 2007.

32 Ibid.

33 En el mismo sentido se encuentran las sentencias T-512 de 2002 y T-029, T-048, T-093, T-095 y T-746, de 2005.

34 Cfr Cuaderno 3, folio 8.

35 Cfr Cuaderno 3, folio 8.

36 Al respecto esta Corte en sentencia T-576 de 2008 aclaró: “A partir de la lectura de la Convención sobre los Derechos de los [de las] Niños[as] resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos (as) los niños y niñas del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños y de las niñas sin distinción, tanto a los niños y niñas que habitan países subdesarrollados, como a aquellos[llas] que proceden de países desarrollados; (iii) estos derechos se aplican por igual a los niños y niñas pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el

desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños y de las niñas. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños³⁶. La Convención destaca, de manera especial, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y de sus hijas y subraya, así mismo, el deber que le corresponde a los Estados de prestar apoyo a los padres así como la obligación de velar por el bienestar de las niñas y de los niños cuando por alguna razón sus familiares no están en condiciones de asumir por sí mismos tal tarea. De este modo, el Estado debe proporcionar asistencia material y diseñar programas de apoyo a la familia; (vii) los Estados están también obligados a evitar que los niños y las niñas sean separados de su familia, a no ser que la separación se realice con miras a proteger los intereses superiores de la infancia. (viii) son cuatro los principios rectores de la Convención: (a) el principio de no discriminación (artículo 2º)³⁶; (b) el principio del interés superior del niño y de la niña (artículo 3º)³⁶; (c) el principio de la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)³⁶; el principio de participación (artículo 12)³⁶; (ix) los Estados deben armonizar lo dispuesto en la legislación interna con los preceptos que se derivan de la Convención excepto en aquellos casos en que la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico interno sea mayor; (x) los países miembros se obligan a producir informes periódicos sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité de los Derechos del/la Niño[a] se encargará de verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-278 de 1995.

37 La mitigación de la “debilidad manifiesta” en la que se encuentran los menores se traduce en una protección especial por parte del Estado a esa fracción poblacional y, en una concesión de validez a todas aquellas acciones y mediadas ordenadas, precisamente, a paliar esa debilidad en que se encuentran por su misma naturaleza. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-137 de 2006.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 2002.

39 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006.

40 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-695 de 2004.

41 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-576 de 2008.

42 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-754 de 2005.

43 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2006.

44 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006.

45 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-973 de 2006.

46 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-1026 de 2005.

47 Ibid.

48 Cfr. Cuaderno 3, folio 8.