

Sentencia T-114/11

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Reiteración de jurisprudencia

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS Y SERVICIOS NO INCLUIDOS EN EL POS-Reiteración de jurisprudencia

INCAPACIDAD ECONOMICA DE PADRES DE MENOR-Exoneración de copagos y cuotas moderadoras

En el caso de la menor, es claro que sus padres carecen de capacidad económica para cubrir los costos que acarrea su enfermedad, pues como bien se indica en el expediente, el ingreso base de cotización es un salario mínimo, lo que haría procedente la exoneración de copagos y cuotas moderadoras en atención a la primera de las reglas expuestas de manera precedente. Es importante señalar que, si bien se encuentra acreditada la incapacidad económica de los padres de la menor, también se halla demostrado en el expediente, que a la niña se le ha venido eximiendo del pago de los mencionados emolumentos tal como lo indica la entidad demandada en su escrito de contestación, pues se indica dentro de las ordenes de aprobación de servicios que “el afiliado no cancela ningún valor por concepto de pago moderador o copago”. De allí que la pretensión de exoneración referenciada en la tutela no es de recibo en esta oportunidad, pues la entidad demandada ha venido dando aplicación a las reglas antes expuestas. Lo anterior no es óbice para que en la parte resolutive de esta providencia, la Sala advierta a la entidad demandada el deber que tiene de continuar exonerando a la menor de copagos y cuotas moderadoras por cumplir con los requisitos señalados para ello.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Suministro de pañales, medicamentos, servicio Home Care y transporte en ambulancia

Referencia: expediente T-2.828.639

Acción de tutela instaurada por Marisol Hinojosa Sinesterra, como agente oficiosa de su hija Ashly Vanesa Perea Hinojosa contra la Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa 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 proferido por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Santiago de Cali, en la acción de tutela instaurada por Marisol Hinestroza Sinesterra, como agente oficiosa de su hija Ashly Vanesa Perea Hinestroza, contra la Nueva EPS.

I. ANTECEDENTES

El pasado veintiséis (26) de julio de dos mil diez (2010), la ciudadana Marisol Hinestroza Sinesterra, como agente oficiosa de su hija Ashly Vanesa Perea Hinestroza, interpuso acción de tutela solicitando el amparo de los derechos fundamentales de su menor hija a la vida, la salud y los derechos de los niños, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por la Nueva EPS.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- La niña Ashly Vanesa Pérez Hinestroza se encuentra afiliada al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud por intermedio de la Nueva EPS S.A. como beneficiaria del señor Carlos Alberto Perea Martínez, quien es cotizante independiente con un ingreso base de cotización mensual de quinientos quince mil pesos (\$515.000).

2.- La niña padece del síndrome de West desde su nacimiento, lo que le produce una

invalidez del 100% -parálisis cerebral severa-.

3.- Indica la accionante que, desde el mes de junio de 2010 la entidad demandada le ha negado a la niña los pañales desechables y la crema Nistatina + óxido de zinc para evitar laceraciones en la piel pues la menor no controla esfínteres.

4. Así mismo, indica la actora que la Nueva EPS le niega a la menor el transporte en ambulancia y el servicio de hospital en casa a pesar de que la niña se encuentra conectada a una bala de oxígeno y tiene la columna afectada.

Solicitud de Tutela

5.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana Marisol Hinestroza Sinestera, solicita se tutelen los derechos fundamentales de su menor hija a la vida, la salud y los derechos de los niños. En consecuencia, pide se ordene a la Nueva EPS suministrar la Nistatina + óxido de zinc crema y los pañales desechables que requiere la niña.

Así mismo, solicita se ordene a la entidad demandada la atención médica en casa, el servicio de transporte en ambulancia, la exoneración de copagos y cuotas moderadoras y, la atención integral y progresiva para el retardo psicomotor que presenta la niña.

Respuesta de la entidad demandada

6.- Indicó la representante de la entidad demandada, que la Resolución 5261 de 1994 y el acuerdo 008 de 2009 establecen que los pañales y la Nistatina + óxido de zinc no se encuentran incluidos en el POS, ya que estos no contribuyen a la rehabilitación o mejoramiento de la salud del paciente y, por el contrario, son insumos de uso personal y de aseo que deben ser costeados por los afiliados.

Indicó que en este caso la ausencia de los pañales desechables y la crema solicitada no pone en peligro la vida de la niña Ashly Vanesa Perea Hinestroza.

Señaló además, que la entidad que representa en ningún momento le ha negado servicio de salud alguno a la menor y, por el contrario, siempre ha estado presta a brindar la debida colaboración para la recuperación de la niña. De igual manera, afirmó que ordenar un tratamiento integral por tutela sería precipitarse prejuzgando a la Nueva EPS, pues por

acción u omisión ésta entidad no vulnera derecho alguno de la niña y no podría el juez de tutela emitir decisiones de fondo por hechos futuros e inciertos.

En relación con la solicitud del servicio de transporte, indicó la representante de la entidad demandada que éste se encuentra por fuera del POS y, además, no ha sido ordenado por un médico adscrito a la Nueva EPS, por lo que no se cumple con los requisitos para su autorización. Así mismo, señaló que el señor Carlos Alberto Perea Martínez es pensionado del ISS, y por ende cuenta con un ingreso mensual que le permite asumir los costos de los servicios no POS que necesita la niña, pues al pertenecer al Régimen Contributivo se presume la capacidad de pago.

En lo referente a la exoneración de copagos y cuotas moderadoras, indicó la apoderada, que la niña no cancela concepto alguno de éstos por los servicios de salud que se le prestan, por lo cual, la solicitud de exoneración no es procedente.

Por todo lo anterior, solicita la representante de la Nueva EPS no conceder la acción de tutela en contra esta última entidad.

Fosyga

7.-El juez de instancia, al admitir la acción de tutela ordenó vincular al Fosyga por estar la accionante afiliada al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En su escrito de contestación la representante de esta entidad, hizo un recuento de la normatividad vigente en la materia y solicitó que se niegue la tutela en caso de que la accionante no acredite los requisitos para ser acreedor de las prestaciones solicitadas. Así mismo, pidió que en caso de concederse la tutela, se niegue el recobro al Fosyga y en su lugar se ordene que la menor sea atendida en la red pública de salud o en las instituciones públicas o privadas con las cuales la entidad territorial competente tenga contrato.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de única instancia.

8.- El Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali denegó parcialmente el amparo solicitado

respecto a la solicitud de atención integral, copagos y cuotas moderadoras, servicio de ambulancia y pañales desechables por las siguientes razones:

En relación con el servicio de transporte y solicitud de pañales, indicó el a quo, que éste no ha sido ordenado por el médico tratante.

En cuanto al tratamiento integral, manifestó que se trata de hechos futuros e inciertos sobre los cuales no procede la tutela.

Frente a la solicitud de exoneración de copagos y cuotas moderadoras, expresó el juez de instancia que, se encuentra acreditado en el expediente que “el afiliado no cancela ningún valor por concepto de pago moderador o copago” por cual no procede la tutela sobre éste punto.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de la crema Nistatina +óxido de Zinc fue concedida la tutela, por estar el medicamento prescrito por un médico tratante.

Pruebas obrantes en el expediente.

Se destacan dentro del expediente las siguientes pruebas:

- 1.- Carnet de afiliación de la niña Ashly Vanesa a la Nueva EPS.
- 2.- Registro Civil de nacimiento.
3. Diagnóstico médico de la menor.
- 4.- Historia Clínica.
5. Formatos de negación de servicios de salud y medicamentos.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

- 1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo 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.

Problema jurídico

2.-En atención a lo expuesto, corresponde esta Sala de Revisión determinar si la Nueva EPS vulnera los derechos fundamentales a la salud y la vida de la niña Ashly Vanesa Perea Hinistroza, al negarle los medicamentos y servicios requeridos para mejorar su calidad de vida por encontrarse éstos por fuera del Plan Obligatorio de Salud POS.

3.- A fin de resolver el asunto planteado, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) derecho a la salud de los niños y niñas-Reiteración de jurisprudencia, (ii) el suministro de medicamentos y servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud -Reiteración de jurisprudencia- y, (iii) el caso concreto.

i- Derecho a la salud de los niños y las niñas. Reiteración de jurisprudencia.

Esta Corporación a partir de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución¹, ha dispuesto en innumerables pronunciamientos², que el derecho a la salud para los niños y las niñas ostenta el carácter de fundamental autónomo³. Así mismo, ha caracterizado a este sector poblacional como sujetos de especial protección constitucional, dada su especial condición de vulnerabilidad (Art. 13 de la Constitución) y ha destacado la protección reforzada de la que son titulares.

De igual manera, este Tribunal ha puesto de presente el amparo prodigado por algunos instrumentos internacionales a los niños y las niñas. Tal es el caso, de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño⁴.

Dentro de este contexto, la jurisprudencia constitucional ha considerado que “el derecho a la salud de los niños, al lado de otros derechos, es en sí mismo un derecho fundamental, con carácter prevalente sobre los derechos de todos los demás. Esta regla encuentra su fundamento en el artículo 44 de la Constitución que señala expresamente: ‘Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...). La

familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás'. También el artículo 13 ordena al Estado la protección especial de las personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta.”⁵

Del mismo modo, en sentencia T-760 de 2008 la Corte sostuvo:

“La Constitución Política, para proteger a los menores, reconoce a sus derechos categoría y valor especiales. Por una parte se considera que son fundamentales, lo cual afecta tanto el contenido del derecho como los mecanismos aceptados para reclamar su protección. Por otra parte se les otorga especial valor al indicar que ‘los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás’ (art. 44 CP). Concretamente, se reconoce su derecho fundamental a la salud. Las medidas de protección especial que se debe a los menores deben tener por finalidad garantizar a los niños (i) su desarrollo armónico e integral y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos.’ El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.”

Finalmente, esta Corporación ha considerado en innumerables pronunciamientos que la procedencia de la acción de tutela para garantizar la efectividad del derecho a la salud de los niños y niñas, en tanto se trata de una garantía individual autónoma. En consecuencia, es suficiente que el juez constitucional constate la existencia de una situación que la amenace o vulnere, para disponer las medidas de protección que estime necesarias con el fin de lograr su restablecimiento⁶.

ii- El suministro de medicamentos y servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud.
Reiteración de jurisprudencia.

Si bien es cierto que la consagración legal de un Plan Obligatorio de Salud posee fundamento constitucional y en esa medida justifica la delimitación de las responsabilidades y obligaciones de naturaleza prestacional a cargo de las Entidades Promotoras de Salud en aplicación de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad propios de la seguridad

social, también lo es que debe haber una debida protección de los derechos fundamentales de los usuarios, en especial la vida digna, y la salud.

En esas condiciones, es claro que hay una tensión entre la determinación constitucional de exclusión de ciertas prestaciones a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, en aras de garantizar la asistencia de un servicio eficaz y eficiente⁷ y, la efectiva protección de los derechos fundamentales de los usuarios del servicio, especialmente el de la vida digna e integridad física, conforme al artículo 5° constitucional y, el expreso fin estatal de garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución por el artículo 2° de la misma.⁸

Con base en estos presupuestos, la jurisprudencia de esta Corte, en aplicación del artículo 4° Superior, ha fijado condiciones fácticas que deben concurrir en cada caso concreto para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud que excluyen determinados medicamentos o servicios médicos.

Así las cosas, para inaplicar las normas del Plan Obligatorio de Salud el juez de tutela debe verificar:

1. “Que la ausencia del fármaco o servicio médico lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas.

1. Que no exista dentro del plan obligatorio de salud otro medicamento o tratamiento que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

1. Que el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del fármaco o procedimiento y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores.

4. Que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro.”⁹

Esta Corporación ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los anteriores requisitos, puntualizando las exigencias de cada uno de ellos, por ejemplo, en relación con el referente a la necesidad de que la ausencia del fármaco o servicio no POS ponga en riesgo la existencia, ha reiterado la Corte Constitucional¹⁰ que el derecho a la vida implica la salvaguardia de unas condiciones tolerables de vida que permitan existir con dignidad. Por lo tanto, para su protección no es necesario que la persona se encuentre en un riesgo inminente de muerte, sino que toda situación que haga indigna la existencia y dificulte una buena calidad de vida, es merecedora de protección constitucional, tal como ocurre cuando una persona que sufre una seria discapacidad física no puede controlar sus esfínteres y necesita de pañales desechables para vivir de manera digna.

Con respecto al requisito referente a que el medicamento o tratamiento excluido del plan obligatorio debe ser ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, y que dicho profesional debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro, este Tribunal ha reconocido algunas precisas hipótesis en las cuales las órdenes médicas provenientes de un facultativo particular, no adscrito a la EPS del reclamante pueden llegar a tener valor. Sobre el particular, en la sentencia T-760 de 2008 esta Corporación sostuvo que:

“... el concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS,

obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso en concreto.”

Para precisar el cumplimiento de los requisitos señalados, corresponde al juez de tutela examinar las circunstancias fácticas que revelan cada caso en concreto, y de acuerdo con el examen al que llegue, deberá estimar si la negativa de la entidad a suministrar un tratamiento, medicamento o servicio excluido de la cobertura del Plan Obligatorio de Salud, pone o no en peligro el derecho fundamental a la salud o a la vida del interesado, o algún otro derecho fundamental que tenga relación directa con ellos. Así mismo determinará si el afiliado o sus beneficiarios cumplen con los medios económicos para cubrir los medicamentos y servicios no POS requeridos.

Finalmente, es importante mencionar que el juez constitucional al momento de verificar si un afiliado o usuario reúne los requisitos para hacerse acreedor de un medicamento o servicio no POS, debe tener en cuenta el principio de continuidad, ya que en virtud de éste las EPS están constitucionalmente obligadas a prestar los servicios de salud requeridos de manera ininterrumpida, aun cuando se trate de servicios no POS que fueron autorizados de manera previa y no existe razón válida para su interrupción. Con la aplicación de éste principio se busca que los servicios en salud requeridos, que deban suministrarse por un período prolongado de tiempo, no se terminen por razones distintas a las médicas y se deje a los pacientes carentes de protección con las consecuencias que ello conlleva en sus vidas e integridad.

Una vez señalados los requisitos para acceder a medicamentos y servicios no POS procede esta Sala a estudiar el Caso Concreto.

iii.- El caso concreto

En el presente caso la señora Marisol Hinestroza Sinesterra, actuando como agente oficiosa de la niña Ashly Vanesa Perea Hinestroza, solicita la protección de los derechos fundamentales de su hija a la vida digna, la salud y los derechos de los niños, los cuales considera vulnerados por la Nueva EPS ante la negativa de ésta a suministrarle los pañales desechables y la crema Nistatina mas óxido de zinc que le fueron prescritos por el médico tratante a fin de mejorar los calidad de vida de la menor, quien padece trastorno mental severo como consecuencia del Síndrome de West con el que nació.

Por lo anterior, la madre de la niña pide se ordenen los mencionados elementos y, adicional a ello, se conceda el transporte en ambulancia, el servicio de Hospital en casa, la exoneración de copagos y cuotas moderadoras y el tratamiento integral y progresivo que la menor requiera.

Una vez expuesto lo anterior, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la nueva EPS vulnera los derechos fundamentales de la niña Ashly Vanesa Perea, con la negativa a suministrar los mencionados medicamentos y servicios requeridos por ésta para mejorar su calidad de vida.

A fin de resolver el problema jurídico, la Sala se pronunciará sobre cada una de las pretensiones y las estudiará a la luz de la jurisprudencia constitucional vigente.

Con respecto a la solicitud de pañales, encuentra la Sala que los mismos fueron prescritos por un médico tratante¹¹, que se solicitaron a la entidad demandada, que el suministro de éstos no se dio por cuanto se encontraban fuera del POS¹² y que la Nueva EPS no le ofreció a la menor una alternativa dentro del Plan Obligatorio de Salud para suplirlos. De allí, que deba la Sala establecer si en este caso se cumplen los requisitos señalados de manera precedente para ordenar pañales desechables vía tutela.

En primer lugar, encontramos que la ausencia de estos elementos, los cuales en principio parecen de aseo, afecta la calidad de vida de la menor, pues debido a la parálisis cerebral que padece se le imposibilita controlar sus esfínteres, haciendo necesario su uso. Al respecto esta Corporación en sentencia T-664 de 2010 señaló:

“Concretamente, en lo que tiene que ver con la negativa por parte de una EPS a suministrar pañales desechables a los afiliados que por diversos padecimientos no controlan sus esfínteres, esta Corporación ha dicho que tal negativa vuelve indigna la existencia humana ya que no les permite gozar de la óptima calidad de vida que merece y, por consiguiente, les impide desarrollarse plenamente¹³. La inhabilidad para controlar los esfínteres impide al afiliado llevar una vida normal en el desempeño de sus actividades diarias, a menos que se le proporcione en alguna medida, las condiciones que le faciliten vivir con la dignidad que demanda la existencia del ser”

En segundo lugar, encuentra la Sala que los padres de la menor carecen de los recursos

económicos para sufragar el costo de los elementos de aseo y demás medicamentos que requiere la niña, pues se halla acreditado en el expediente que su padre está afiliado como cotizante independiente con un ingreso base de cotización mensual de \$515.00014 con el que debe cubrir sus gastos y los de su familia.

En tercer lugar, los pañales desechables fueron ordenados por un médico tratante, cuya orden no fue controvertida con argumentos médico científicos.

De lo anterior se colige que, en el caso en particular, procede ordenar los pañales desechables vía tutela por encontrarse acreditados los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para acceder a elementos no POS.

Determinado lo anterior, procede la Corte a resolver lo referente a la negativa de la Nueva EPS a suministrar la crema Nistatina más óxido de Zinc crema, la cual, al igual que los pañales, se dejó de entregar a la menor por encontrarse fuera del POS.

Encuentra la Sala que el citado medicamento fue ordenado por un médico tratante¹⁵, que el mismo se solicitó a la EPS demanda, que la entidad lo negó por encontrarse fuera del POS¹⁶ y que la Nueva EPS no brindó una alternativa dentro del POS que cumpliera con la misma función de la Nistatina + óxido de Zinc. Así mismo, se acreditó de manera precedente que los familiares de la menor no cuentan con los medios para sufragar los costos de los medicamentos y que la crema es necesaria para garantizar la calidad de vida de la niña.

De lo anterior se desprende que en este caso se cumplen los requisitos señalados por la jurisprudencia constitucional para acceder a un medicamento no POS, como lo es la Nistatina + óxido de Zinc. Por ello, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará el suministro de la misma.

Una vez resuelto lo referente a medicamentos no POS, procede la Sala a estudiar las peticiones de la accionante relacionadas con servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

La primera de ellas es la referente a la solicitud de hospital en casa. Sobre este punto encuentra la Sala¹⁷, en reporte del historial clínico expedido por el neuro-pediatra el 27 de julio de 2008, que la niña Ashly Vanesa Perea a la fecha de expedición del mismo, se

encontraba en Home Care, con terapia física, respiratoria y del lenguaje en su propio hogar y bajo el cuidado de una enfermera las 24 horas del día por presentar graves secuelas de citomegalovirus congénito, ser una persona totalmente dependiente de los demás, padecer trastorno mental severo y tener ataques de epilepsia.

En la actualidad la menor no se halla en el programa descrito en el párrafo precedente, lo que genera consecuencias desfavorables para su salud y calidad de vida, pues la niña es totalmente dependiente y presenta los padecimientos propios de su enfermedad.

Por lo anterior, solicita la accionante que la niña Ashly Vanesa sea incluida en el programa de Hospital en casa, al que estuvo vinculada.

En este punto es importante señalar que no obran en el expediente los motivos por la cuales el servicio de home care fue suspendido.

Considera la Sala sobre este punto en particular, que la ausencia de orden médica reciente que ordene la prestación del servicio de home care, así como la ausencia de prueba en el expediente que indique los motivos por los cuales el mismo fue suspendido, no constituyen razones válidas para negar la prestación solicitada.

Lo anterior, por cuanto los motivos que dieron origen a la prestación del servicio de hospital en casa se mantienen como consecuencia del síndrome de West que padece la menor, pues en la actualidad la niña continúa con trastorno cerebral severo, ataques de epilepsia y se encuentra en una situación de completa dependencia.

Adicional a lo anterior, en atención del principio de continuidad, es procedente en este caso en particular, ordenar en la parte resolutive de esta providencia ordenar el restablecimiento del servicio de Home Care en las condiciones en que se venía prestando.

Adicional al servicio de hospital en casa, la madre de la menor solicitó el servicio de transporte en ambulancia que procede a estudiar la Sala.

En relación con ésta pretensión, la Corte Constitucional ha señalado que el transporte en ambulancia se constituye en algunos casos en un medio para acceder al servicio de salud¹⁸, y que aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se convierte en una limitante para lograr su materialización, especialmente cuando las personas carecen de los

recursos económicos para sufragarlo¹⁹. Así mismo, esta Corporación ha establecido que para acceder al servicio de transporte en ambulancia debe existir una orden médica que lo autorice.

En el caso en particular, si bien no existe en el expediente orden médica que prescriba el transporte en ambulancia, resulta claro para la Sala que en las condiciones de la menor, la ausencia de tal servicio se constituye en una barrera para acceder al servicio de salud, por cuanto la niña tiene dificultades para su movilización al encontrarse en silla de ruedas y conectada a una bala de oxígeno.

Adicional a lo anterior, los padres de la menor carecen de los recursos económicos para sufragar tal servicio, lo que a todas luces hace necesaria la autorización del mismo.

De allí que, en la parte resolutive de esta providencia se procederá a ordenar el servicio de transporte en ambulancia solicitado por la accionante.

Resuelto lo referente a la solicitud de servicios No POS, procede la Sala a estudiar las demás solicitudes presentadas por la accionante.

Observa la Sala que la madre de la menor, solicita la exoneración de pagos y cuotas moderadoras, por lo que se hace necesario precisar lo siguiente:

El artículo 187 de la Ley 100 de 1993 dispone la obligación que tienen tanto los afiliados como los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en salud de contribuir en el financiamiento del sistema, y para ello expresa literalmente que: “Los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud estarán sujetos a pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles. Para los afiliados cotizantes, estos pagos se aplicarán con el exclusivo objetivo de racionalizar el uso de servicios del sistema. En el caso de los demás beneficiarios, los pagos mencionados se aplicarán también para complementar la financiación del Plan Obligatorio de Salud”.

Así mismo es importante señalar que por copagos, se entienden todos los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado, siendo su finalidad, ayudar a financiar el Sistema. El copago se aplica exclusivamente a los afiliados beneficiarios y su cálculo depende del régimen al que pertenezca la persona. Por su parte, las cuotas

moderadoras son aquellas que buscan regular la utilización del servicio de salud, incentivar su buen uso y promover la participación en los programas de atención integral ofrecidos por las E.P.S20. Las cuotas moderadoras se aplican tanto a los afiliados cotizantes como a los beneficiarios.

A pesar de la importancia del pago de los anteriores emolumentos, esta Corporación ha expuesto dos situaciones excepcionales en las que, a pesar de tratarse de atención médica sujeta a copagos, resulta viable exonerar al usuario de su cancelación, con el objeto de proteger derechos fundamentales y de evitar que los mismo se conviertan en una barrera para que los usuarios accedan al servicio de salud. Sobre el particular la Corte en Sentencia T-296 de 200621, entre otras22, desarrolló dos reglas:

1- Cuando la persona que necesita con urgencia un servicio médico carece de la capacidad económica para asumir el valor de la cuota moderadora, la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud deberá asegurar el acceso del paciente a éste, asumiendo el 100% del valor.23

2- Cuando una persona requiere un servicio médico y tiene la capacidad económica para asumirlo, pero tiene problemas para hacer la erogación correspondiente antes de que éste sea prestado, la entidad encargada de la prestación, exigiendo garantías adecuadas, deberá brindar oportunidades y formas de pago de la cuota moderadora sin que su falta de pago pueda convertirse de forma alguna24 en obstáculo para acceder a la prestación del servicio”
25

En el caso de la niña Ashly Vanesa Perea Hinostroza, es claro que sus padres carecen de capacidad económica para cubrir los costos que acarrea su enfermedad, pues como bien se indica en el expediente, el ingreso base de cotización es un salario mínimo, lo que haría procedente la exoneración de copagos y cuotas moderadoras en atención a la primera de las reglas expuestas de manera precedente.

Es importante señalar que, si bien se encuentra acreditada la incapacidad económica de los padres de la menor, también se halla demostrado en el expediente26, que a la niña se le ha venido eximiendo del pago de los mencionados emolumentos tal como lo indica la entidad demandada en su escrito de contestación27, pues se indica dentro de las ordenes de aprobación de servicios que “el afiliado no cancela ningún valor por concepto de pago

moderador o copago”. De allí que la pretensión de exoneración referenciada en la tutela no es de recibo en esta oportunidad, pues la entidad demandada ha venido dando aplicación a las reglas antes expuestas.

Lo anterior no es óbice para que en la parte resolutive de esta providencia, la Sala advierta a la entidad demandada el deber que tiene de continuar exonerando a la menor de copagos y cuotas moderadoras por cumplir con los requisitos señalados para ello.

Finalmente, la accionante solicita ordenar el tratamiento integral y progresivo a su menor hija.

“En tal sentido, la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados.

En sentencia T-647 de 2003, se dejó en claro cuales son las características que debe tener la posible amenaza para que sea viable la protección por vía de la acción de tutela:

“Sin embargo, tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado.

“De ésta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro.”

Por no reunirse los anteriores requisitos frente a la solicitud de la madre de la menor de que le sea reconocido a la niña el tratamiento que “progresivamente requiera para su salud y restablecimiento con calidad y dignidad humana” en la parte resolutive se negará tal

pretensión.

III. DECISION

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

RESUELVE:

Primero: Revocar la sentencia proferida el 6 de agosto de 2010 por el Juzgado Séptimo Civil de Circuito de Cali y, en consecuencia **CONCEDER PARCIALMENTE**, por las razones antes expuestas, el amparo del derecho a la salud y la vida digna de la niña Ashly Vanesa Perea Hinestroza.

Segundo: Ordenar a la Nueva EPS el suministro de los pañales desechables y de la crema Nistatina +óxido de Zinc a la menor según prescripción médica.

Tercero. Ordenar a la Nueva EPS restablecer el servicio de Home Care que le venía siendo prestando a la niña Ashly Vanesa Perea Hinestroza.

Cuarto: Ordenar a la Nueva EPS brindar el servicio especializado de transporte en ambulancia a la menor Ashly Vanesa Perea Hinestroza.

Quinto: Advertir A la Nueva EPS continuar con la exoneración de copagos y cuotas moderadoras a la menor Ashly Vanesa Perea Hinestroza.

Sexto: Negar la tutela solicitada por la señora Marisol Hinestroza Sinesterra, en representación de la niña Ashly Vanesa Perea Hinestroza, en lo referente a la solicitud de atención integral y progresiva.

Séptimo: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL

MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

A LA SENTENCIA T-114-11

Referencia: expedientes T-2.828.639

Acción de tutela instaurada por Marisol Hinestroza Sinesterra, como agente oficiosa de Ashly Vanesa Perea Hinostroza contra la Nueva EPS.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Con el respeto acostumbrado, haré una exposición de los motivos que justifican la suscripción de un salvamento parcial de voto respecto de la sentencia de la referencia.

i. Contenido de la sentencia

En el caso estudiado en la sentencia T-114 de 2011, la señora Marisol Hinestroza Sinesterra, actuando como agente oficiosa de la niña Ashly Vanesa Perea Hinestroza, solicitó la protección de los derechos fundamentales de su hija a la vida digna, la salud y los derechos de los niños, los cuales consideraba vulnerados por la Nueva EPS ante la negativa de ésta a suministrarle los pañales desechables y la crema Nistatina mas óxido de zinc que le fueron prescritos por el médico tratante a fin de mejorar los calidad de vida de la menor, quien padece trastorno mental severo como consecuencia del Síndrome de West con el que nació.

Por lo anterior, la madre de la niña pidió ordenar los mencionados elementos y, adicional a ello, conceder el transporte en ambulancia, el servicio de hospital en casa, la exoneración de copagos y cuotas moderadoras y el tratamiento integral y progresivo requerido por la niña.

En la sentencia se abordó el problema jurídico referente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la Nilda Ashly Vanesa por parte de la Nueva EPS, al negarle los medicamentos y procedimientos solicitados para mejorar su calidad de vida, por encontrarse éstos fuera del Plan Obligatorio de Salud. Para resolver el asunto planteado se abordaron los siguientes tópicos: (i) el derecho a la salud de los niños y las niñas y (ii) parámetros jurisprudenciales para el suministro de medicamentos y procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud.

En la parte resolutive de la providencia, se tutelaron los derechos fundamentales de la menor y, en consecuencia, se ordenó el suministro de los pañales, de la crema Nistatina+oxido de zinc, el restablecimiento del servicio de hospital en casa y la prestación del servicio de transporte en ambulancia. Así mismo, se advirtió a la entidad demandada continuar con la exoneración de copagos y cuotas moderadoras.

Finalmente, se negó la autorización del tratamiento integral solicitado por la madre de la menor.

i. Motivos del Salvamento Parcial de Voto.

Aunque comparto parcialmente la decisión final a la cual llegó la Sala Octava de Revisión en la sentencia T- 141 de 2011, en la medida que tuteló los derechos fundamentales de la menor y ordenó la entrega de los medicamentos solicitados, el restablecimiento del servicio de hospital en casa y la exoneración de copagos y cuotas moderadoras; me aparto de lo decidido frente a la mandato de brindar el transporte en ambulancia por las razones que paso a exponer:

Si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que el servicio de transporte en ambulancia en algunos casos se constituye en un medio necesario para acceder al servicio de salud, y que aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones se convierte en una limitante para lograr su materialización²⁸, considero que la autorización de tal servicio por el juez de tutela, debe estar precedida de elementos de juicio necesarios para impartir la medida.

En el caso en particular, encuentro que el juez constitucional carecía de tales elementos, pues no se vislumbraba en el expediente orden alguna de médico tratante que indicara cuales eran los traslados necesarios de la menor, ni las condiciones en las que los mismos debían ser llevados a cabo, ya que por la situación particular de la niña posiblemente se requerían dispositivos especiales que permitieran realizarlo. Por ello, considero que lo que procedía en este caso, a fin de garantizar los derechos fundamentales de la menor, era ordenar a la entidad accionada una valoración de la niña a fin de que se determinara la necesidad del transporte del servicio en ambulancia y la manera en que el mismo debía ser prestado.

Por lo expuesto, me aparto de la orden dada, en la medida que con ella se configuró una extralimitación del juez de tutela, quien sin elementos suficientes profirió el mandato reseñado.

Fecha ut supra,

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Salvamento parcial de voto de la Magistrada

María Victoria Calle Correa a la

Sentencia T-114 de 2011

Referencia: Expediente T-2828639

Acción de tutela instaurada por Marisol Hinestroza Sinesterra, como agente oficiosa de su hija Ashly Vanesa Perea Hinestroza contra la Nueva EPS

Magistrado Sustanciador:

Humberto Antonio Sierra Porto

En la sentencia T-114 de 2001,²⁹ la Sala de Revisión de la Corte Constitucional decidió que la EPS (Nueva) accionada, había violado el derecho a la salud de una menor, cuyos derechos fueron invocados ante el juez por su señora madre. La Sala consideró que la EPS había dejado de garantizar el acceso a servicios necesarios para conservar y proteger el derecho a la salud de la menor, que, como el de toda niña, es indivisible e interdependiente a su derecho al desarrollo armónico e integral. Concretamente se le garantizó el suministro (i) de pañales desechables, (ii) la crema ordenada por su médico tratante,³⁰ (iii) restablecer el servicio en casa que se le había suspendido, y (iv) brindar el servicio de transporte especializado en ambulancia. Adicionalmente se advirtió a la EPS continuar con la exoneración de copagos y cuotas moderadoras. No obstante, la Sala de Revisión también resolvió negar parcialmente algunas de las solicitudes de la tutela. Concretamente, se negó la solicitud de atención 'integral y progresiva'.

La razón que me llevó a apartarme parcialmente de la decisión adoptada en la sentencia T-114 de 2011 es, precisamente, el haber negado la solicitud de atención integral y progresiva. A continuación paso a explicar por qué considero que sí se ha debido conceder la tutela a tal solicitud. Posteriormente, señalaré porque sí estoy de acuerdo con que la Sala hubiese concedido el servicio de transporte.

1. La sentencia T-114 de 2011 resolvió que la solicitud de garantizar una atención integral y progresiva no debía ser aceptada y concedida, por cuanto se estarían protegiendo actos futuros e inciertos. Dice la sentencia al respecto,

“En este punto encuentra la Sala que le asiste razón a la entidad demandada y al juez de instancia al indicar que la acción de tutela no procede contra actos futuros e inciertos. Sobre el particular la sentencia T-502 de 2006 señaló:

“En tal sentido, la tutela será procedente cuando algún derecho fundamental se encuentre efectivamente amenazado o vulnerado, de lo cual se sigue que el juez de tutela no debe esperar la vulneración del derecho fundamental, para conceder la protección solicitada, sino que debe también acudir a la defensa de los derechos fundamentales invocados cuando estos se encuentran amenazados.

En sentencia T-647 de 2003, se dejó en claro cuales son las características que debe tener la posible amenaza para que sea viable la protección por vía de la acción de tutela:

“Sin embargo, tal amenaza no puede contener una mera posibilidad de realización, pues si ello fuera así, cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida, protección que sería fácticamente imposible prodigarle, por tratarse de hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado.

De ésta manera, si no existe una razón objetivada, fundada y claramente establecida por la que se pueda inferir que los hechos u omisiones amenazan los derechos fundamentales del tutelante, no podrá concederse el amparo solicitado. La amenaza debe ser entonces, contundente, cierta, ostensible, inminente y clara, para que la protección judicial de manera preventiva evite la realización del daño futuro’.”

Por no reunirse los anteriores requisitos frente a la solicitud de la madre de la menor de que le sea reconocido a la niña el tratamiento que ‘progresivamente requiera para su salud y restablecimiento con calidad y dignidad humana’ en la parte resolutive se negará tal pretensión”.

2. La sentencia T-502 de 200631 estudió un caso muy distinto al estudiado en la presente

ocasión. En esa oportunidad la Sala de Revisión decidió que el derecho a la salud del menor no había sido violado por la EPS (Famisanar) al negarse a ponerle la vacuna contra el neumococo, sin que antes no se hubiese cancelado el copago establecido. Se consideró que no se habían violado los derechos a la salud, la vida, la integridad, ni al desarrollo armónico e integral del niño, de hecho, se constató que en el caso concreto ni siquiera habían sido amenazados. El menor no tenía afección alguna, no se encontraba en situación de riesgo y ningún médico tratante había considerado que el servicio de salud en cuestión se requería.

Es claro entonces, que la decisión de no acceder a la solicitud de servicio integral era la adecuada en el contexto fáctico analizado en la sentencia T-502 de 2006. Si la EPS acusada no había violado el derecho a la salud del menor cuya protección se invocaba y tampoco lo había amenazado, ¿cuál sería el sustento para que el juez de tutela impartiera una orden preventiva en contra de la EPS? En la medida que el menor no estaba enfermo ni estaba en medio de ningún tratamiento de salud, ¿cuál sería el tratamiento integral que el juez estaría protegiendo?

En la sentencia T-502 de 2006, por tanto, la solución correcta era la que se adoptó: negar la protección solicitada, ante la evidencia de que el derecho invocado ni se había violado ni se había amenazado. Decidir de otra manera hubiese sido un error. En efecto, haber dado una orden de protección en aquella oportunidad, en la cual ni violaciones ni amenazas se habían constatado, implicaría que “[...] cualquier persona podría solicitar protección de los derechos fundamentales que eventualmente podrían serle vulnerados bajo cualquier contingencia de vida”, como lo dijo la Corte Constitucional en esa oportunidad, siguiendo una decisión previa (T-647 de 2003). Haber dado una protección en aquella situación supondría, ahí sí, que se estarían suponiendo “hechos inciertos y futuros que escapan al control del estado”.

3. Ahora bien, la sentencia T-647 de 2003,³² seguida por la sentencia T-502 de 2005, tampoco es aplicable al presente caso. En primer lugar porque se trata de una situación muy distinta, en la cual se reclamaron derechos diferentes por causas totalmente disímiles a las consideradas en esta ocasión. En efecto, en la sentencia T-647 de 2003 se resolvió confirmar la decisión de los jueces de instancia de no tutelar el derecho al mínimo vital de un grupo de trabajadores (de Acerías Paz del Río), quienes reclamaban el pago de salarios atrasados. Se consideró que la tutela no era el medio idóneo para reclamar tales derechos, especialmente si no existía el riesgo de un eventual perjuicio irremediable. Concretamente, uno los

argumentos que habían presentado los trabajadores en aquella ocasión, es que la ausencia de dichos pagos solicitados, afectaba su derecho a la salud. La Sala de Revisión consideró que el argumento no era de recibo porque se trataba tan sólo de una eventualidad. Se invocaba la mera posibilidad de que su salud, como la de cualquier otra persona, se viera afectada. No se trataba de casos en los cuales se estuviera ante una persona enferma que requiriera efectivamente tratamiento, ni ante alguien que había sido dejado de ser atendido, o que se le estaba amenazando suspenderle el tratamiento. En todo caso, en esta ocasión se dio una protección parcial a los accionantes.³³

4. En síntesis, en las sentencias T-502 de 2006 y T-647 de 2003 la Corte Constitucional verificó que ninguna persona (i) estaba enferma, (ii) requería atención en salud, (iii) se le había negado u obstaculizado el acceso a un servicio que requería, o (iv) se le había suspendido o amenazado con suspenderle un servicio en curso. En tales casos, una protección frente integral frente a eventuales violaciones, hubiera sido una protección de un hecho futuro, completamente incierto.

5. La situación que enfrentó la Corte Constitucional en la sentencia T-114 de 2011 es muy distinta a la situación de las otras dos sentencias a las que se hizo referencia.

En el presente caso (i) existe una menor de edad cuya situación de salud es claramente delicada. Además, (ii) la EPS encargada (Nueva EPS) ha negado servicios de salud que la menor requiere, y a los cuales constitucionalmente tienen derecho, a la vez que ha suspendido otros que venía garantizando, sin que la menor hubiese dejado de requerirlos. Es decir, en esta oportunidad la Sala de Revisión tenía certeza de que están en juego los derechos de un sujeto de especial protección constitucional (una menor), cuya salud está afectada, a la vez que sabe con certeza que la EPS encargada de proteger tales derechos los ha desconocido y amenazado, a pesar de la claridad de las reglas jurídicas aplicables y de la delicada situación de la niña amparada.

La conclusión a la que ha debido llegar la Sala de Revisión, aplicando precisamente los parámetros de las sentencias T-647 de 2003 y T-502 de 2006, en cuanto a la protección integral, era la contraria. No ha debido negarse a dar la protección, sino que ha debido ordenar y tomar las medidas adecuadas para evitar que la EPS pudiera poner nuevamente en riesgo la salud, la integridad y el desarrollo armónico e integral. No tuvo sensibilidad la Sala

ante las eventuales violaciones que, dados los hechos del caso, pueden ocurrir. Que la EPS Nueva pudiera violar los derechos de hija de la accionante no es un mero futuro incierto; lamentablemente era un futuro más que posible, plausible.

Ojalá la falta de protección que otorgó de la Corte Constitucional en esta ocasión no implique que la menor, para poder acceder a los servicios de salud que requiera bajo el orden constitucional vigente, tenga que presentar, nuevamente, una acción de tutela.

6. Afortunadamente, la Sala de Revisión accedió a brindar a la menor la protección del servicio de ambulancia. La EPS, propuso que, ante la ausencia de orden de un médico tratante sobre la necesidad de tal transporte, y sin pruebas adicionales al respecto, se debía negar el suministro del servicio. Esta posición era altamente criticable, pues, ante la evidente y probada delicada situación de salud de la menor, correspondía a la entidad demostrar que la niña materialmente no requería ese servicio, y no limitarse a sostener simplemente, que ningún profesional de la salud lo había ordenado.

La Sala de Revisión protegió adecuadamente los derechos de la menor en cuestión, teniendo en cuenta la fragilidad de su salud y la amenaza cierta de que la EPS interpusiera todo obstáculo posible al acceso de servicios claramente requeridos.

7. Finalmente, es preciso indicar que en casos como el presente, el incumplimiento de la EPS de servicios estrechamente vinculados con la violación de la cual la persona fue víctima, no requiere la interposición de una nueva acción de tutela.

En efecto, cuando personas que se desempeñan como juez de tutela han constatado la violación de un derecho fundamental, como lo es la salud, y consideran que las medidas y órdenes de protección impartidas no se están cumpliendo, o peor aún, que ya son inanes o insuficientes para resolver el problema, existen caminos judiciales procesales para ajustar las órdenes inicialmente impartidas, a las nuevas condiciones bajo las cuales una persona puede reclamar la protección de sus derechos.

7.1. En primer lugar, las personas cuyos derechos afectados pueden recurrir a las instancias judiciales que resolvieron sus acciones, con el fin de solicitar que se declare el incumplimiento de las órdenes de tutela impartidas. En tal sentido, se activarían los poderes del juez para tomar medidas de presión a los funcionarios o personas encargadas de cumplir

lo ordenado, con miras a garantizar, a través del imperio de la decisión judicial adoptada, el goce efectivo del derecho violado o amenazado.

7.2. En segundo lugar, todas las partes vinculadas al proceso pueden acudir al juez de tutela para que, en virtud de la competencia que mantiene, adopte las medidas adicionales o complementarias que se requieran a lo que se haya dicho en la sentencia, para dar cabal cumplimiento a la decisión que en ella se hubiese adoptado. Como dijo la jurisprudencia constitucional al respecto, a propósito de los casos en los cuáles los jueces imparten órdenes complejas:

“[...] dos advertencias para los casos de órdenes complejas. La primera, es que el juez de tutela debe estar abierto al diálogo con la Administración para que, siempre con el objeto de hacer cumplir la decisión adoptada en la sentencia de tutela, se puedan introducir cambios que sean indispensables y necesarios. La segunda, es que la participación requiere, por lo menos, un marco de gobernabilidad adecuado.

[...] Con respecto al primer asunto, la jurisprudencia constitucional ha señalado, que “[...] cuando el juez de tutela resuelve amparar el derecho cuya protección se invoca, conserva la competencia para dictar órdenes que aseguren que el derecho sea plenamente restablecido o las causas de la amenaza sean eliminadas, lo cual comprende introducir ajustes a la orden original siempre y cuando ello se haga dentro de los siguientes parámetros para que se respete la cosa juzgada: (1) La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque (a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; (b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o (c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir. (2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado. (3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad. (4) La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz.’³⁴ Ha considerado que esta facultad de modificar la

orden, bajo las reglas establecidas, puede ser adoptada por un juez de tutela, incluso en el desarrollo de un incidente de desacato cuando: (i) '[existe] una relación entre la razón del desacato y la necesidad de modificar la orden original para salvaguardar el derecho tutelado'; y (ii) 'el juez [de tutela que tramita el desacato] debe haber ejercido competencia dentro del proceso de tutela en el cual se emitió la orden respecto de la cual se planteó el desacato, ya que en caso contrario el superior deberá permitir que el juez de primera instancia sea el que introduzca los ajustes necesarios a la orden original por él impartida.'.35

"36

Por ejemplo, la Sala de Revisión decidió en el presente caso que la menor en cuestión requería claramente un servicio especial para acceder a los centros de salud en los cuales es atendida, en tal medida, se sostuvo que se violaba el derecho de Ashly Vanesa Perea Hinestroza a acceder sin obstáculos irrazonables a los servicios que requiere con necesidad, dado su delicado estado de salud. La medida de protección adoptada en esta ocasión fue la de remover el obstáculo irrazonable en cuestión del transporte, ordenando el servicio de ambulancia. Si la EPS comienza a prestar un nuevo servicio de transporte médico igual o mejor que la ambulancia, podría, por ejemplo, solicitar al juez de tutela que se modifique la orden en tal sentido. Así lo ha considerado la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades. La razón es simple: la Corte no decidió reconocer el derecho de Ashly Vanesa Perea Hinestroza a transportarse en ambulancia; reconoció el derecho que le asiste a toda niña o niño a acceder sin obstáculos irrazonables a los servicios de salud que se requieran con necesidad. Cuál sea la forma concreta y específica de lograr remover los obstáculos que existan en tal medida es un asunto que corresponde a los expertos en administración y prestación de servicios de transporte a personas en delicadas condiciones de salud, no a una persona que ejerce la función de juez de tutela.

Tales son las razones por las cuales salvo mi voto, pero sólo parcialmente, a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión en la sentencia T-114 de 2011.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

1 Otras disposiciones constitucionales que igualmente protegen los derechos de los niños y las niñas, son el artículo 50 de la Constitución que establece: “Todo menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.” Así mismo, el artículo 67 Superior en lo pertinente dispone: “(...) El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo (...)”

2 Cfr. SU-225 de 1998, T-037 de 2006, T-016 de 2007, T-760 de 2008 y T-363 de 2010.

3 En la sentencia T-002 de 1992, la Corte se refirió a los criterios principales y auxiliares que permiten determinar la fundamentalidad de un derecho. Dentro de los primeros, se ubica el criterio material que alude a los derechos esenciales a la persona humana y, de otra parte, el formal que hace referencia al reconocimiento expreso del constituyente, donde se encuentran los derechos fundamentales de los niños y las niñas. En relación con los criterios auxiliares, consideró que allí pueden ubicarse (i) los tratados internacionales sobre derechos humanos; (ii) derechos de aplicación inmediata; (iii) derechos que poseen un plus para su modificación; (iv) reconocimiento de los derechos fundamentales por parte del juez de tutela. Del mismo modo, siguiendo los dictados de la sentencia T-406 de 1992, puede incluirse el núcleo esencial o contenido mínimo de los derechos fundamentales.

4 Cfr. T-576 de 2008.

5 Cfr. T-695 de 2007.

6 Cfr. T-860 de 2003, T-223 de 2004 y T-538 de 2004.

7 Regido por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad en el que es ineludible sacrificar ciertas necesidades de segundo orden para poder atender un mayor volumen de aquellas del primer orden con los aportes que llegan al Sistema pues, de lo contrario, los aportes hechos al Régimen Contributivo y extendidos al Subsidiado, apenas alcanzarían para algunos de sus afiliados. Cfr. Corte Constitucional Sentencia T-236 de 1998.

8 Cfr. Corte Constitucional Sentencias T-1007 de 2003 y T-130 de 2007.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-480 de 1997, Sentencia SU-819 de 1999, Sentencia T-237/03 Y T-324-08.

10 Sentencias T-899 de 2002, T-1219 de 2003, T-829 de 2006, T-155 de 2006, T-965 de 2007, T-143 de 2009, T-293 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras.

11Folio 20

12 Folio 21

13 Sentencia T-099 de 1999.

15 folio 18

16 Folio 19

17 Folio 9

18 Sentencia T-760 de 2008.

19 Sentencia T-352de 2010

20 Cfr. Artículo 1 del Acuerdo 260 de 2004.

21Sentencia T-296 de 2006

22 Entre otras T-669 de 2010.

23 En la sentencia T-743 de 2004 esta Corporación resolvió tutelar los derechos a la vida y a la salud del accionante y en consecuencia, ordenar a la Secretaría de Salud Departamental

de Santander que adopte las medidas necesarias para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de la sentencia, garantice al accionante el acceso a los servicios de salud que requiriera para el tratamiento del cáncer que le fue diagnosticado, indicando a la IPS correspondiente que se subsidiara el 100% del valor de tales servicios.

24 Al respecto ver Sentencias T-381 de 2007 ; T-330 de 2006 ; T-310 de 2006

25 Sentencia T-296 del 7 de abril de 2006

26 Folios 63, 64,65,66,67,68,69,

27 Folio 55

28 Sentencia T-760 de 2008.

29 Corte Constitucional, sentencia T-114 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto; SPV María Victoria Calle Correa, Humberto Antonio Sierra Porto, Luis Ernesto Vargas Silva).

30 Nistatina + óxido de Zinc.

31 Corte Constitucional, sentencia T-502 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

32 Corte Constitucional, sentencia T-647 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis).

33 Corte Constitucional, sentencia T-647 de 2003 (MP Alvaro Tafur Galvis). En esta oportunidad, a pesar de confirmar la decisión de no tutelar el derecho, se resolvió, entre otras cosas: “Segundo. PREVENIR a la entidad demandada para que en el futuro evite incurrir en omisiones que pueden generar violación de derechos fundamentales. || Tercero. ADVERTIR a la empresa Acerías Paz del Río S.A. que, para evitar en el futuro la vulneración de los derechos fundamentales de los actores o de los demás trabajadores y pensionados a su cargo, en la medida en que el flujo de caja lo permita, se ponga al día en el pago de los mencionados aportes pensionales. En su defecto, a la mayor brevedad posible debe celebrar un acuerdo de pago con fondos de pensiones con los que también se encuentre en mora. || Cuarto. COMPULSAR copias del presente expediente y de esta decisión con destino a la Fiscalía General de la Nación, para que, si hubiere lugar a ello, investigue a la empresa

Acerías Paz del Río S.A., en consideración al no traslado de las cotizaciones en pensión descontadas a los señores Erwin Iban Mejía López y Mario Alberto Posso Prieto a su correspondiente Fondo Administrador de Pensiones.”

34 Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), en este caso se decidió que “[...] la competencia especial en materia de órdenes que conserva todo juez que ha conocido un proceso de tutela, en primera o segunda instancia, le permitía a la Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena modificar, en sede de consulta, la orden impartida originalmente en la sentencia en que dicho despacho resolvió tutelar los derechos de un grupo de personas vecinas del relleno sanitario Henequén, sin violar el principio de la cosa juzgada. No obstante, para evitar la desprotección de los derechos amparados por el fallo, es preciso que la facultad se ejerza cabalmente, es decir, garantizando la menor reducción posible de la protección originalmente brindada y adoptando medidas compensatorias, en caso de que la modificación implique disminuir el grado de protección inicialmente concedido.”

35 Corte Constitucional, Sentencia T-086 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

36 Esto lo dijo la Corte a en el contexto de una sentencia judicial en la cual se adoptaron las siguientes decisiones: “En conclusión, (i) una persona puede reclamar mediante acción de tutela que se le proteja judicialmente aquellas dimensiones del derecho al agua que comprometan su mínimo vital en dignidad. (ii) Toda persona tiene derecho a que la Administración atienda adecuadamente su petición de acceder al servicio de agua, y a que, por lo menos, exista un plan que asegure, progresivamente, el goce efectivo de esta dimensión del derecho al agua. Esta dimensión positiva del derecho al agua supone, por lo menos (*) contar con un plan, (**) que permita, progresivamente, el goce efectivo del derecho, y (***) que posibilite la participación de los afectados en el diseño, ejecución y evaluación de dicho plan, en este caso en los términos de las leyes vigentes que desarrollan la Constitución en este ámbito. (iii) Las personas que habitan en el sector rural y tienen limitados recursos económicos, tienen derecho a ser protegidas especialmente, asegurándoles que no sean ‘los últimos de la fila’ en acceder al agua potable. (iv) Mientras se implementa el plan que asegure el goce efectivo de los derechos a los accionantes, deberán adoptarse medidas paliativas que aseguren algún mínimo acceso de supervivencia a agua potable. (v) Se viola el derecho al agua de una persona, al emplear los trámites y

procedimientos ante la administración como obstáculos para impedirle acceder al servicio de agua. (vi) Reconocer que se desconoce un derecho constitucional no es una razón que pueda ser usada como justificación para desconocer otro derecho constitucional.” Corte Constitucional, sentencia T-418 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa; AV Mauricio González Cuervo). La aclaración de voto versó sobre una cuestión diferente.