

Sentencia T-1296/05

DERECHOS DEL NIÑO-Prevalencia/DERECHO A LA SALUD Y A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Naturaleza fundamental y autónoma

ENTIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS DE SALUD-Casos en que deben suministrar los medios para desplazamiento o transporte a otra ciudad cuando la atención médica no se puede prestar en el lugar de residencia

La identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida así como las condiciones económicas de los sujetos involucrados. Para que el disfrute de los derechos a la salud y la seguridad social cuando están en conexidad con la vida sea real y efectivo, se necesita no sólo que se autorice la práctica del procedimiento o tratamiento médico, sino que el mismo sea accesible en una institución de idóneas calidades. De esta forma, cuando esa aptitud técnica no se puede asegurar en un lugar próximo a la residencia del usuario, la carencia de recursos económicos para costear el traslado no puede convertirse en obstáculo para asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales. En otras palabras, si la atención médica sólo se ofrece en un lugar diferente a la residencia del paciente y se comprueba que la persona carece de medios económicos para acceder al mismo, las entidades prestadoras de los servicios de salud deben procurar los medios económicos para asegurar la realización del tratamiento ordenado.

DERECHO A LA SALUD DEL NIÑO-Gastos de transporte para el menor y su madre a otra ciudad para cirugía de corazón

Referencia: expediente T-1178967

Acción de tutela interpuesta por Cielo Yelitza Camejo Aldana en representación de su hijo menor Miguel Leonardo Aldana Camejo contra el Instituto de Seguro Social, Seccional Arauca.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil cinco (2005)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos planteados en la demanda.

La peticionaria interpuso acción de tutela en representación de su hijo menor de edad, quien desde pequeño sufre de tos y gripas continuas, situación que ha desmejorado notablemente su estado de salud.

Manifiesta la accionante, que debido a lo anterior se vió en la necesidad de llevarlo a una consulta particular con un especialista, dado que en la E.P.S a la cual se encuentra afiliado, sólo se le venía recetando algunos medicamentos genéricos que no tenían una reacción positiva en el estado de salud del menor.

Sostiene, que como resultado de esa consulta, el Doctor Antonio Ayala, médico pediatra neonatólogo, encontró un latido anormal en el corazón, razón por la cual le sugirió le tomaran un electrocardiograma, que arrojó como resultado un soplo en el corazón conocido médicamente como “Ductus Arterioso Persistente” de 4 mm de diámetro.

Asegura que, como consecuencia del diagnóstico médico fue remitido a la ciudad de Bogotá D.C, para que fuese tratado por especialistas, procedimiento que fue aprobado por el Seguro Social, quien ordenó su remisión al Hospital San Ignacio a fin de brindarle al menor una atención adecuada, ya que éste requiere de “Cierre de Ductus Arterioso persistente por Toracotomía + Rx de AP y Lateral de Cúbito Lateral oblicuas, Creatinina en suero, Hemograma, Hemoglobina Htcrito Rcto Eritrocitos, Índices Eritrocitarios, Leucograma y Morfolog.Electrónica e Histograma, Potasio, Sodio, Uroanálisis con sedimento y Densidad Urinaria, Tiempo de Protombina y Tiempo de Trombina”.

Afirma la peticionaria, que estando en Bogotá, se le realizó un nuevo examen pediátrico, el cual resultó positivo, con persistencia de Ductus Arterioso de 4 mm de diámetro que requiere ser cerrado a la mayor brevedad posible. Por ello, indica que el Doctor Juan Rafael Correa solicitó la realización de unos exámenes preparatorios para efectos de practicarle una cirugía cardiovascular, los cuales fueron aprobados por el Seguro Social.

Igualmente aduce la actora, que se tenía previsto una cita con los especialistas en las áreas de Anestesia, Pediatría, Nutrición y Cardiología en la ciudad de Bogotá, con el fin de practicarle los exámenes preparatorios y fijarle la fecha para la intervención quirúrgica, pero sorpresivamente el Seguro Social, se negó a aprobar la remisión bajo el argumento que no cuenta con recursos económicos para el efecto.

Arguye entonces, que por tratarse de una enfermedad que requiere de un tratamiento especial, y debido a que en Arauca no hay una institución en la cual se pueda realizar la intervención en óptimas condiciones, es necesario realizar el traslado del menor a la ciudad de Bogotá, para que éste pueda recibir la atención adecuada y el tratamiento recomendado por los médicos tratantes.

Finalmente sostiene la accionante, que ello ha agravado ostensiblemente la salud de su hijo, amenazando los derechos contenidos en los artículos 44, 48 y 49 de la Constitución Política, ya que no está en la capacidad económica para asumir los costos que se derivan del tratamiento de la enfermedad de su menor hijo, y le es materialmente imposible continuar con los gastos que genera el viaje a la ciudad de Bogotá. Por lo anterior solicita, se ordene al Instituto de Seguro Social Seccional Arauca cubrir los gastos de transporte, alojamiento y alimentación de su hijo y de ella, debido a que por sus tres años, no es posible que el menor se traslade sólo, y en general todo el tratamiento médico para su satisfactoria recuperación, junto con los respectivos medicamentos que le formulen los especialistas para tal efecto.

## 2. Contestación de la entidad demandada

El Gerente del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Arauca manifiesta, que la patología diagnosticada es de origen congénito, lo cual constituye una enfermedad de alto costo que requiere para su tratamiento por lo menos cien semanas de cotización, de conformidad con el Decreto 806 de 1998 sobre períodos mínimos de cotización al Sistema General de Seguridad Social, requisito que no cumple la accionante.

De otro lado afirma, que el menor se encuentra en un listado de pacientes pediátricos que requieren cirugía cardiovascular, dentro de un contrato que se realiza a nivel nacional para evacuar este tipo de procedimientos. Por lo que considera, que el Seguro Social está actuando dentro de parámetros legales, sin violación de ningún derecho fundamental y solicita, que se declare improcedente la tutela.

Igualmente manifiesta, que en el evento en que se tutele el derecho de la accionante, solicita que sea autorice o faculte al ISS para repetir contra el FOSYGA, para hacer el recobro de los valores que no esté obligado a asumir, y se fije el término dentro del cual debe producirse el reembolso al ISS.

### 3. Pruebas que obran dentro del expediente.

\* Copias de las ordenes médicas, consultas y exámenes llevadas a cabo en el Hospital San Ignacio de Bogotá, en el Hospital San Vicente del Departamento de Arauca en donde se diagnostica la enfermedad y se ordena la realización de exámenes y cirugía. (folios 6 al 22).

\* Copia de la orden de exámenes médicos, recomendados por el Doctor Arnulfo Antonio Ayala Uribe, de la Sociedad Colombiana de Pediatría. (folio 15).

\* Copia de la remisión efectuada por el Gerente del ISS Seccional Arauca, al Hospital Universitario San Ignacio en Bogotá, en donde solicita atención médica para el menor Miguel Leonardo Aldana Camejo. (folio 23).

\* Copia de la cédula de ciudadanía de la Señora Cielo Yelitza Camejo Aldana. (folio 24).

\* Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Miguel Leonardo Aldana Camejo. (folio 25).

\* Copia del Comprobante de Autoliquidación del mes de junio de 2005, cotizado al Seguro Social, en donde el Sena aparece como empleador de la accionante. (folios 26 y 27).

\* Copia del carné de afiliación al Seguro Social, en donde aparece como cotizante Cielo Yelitza Camejo Aldana, y como beneficiario Miguel Leonardo Aldana Camejo. (folio 28).

## II. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Arauca (Arauca), mediante sentencia de 27 de julio de 2005, concedió el amparo a las pretensiones de la actora al determinar que la omisión de la entidad, no sólo vulnera el derecho a la salud y a la vida del menor, sino que además, desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, dejando de lado cualquier discusión de carácter legal o contractual, ha ordenado a las E.P.S suministrar los tratamientos, medicamentos, e incluso las intervenciones quirúrgicas que se requieran, con el fin de lograr la conservación de los derechos inalienables de sus afiliados y beneficiarios, pese a que estos no cuenten con las semanas mínimas de cotización que exige la ley.

En razón a lo anterior, ordena al ISS a que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de ese fallo, disponga lo necesario para que se le practique al menor la intervención quirúrgica requerida “Cierre de Ductus Arterioso persistente por Toracotomía + Rx de AP y Lateral de Cúbito Lateral oblicuas, Creatinina en suero, Hemograma, Hemoglobina Htcrito Rcto Eritrocitos, Índices Eritrocitarios, Leucograma y Morfolog.Electrónica e Histograma, Potasio, Sodio, Uroanálisis con sedimento y Densidad Urinaria, Tiempo de Protombina y Tiempo de Trombina”, así como que se le presten los cuidados necesarios para preservar su vida.

Sin embargo, el juez de instancia en cuanto a el pago de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación de la tutelante y su menor hijo, no se pronunció al respecto, por considerar que estos aspectos no tienen el carácter de fundamental para ser amparados por este medio.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

## 1. Competencia

La Sala Novena de Revisión de la Corte es competente para conocer el fallo objeto de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

### 1. Problema Jurídico a resolver

La demandante acudió al Seguro Social obrando en representación de su hijo menor de edad, solicitándole la realización de una cirugía cardiovascular que el menor requiere con urgencia, así como que asuma los gastos del tratamiento médico que sea necesario para su recuperación y los gastos de alojamiento, alimentación y transporte de la ciudad de Arauca (Arauca) hacia Bogotá, para ella y su hijo, en la medida en que el tratamiento debe llevarse a cabo en la ciudad de Bogotá. Por su parte, el I.S.S negó la autorización de lo solicitado por la accionante a partir del criterio según el cual la patología que presenta el menor es una enfermedad de alto costo que requiere para su tratamiento por lo menos cien semanas de cotización, de conformidad con el Decreto 806 de 1998, requisito que no cumple la accionante. El juez de tutela que conoció del caso decidió tutelar los derechos del menor ordenando al Seguro Social a realizar la cirugía requerida por éste, al igual que brindar los medicamentos y tratamientos necesarios para su recuperación. Sin embargo, en cuanto a los gastos de alojamiento, alimentación y transporte decidió no pronunciarse.

Ante tal situación, la Sala debe estudiar si se viola el derecho a la salud y a la seguridad social del menor cuando la E.P.S no le cubre, a él y a su madre, los gastos de traslado y manutención a la ciudad donde le prestan los servicios médicos que requiere con urgencia.

Para este efecto, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas: en primer lugar, el fundamento constitucional de los derechos de los niños; en segundo lugar, la obligación de las entidades prestadoras de los servicios de salud, en determinadas circunstancias, de suministrar los medios para que las personas puedan desplazarse a los sitios o ciudades en los que se presta el servicio médico que no son ofrecidos en el lugar de residencia, y por último, se abordará la solución del caso concreto.

## 1. Fundamento de la Protección constitucional del menor

El mandato constitucional contenido en el artículo 44 establece expresamente lo siguiente:

“ARTICULO 44. 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. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (negrilla fuera del texto).

Dada la importancia de este artículo, en sentencia de tutela con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte expuso que el reconocimiento constitucional de los derechos del menor emana de la convicción del Constituyente acerca del valor y la fragilidad de los niños, por lo cual, correlativamente a tales derechos, impone la obligación familiar, social y estatal de prodigarles asistencia y protección especial y prioritaria<sup>1</sup>.

Al respecto se sostuvo lo siguiente:

“La inclusión de los derechos fundamentales de los niños en la Carta Política es la culminación de una serie de desarrollos legislativos que apuntan todos a la misma finalidad de proteger a la infancia, garantizándole las condiciones mínimas para su integridad y felicidad. El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por las leyes 30 de 1987 y 56 de 1988, expidió los Decretos 2272 de 1989 y 2737 de 1989, por los cuales organizó la jurisdicción de familia y adoptó el Código del Menor, respectivamente.

De otra parte, el Congreso de la República, mediante la ley 12 de 1991, aprobó la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La decisión del Constituyente de elevar a rango constitucional los derechos fundamentales de los niños contribuye a ratificar y perfeccionar el marco normativo preexistente, con miras a asegurar la protección, asistencia y promoción de los menores de edad, resguardando la esperanza de un mundo feliz, pacífico y en armonía.”

Mas aún, en el caso en que un niño se encuentre padeciendo una afección en su estado de salud, dicha protección especial resulta fortalecida, no sólo por el estado de indefensión que se pregonaba de la edad, sino por la enfermedad que padece<sup>2</sup>.

Así bien, fue clara la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, cuando consignó expresamente que sus derechos a la salud y a la seguridad social tienen el carácter de fundamentales. Tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas, su protección por vía de tutela, sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental<sup>3</sup>.

Así mismo, los tratados internacionales sobre el tema, ratificados por Colombia, en virtud de la cláusula de reenvío contenida en el artículo 44 de la Constitución, confirman el compromiso que existe de adoptar políticas que garanticen la efectividad del derecho a la salud y el beneficio pleno de los servicios que se derivan del derecho a la seguridad social cuando se trata de un menor de edad. Los artículos 24 y 26, entre otros, de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por Ley 12 de 1991 y ratificada el 27 de febrero del mismo año, disponen en lo pertinente:

“Artículo 24.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

(...)

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

(...)

#### Artículo 26.

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre”.

De lo anterior se colige entonces, que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma por expresa disposición del artículo 44 de la Constitución Política y de conformidad con los tratados internacionales suscritos por Colombia sobre el tema. Igualmente, que tienen un carácter prevalente frente a los derechos de las demás personas, así como que es deber del Estado, la familia y la Sociedad, velar por el estricto cumplimiento del mandato constitucional que informa la especial protección de la cual son titulares.

2.2 Las entidades prestadoras de los servicios de salud, en determinadas circunstancias, tienen la obligación de suministrar los medios para que las personas puedan desplazarse a los sitios o ciudades en los que se presta el servicio médico que no son ofrecidos en el lugar de residencia.

Además del deber que tiene el Estado de garantizar un servicio de salud que responda a los principios de calidad y eficiencia, ha de facilitar su acceso de manera que todos los

habitantes puedan recibir, a través de sus instituciones, la atención que requieren en los diferentes lugares del territorio nacional. El principio de accesibilidad a la prestación del servicio fue explicado en la Sentencia T-739 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño, como derivado del Pacto de Derechos Civiles Económicos y Culturales según la interpretación que su Comité ha hecho del mismo. Dijo entonces la Corte:

“La accesibilidad comprende, en criterio del Comité, (i) la prohibición que se ejerza discriminación alguna en el acceso a los servicios de salud, lo que conlleva, a su vez, la determinación de medidas afirmativas a favor de los sectores sociales más vulnerables y marginados, (ii) la necesidad que los establecimientos, bienes y servicios de salud, junto con la infraestructura de saneamiento básico estén uniformemente distribuidos en el territorio del Estado Parte, (iii) la obligación que las tarifas de acceso al servicio de salud estén fundadas en el principio de equidad, sin que la falta de recursos económicos se convierta en una barrera para el goce del derecho, y (iii) La posibilidad que los usuarios del servicio de salud ejerciten “el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud”.”

No obstante, cuando no es posible ofrecer el servicio en un determinado lugar, por ejemplo ante la carencia de infraestructura o la inexistencia del personal especializado, el usuario debe trasladarse a otra localidad para recibir la atención requerida. La Corte ha explicado que la obligación de acudir a un tratamiento corresponde de forma principal al paciente y en virtud del principio de solidaridad a su familia, quienes deben asumir el costo natural que ello supone, salvo en eventos en los cuales la ley prevé que es la entidad prestadora del servicio la encargada de suministrar el transporte a los usuarios<sup>4</sup> o cuando ni el paciente ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin, puesto que se comprometerían en alto grado sus derechos fundamentales.<sup>5</sup> A manera ilustrativa pueden traerse a colación algunos ejemplos.

En la sentencia T-337 de 2000, MP. Alfredo Beltrán Sierra, se analizó una demanda de tutela en la que una persona solicitaba a su ARS que se hiciera cargo de las intervenciones que requería y suministrara los medicamentos y el transporte desde Barrancabermeja hasta Bucaramanga. Aunque la Corte ordenó la entrega de los medicamentos, determinó que el pago de los gastos de traslado no procedía puesto que el estado de salud de la persona no le impedía desplazarse por sus propios medios.

De igual forma, en la sentencia T-1158 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte resolvió un caso en el cual el Seguro Social no brindaba a un menor discapacitado el servicio de transporte para que pudiera cumplir con sus citas de fisioterapia. El amparo fue concedido teniendo en cuenta la incapacidad física del menor y la carencia de recursos por parte de su familia. La Sala concluyó:

“La accesibilidad materializa ese derecho. Consiste en todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica la posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios y recursos. Significa por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención a la salud y a la seguridad social”

(...)

“No existe accesibilidad si se programan, como en el caso materia del presente fallo, sesiones de fisioterapia, pero no se facilita la llegada e ingreso al sitio donde se va a efectuar tal tratamiento. Ordenar una fisioterapia, pero al mismo tiempo obstaculizar su práctica, afecta la seguridad social integral, que incluye, como es lógico, la accesibilidad a la atención”

Posteriormente, en la Sentencia T-467 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett, la Corte sostuvo que no podía obligar al Instituto de Seguros Sociales a ofrecer el servicio de transporte de la ciudad de Barrancabermeja a la de Bucaramanga para atender un tratamiento de Soriasis requerido por una usuaria porque, “primero, no existe normatividad alguna que le exija tal cosa, y segundo, porque en este caso en concreto la medida no es irrazonable y desproporcionada ni afecta ostensiblemente el derecho a la salud de la actora y su posibilidad de acceder a los servicios de esa institución”. Interesa destacar los siguientes fundamentos:

“En efecto, si bien la atención al derecho a la salud tiene una correlación con el principio de accesibilidad, no se sigue necesariamente que en todos los casos exista la obligación de brindar un servicio o tratamiento exclusivo a un sujeto particular (T-271/96). Como puede observarse, las anteriores situaciones en las cuales se determina si una empresa prestadora de servicios de salud debe brindar el servicio de transporte a sus pacientes tienen como base ciertos supuestos, como por ejemplo (i) el incumplimiento de la regulación sobre transporte

de pacientes, que obliga a una EPS o a una ARS a prestar el 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 de la entidad prestadora de servicios de salud a la cual está afiliado (iii) que tal situación pone en riesgo su vida o su integridad (iv) y que pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, no existen posibilidades reales y razonables con los cuales poder ofrecer ese servicio.” (Subrayado fuera de texto).

En la Sentencia T-745 de 2004, MP Manuel José Cepeda Espinosa, se interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Salud Departamental del Tolima, al considerar que con la negativa de la entidad para exonerar el pago de las cuotas de recuperación para acceder al tratamiento de quimioterapia de un menor, que era prestado en la ciudad de Bogotá, se amenazaban sus derechos fundamentales. La Corte concedió el amparo y ordenó a la Secretaría de Salud Departamental del Tolima suministrar al menor los tratamientos médicos, sin exigir el pago de cuotas de recuperación, en una IPS de la ciudad de Ibagué que tuviera los recursos técnicos y humanos adecuados para prestar el servicio. Pero, de igual forma, señaló que en caso de que en la ciudad de Ibagué no hubiera una institución que brindara los tratamientos médicos requeridos, la Secretaría de Salud del Tolima debía ofrecer los medios económicos o realizar acuerdos con entidades públicas o privadas de la ciudad de Bogotá para costear el traslado y manutención de ella y del menor a la ciudad de Bogotá. Tal determinación se adoptó luego de comprobar la incapacidad económica de la accionante, porque el tratamiento era urgente y necesario para salvaguardar la vida y salud de un menor.

Esta Sala de Revisión, en Sentencia T-223 de 2005 con ponencia de la magistrada Clara Inés Vargas, ordenó a la Secretaría de Salud Departamental de Santander proveer a la accionante los medios económicos suficientes para costear su traslado a la ciudad de Bucaramanga desde la ciudad de Barrancabermeja o realizar acuerdos con entidades públicas o privadas para tal fin. Tal decisión fue adoptada por la Sala al determinar que la peticionaria debido a su patología había perdido la movilidad de la parte derecha de su cuerpo, situación que le impedía desplazarse por sí sola y por ser una persona vinculada al régimen de seguridad social en salud.

Como salta a la vista, la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el

servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida así como las condiciones económicas de los sujetos involucrados.

Por lo dicho, para que el disfrute de los derechos a la salud y la seguridad social cuando están en conexidad con la vida sea real y efectivo, se necesita no sólo que se autorice la práctica del procedimiento o tratamiento médico, sino que el mismo sea accesible en una institución de idóneas calidades. De esta forma, cuando esa aptitud técnica no se puede asegurar en un lugar próximo a la residencia del usuario, la carencia de recursos económicos para costear el traslado no puede convertirse en obstáculo para asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales. En otras palabras, si la atención médica sólo se ofrece en un lugar diferente a la residencia del paciente y se comprueba que la persona carece de medios económicos para acceder al mismo, las entidades prestadoras de los servicios de salud deben procurar los medios económicos para asegurar la realización del tratamiento ordenado.

## 1. Caso Concreto.

Es indudable que en el caso bajo estudio están en riesgo derechos fundamentales de un niño y al respecto no debe perderse de vista que la propia Constitución ha consagrado un régimen de protección especial a los menores y por ello proclama que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Conforme los hechos y la jurisprudencia constitucional reseñada anteriormente, estima la Sala que en el presente caso se vulneran los derechos a la salud y a la seguridad social del menor Miguel Leonardo Aldana Camejo, ante la negativa del Instituto de Seguro Social Seccional Arauca de continuar con el tratamiento necesario para el manejo médico del “ductus arterioso persistente grande”, como se estudia a continuación.

Para resolver el caso entonces, encuentra la Sala que el Instituto de Seguro Social se negó a autorizar la cirugía requerida por el menor, así como el tratamiento médico que de ella se derive, bajo el argumento de tener el niño una enfermedad de alto costo que requiere para su tratamiento por lo menos cien semanas de cotización, de conformidad con el Decreto 806

de 1998 sobre períodos mínimos de cotización al Sistema General de Seguridad Social, requisito que no cumple la accionante.

Pues bien, contrario a lo afirmado por la EPS, esta Corte ha sido clara en establecer<sup>6</sup> que los períodos mínimos de cotización establecidos en el Decreto 806 de 1998, no pueden argüirse como razón válida para impedir el acceso a servicios prioritarios y urgentes de salud. Cuando quien requiere atención médica no goza de la capacidad económica para sufragar los porcentajes exigidos por dicho Decreto y sufre una amenaza grave de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida<sup>7</sup>, deberá inaplicarse la normatividad referente a los períodos mínimos y la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, deberá prestar oportunamente el servicio, realizando el recobro, si es su querer, al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga).

Bajo el anterior derrotero, acertó el juez de instancia al tutelar los derechos del menor, y ordenar al Instituto de Seguro Social, a que realizara la intervención quirúrgica requerida “Cierre de Ductus Arterioso persistente por Toracotomía + Rx de AP y Lateral de Cúbito Lateral oblicuas, Creatinina en suero, Hemograma, Hemoglobina Hctrito Rcto Eritrocitos, Índices Eritrocitarios, Leucograma y Morfolog.Electrónica e Histograma, Potasio, Sodio, Uroanálisis con sedimento y Densidad Urinaria, Tiempo de Protombina y Tiempo de Trombina”, así como que se le prestasen los cuidados necesarios para preservar su vida.

Sin embargo, el juez de instancia decidió abstenerse de pronunciarse respecto del pago de los gastos en que debe incurrir la accionante y su hijo menor, referente al transporte, alojamiento y alimentación en la ciudad de Bogotá, lugar en donde se le practicará la cirugía al menor, por considerar que dichos aspectos, no tienen el carácter de fundamental para ser amparados por la vía de la acción de tutela.

Ahora bien, según fue explicado, la jurisprudencia de esta Corporación señala que hay situaciones especiales en las que el Estado, a través de las entidades que prestan la atención en salud, tienen la obligación de suministrar los medios para que sus usuarios puedan desplazarse a los sitios o ciudades para acceder a los servicios médicos que no son ofrecidos en su lugar de residencia. De lo contrario se amenazan los derechos a la salud y a la seguridad social en conexidad con la vida ante la urgencia de su tratamiento y la imposibilidad material de acceder al mismo.

Conforme a dichos parámetros el presente caso satisface el supuesto fáctico relacionado con la imposibilidad para desplazarse de forma autónoma, pues se trata de un menor de 3 años de edad, que necesita de la compañía de su progenitora para poder trasladarse a la ciudad de Bogotá. Además, se tiene que se trata de un tratamiento urgente, necesario para salvaguardar la vida y la salud de un menor que padece de “ductus arterioso persistente”, enfermedad que afecta gravemente el corazón, que ha sido ordenado por los médicos tratantes, inscritos a la entidad demandada, y que no puede ser sustituido por otro de valor inferior, que surta los mismos efectos.

En cuanto a la incapacidad económica de la accionante encuentra la Sala que el juez de tutela no puede abstenerse de conceder el amparo, argumentando simplemente que no se demostró la incapacidad económica de los accionantes, pues su deber es garantizar los derechos fundamentales, para lo cual podrá hacer uso de la facultad oficiosa que le es reconocida. En tal sentido, la Corte ha sostenido que: “es deber del juez de tutela decretar de oficio las pruebas pertinentes al caso y de otro, que la inactividad del juez al respecto no puede constituirse en una razón para la negación de la protección de un derecho fundamental, más aún cuando se ha reiterado constantemente que la declaración o afirmación del accionante en ciertos casos, es suficiente para probar tal incapacidad”.<sup>8</sup>

Así las cosas, el juez de instancia debió pronunciarse respecto del pago de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación de la peticionaria y de su menor hijo, y tampoco debió considerar que estos aspectos no tienen el carácter de fundamental para ser amparados por este medio, ya que como se explicó anteriormente para que el disfrute de los derechos a la salud, la seguridad social, y la vida sea real y efectivo, se necesita no sólo que se autorice la práctica del procedimiento o tratamiento médico, sino que el mismo sea accesible en una institución de idóneas calidades. De esta forma, cuando esa aptitud técnica no se puede asegurar en un lugar próximo a la residencia del usuario, la carencia de recursos económicos para costear el traslado no puede convertirse en obstáculo para asegurar el ejercicio de los derechos fundamentales, en este caso, de un menor de edad.

Encuentra la Sala entonces que el juez de instancia debió ordenar al Instituto de Seguro Social de Arauca que asuma los gastos que el desplazamiento a la ciudad de Bogotá genera dado que el tratamiento requerido por Miguel Leonardo reviste el carácter de necesario y urgente, y por ende, se refuerza el criterio que inadmite la suspensión de la práctica de la

cirugía y que da lugar a que se ordene a continuar con el mismo.

Por las anteriores razones, procederá la Sala a confirmar parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Arauca (Arauca), la cual concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor Miguel Leonardo Aldana Camejo y que ordenó al Instituto de Seguro Social, realizar la intervención quirúrgica requerida “Cierre de Ductus Arterioso persistente por Toracotomía + Rx de AP y Lateral de Cúbito Lateral oblicuas, Creatinina en suero, Hemograma, Hemoglobina Htcrito Rcto Eritrocitos, Índices Eritrocitarios, Leucograma y Morfolog.Electrónica e Histograma, Potasio, Sodio, Uroanálisis con sedimento y Densidad Urinaria, Tiempo de Protombina y Tiempo de Trombina”, así como que se le prestasen los cuidados necesarios para preservar su vida.

Agregado a lo anterior, la Sala ordenara al Instituto de Seguro Social, Seccional Arauca, que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, sufrague los gastos de traslado y manutención de la accionante y de su menor hijo, en la ciudad de Bogotá, para que se le practique la cirugía requerida en el Hospital San Ignacio.

Igualmente, se advierte al Seguro Social que deberá seguir garantizando la prestación de los servicios médicos al menor Miguel Leonardo Aldana Camejo que resulten pertinentes e indispensables para la recuperación de la afección que padece el menor.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE, por las razones expuestas, la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Arauca (Arauca), que concedió la acción de tutela presentada por la señora Cielo Yelitza Camejo Aldana y amparó de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor Miguel Leonardo Aldana Camejo en el asunto de la referencia.

SEGUNDO: Agregado a lo anterior, ORDENAR al Instituto de Seguro Social, Seccional Arauca,

que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, si aún no lo ha hecho, sufrague los gastos de traslado y manutención de la accionante y de su menor hijo, en la ciudad de Bogotá, para que se le practique la cirugía requerida en el Hospital San Ignacio.

TERCERO: ADVERTIR al Instituto de Seguro Social, Seccional Arauca, que deberá seguir garantizando la prestación de los servicios médicos que resulten pertinentes e indispensables para la recuperación de la afección que padece el menor Miguel Leonardo Aldana Camejo.

CUARTO: Por secretaría General líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-531 del 23 de septiembre de 1992. M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Por medio de esta sentencia se tutelaron los derechos de una menor de edad al considerar que dentro de un proceso de suspensión de la patria potestad adelantado contra el padre de la menor, acusado de homicidio de la madre de la niña, los jueces de instancia desestimaron las pruebas que conducían a suspender la patria potestad y no consultaron el interés de

protección de la menor de edad.

2 En los casos en que se le haya sido diagnosticado un trastorno mental, para este efecto, se pueden consultar las Sentencias T-620 de 1999, MP. Alejandro Martínez Caballero y la Sentencia T-801 de 2004, MP. Alfredo Beltrán Sierra.

3 Ver entre otras sentencias SU-111/97, T-322/97, SU-480/97.

4 Según el párrafo del artículo 2 de la Resolución 5261 de 1994, expedida por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social), “Cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio mas cercano que cuente con el. Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. Se exceptúan de esta norma las zonas donde se paga una UPC diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la EPS.”.

5 Sobre el mismo tema Cfr., Sentencias T-467 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett, T-900 de 2002 y T-1071 de 2002, MP. Alfredo Beltrán Sierra, T-755 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil y T-739 de 2004, MP. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

6 Al respecto, ver las siguientes sentencias, entre otras: T-142 de 2004 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-797 de 2003 (MP: Rodrigo Escobar Gil), T-133 de 2003 (MP: Jaime Araujo Rentería), T-1153 de 2003 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-340 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-062 de 2003 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-699 de 2002 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-501 de 2002 (MP: Eduardo Montealegre Lynett), T-297 de 2001 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), T-1663 de 2000 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-1130 de 2000 (MP: Alvaro Tafur Galvis), T-582 de 2000 (MP: Alvaro Tafur Galvis), T-579 de 2000 (MP: Alvaro Tafur Galvis), T-236 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), T-228 de 2000 (MP: José Gregorio Hernández Galindo), T -901 de 1999 (MP: Alfredo Beltrán Sierra), T-876 de 1999 (MP: José Gregorio Hernández Galindo).

7 Cfr. T - 744 de 2004, M.P., Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Sentencia T-819 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.