

Sentencia T-283/12

(Bogotá, D.C., abril 12)

ACCION DE TUTELA CONTRA HUMANA VIVIR S.A. EPS-Caso en el que fallece niña recién nacida durante el trámite de la acción de tutela

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Legitimación

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

ACCION DE TUTELA-Principio de inmediatez

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto por fallecimiento de menor recién nacida

DAÑO CONSUMADO-Hipótesis en que se presenta

Algunas de las hipótesis de cuando se presenta el daño consumado según la jurisprudencia de la Corte son las siguientes: (i) cuando el actor fallece y es obvio que desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo, (ii) cuando se ha cumplido el término de la sanción impuesta por medio de un acto administrativo a pesar de que se pueda establecer de manera posterior que dicho acto fue expedido con violación al debido proceso, o (iii) en una hipótesis similar, cuando se ha cumplido el término de la sanción disciplinaria, y por tanto, no tendría mayor objeto un pronunciamiento sobre la afectación de los derechos fundamentales originados con la actuación investigativa y sancionadora de la Procuraduría

SENTENCIA DE REVISION DE TUTELA-Fallecimiento del titular de los derechos durante el trámite de la acción de tutela no exime a la Corte Constitucional de pronunciarse sobre el fondo del asunto

DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS COMO FUNDAMENTAL, AUTONOMO Y PREVALENTE-  
Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD-Acceso a servicios de salud pronto, oportuno y sin dilaciones injustificadas

Referencia: Expediente T-3.269.504

Fallo de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Tercero (3º) Civil Municipal de Sincelejo –Sucre- del dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011).

Accionante: Vivian Patricia Vergara Benedetti.

Accionado: Humana Vivir S.A EPS.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

## I. ANTECEDENTES

La señora Vivian Patricia Vergara Benedetti interpuso acción de tutela<sup>1</sup>, en representación de hija Vivian Esther Almeyda Vergara de 8 días de nacida, en contra de Humana Vivir EPS; al estimar que con la omisión de la entidad accionada de gestionar el traslado de la niña a una IPS de IV nivel para la realización de una cirugía cardiovascular infantil de carácter urgente, prescrita por el médico tratante, se encontraban amenazados los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hija.

1.1. Derechos fundamentales invocados: salud y vida

1.2. Conducta que causa la vulneración: la omisión de la entidad accionada de autorizar y gestionar el traslado de la menor a una IPS de nivel IV para la realización de una cirugía cardiovascular infantil urgente.

1.3. Pretensión: se ordene el traslado de la menor a una IPS de nivel IV para la realización de la cirugía.

1.4. Fundamento de la pretensión

1.4.1. La peticionaria manifestó en el escrito de tutela que su hija se encuentra internada desde su nacimiento –el 27 de julio de 2011-, con respirador artificial debido a un problema cardiovascular<sup>2</sup>, en la Unidad de Cuidado Intensivos –UCI- de la Clínica de la Sabana en

Sincelejo.

1.4.2. Dado el complicado estado de salud de la menor, el 28 de julio del mismo año, el pediatra neonatólogo tratante de la recién nacida ordenó su remisión a una institución de IV nivel para la realización de una cirugía cardiovascular paliativa urgente -ya que la IPS en la que se encuentra internada no cuenta con el nivel de complejidad y de atención requerida para tal efecto-3. En la orden de remisión el galeno tratante resaltó: “actualmente y a la fecha el paciente es trasladable por vía terrestre o aérea en ambulancia medicalizada”4.

1.4.3. En la demanda de tutela, la peticionaria afirmó: “HUMANAVIVIR solo se limita a realizar llamadas por teléfono aduciendo que no existen camas disponibles o no tienen contratos con IPS que si puedan realizar esta operación, tal y como sucedió cuando el Dr. Wilmer Pérez, médico pediatra neonatólogo coordinó el 28 de julio del cursante año, con la Unidad Cardiovascular de Santa Marta, quienes dieron luz verde para aceptar a mi hija y operarla inmediatamente, la EPS indolentemente se limitó a decir que no tenían contrato con ellos”5.

1.4.4. La actora asevera que esta cirugía es indispensable para la vida de su hija y que su estado de salud empeora a medida que pasa el tiempo debido a que los medicamentos que la mantienen con vida, también le generan diversos efectos secundarios6. Asimismo, manifestó que no cuenta con los recursos económicos suficientes para sufragar con los costos de la cirugía7.

## 2. Respuesta de la entidad accionada8

Humana Vivir EPS contestó la acción de tutela, alegando: “En el caso que nos ocupa se hace necesario poner de presente que la niña VIVIAN ESTHER ALMEYDA VERGARA ha fallecido el día 05 de agosto de 2011, el mismo día que se nos notificó de la acción de tutela, hecho lamentable que basta por si solo para dar por terminada la actuación, por cuanto carece de objeto continuar con ella. Lo anterior toda vez que con las actuales circunstancias no puede hablarse de violación de derecho fundamental alguno ni de un perjuicio irremediable por cuanto, como ya se dijo en la actualidad no existe sujeto de derechos a quien pueda protegerse mediante una Acción de Tutela”9.

## 3. Decisión de tutela objeto de revisión

3.1. Sentencia del Juzgado Tercero (3º) Civil Municipal de Sincelejo –Sucre- del dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011)

3.1.1. El juez de primera instancia, tras corroborar la afirmación de la EPS respecto del fallecimiento de la niña<sup>10</sup>, encontró vulnerados los derechos fundamentales de la recién nacida pues en los momentos que necesitó de la asistencia en salud para salvaguardar su vida, ésta le fue negada por la EPS accionada. De igual modo, expuso en el fallo: “Es lamentable por decir lo menor (sic) que en un caso de tanto riesgo, donde lo que está en juego es la vida misma de una recién nacida, de un ser humano que empieza su existencia, la EPS Humanavivir responda de manera fría que no se puede hablar de violación de derechos (sic) fundamental alguno ni de un perjuicio irremediable por cuanto, en la actualidad no existe sujeto de derechos”<sup>11</sup>.

3.1.2. A pesar de lo anterior, el juez reconoció que la situación que había motivado la acción constitucional había desaparecido y, enfatizando que esta era la única razón por la cual no tutelaría el derecho, declaró improcedente la acción de tutela por carencia actual de objeto.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-<sup>12</sup>.

### 2. Procedencia de la demanda de tutela

2.1. Legitimación por activa. La peticionaria, con fundamento en el artículo 10º del decreto 2591 de 1991 y 306 del Código Civil, interpuso la acción de tutela como madre<sup>13</sup> y representante legal<sup>14</sup> de su hija recién nacida. En el presente caso existe legitimación en la causa por activa para el ejercicio de la acción de tutela.

2.2. Legitimación por pasiva. Humana Vivir EPS es una entidad particular prestadora del

servicio público de salud a la que está afiliada tanto la madre como su hija<sup>15</sup> y, como tal, es demandable en proceso de tutela<sup>16</sup>.

2.3. Subsidiaridad. Tratándose del derecho a la salud, debe evitarse la generación de perjuicios que puedan afectar de modo irremediable la estabilidad corporal, mental o emocional de las personas, razón por la cual se considera la acción de tutela el instrumento jurídico eficaz para la protección del derecho invocado. La sentencia T-760 de 2008 reiteró al respecto: “[...] La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable”.

2.4. Inmediatez. La demanda de tutela fue presentada 7 días después de que fue ordenado la remisión de la recién nacida, esto es, dentro de términos razonables para el ejercicio de la acción.

3. Asunto previo. El fallecimiento del titular de los derechos durante el trámite de la acción de tutela no exime a la Corte Constitucional de pronunciarse sobre el fondo del asunto. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. El objetivo de la acción de tutela es la protección efectiva, cierta e inmediata de los derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, en concordancia con el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991. Por esta razón, es necesario prima facie que para que proceda el amparo constitucional exista un titular de derechos fundamentales, y una conducta de una autoridad pública o de un particular que vulnere o amenace los derechos de rango constitucional.

3.2. No obstante, puede llegar a suceder que la materia del amparo constitucional se haya extinguido antes de la interposición de la acción de tutela o durante el trámite de la misma - ante el juez de primera o segunda instancia o inclusive en sede de revisión-, bien sea porque “ha tenido lugar un evento que conlleva a la conjuración del daño, la satisfacción del derecho o la inocuidad de las pretensiones”<sup>17</sup>. Este fenómeno se conoce conceptualmente como la ‘carencia actual de objeto’.

3.3. Así, en el primero de estos eventos, se entiende que existe un 'daño consumado'. Esto es, cuando el hecho en el que se fundó la violación o amenaza ya generó el perjuicio que se pretendía evitar por medio de la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental. En la sentencia T-448 de 2004, se reseñaron algunas de las hipótesis en las cuales éste se puede presentar:

i) cuando el actor fallece y es obvio que desaparecen los fundamentos fácticos que motivaron la solicitud de amparo, ii) cuando se ha cumplido el término de la sanción impuesta por medio de un acto administrativo a pesar de que se pueda establecer de manera posterior que dicho acto fue expedido con la violación al debido proceso, iii) en una hipótesis similar, cuando se ha cumplido el término de la sanción disciplinaria, y por tanto, no tendría mayor objeto un pronunciamiento sobre la afectación de los derechos fundamentales originados con la actuación investigativa y sancionadora de la Procuraduría<sup>18</sup>.

Ahora, si bien es verdad que el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 eleva como una de las causales de improcedencia de la acción de tutela: "cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho", también lo es que el parágrafo del artículo 29 del mencionado decreto señala que el fallo de tutela no puede ser inhibitorio; por lo cual, el juez de tutela no puede eximirse de realizar un análisis de fondo sobre el caso concreto.

3.4. Es por ello, que en estos casos resulta pertinente determinar la oportunidad procesal en la cual el objeto del amparo constitucional cesó de existir. Esto es, si fue: i) antes de iniciado el proceso ante los jueces de instancia, o ii) estando en trámite la acción de tutela ante los mismos o incluso ante la Corte Constitucional en sede de revisión, porque desde el punto de vista procesal, tiene ciertas implicaciones para el fondo del fallo y la conducta que debe desplegar el operador jurídico ante este fenómeno.

3.4.1. En ese sentido, en el primero de estos eventos, una vez constatada la existencia de la consumación del daño le corresponde al juez constitucional declarar la improcedencia de la misma, en virtud de lo establecido en el artículo 6º del Decreto 2591 previamente mencionado. A su vez, de acuerdo con la jurisprudencia, bajo estas circunstancias la Corte Constitucional en sede de revisión deberá confirmar el fallo revisado y quedará facultada para realizar un examen adicional relacionado con la materia de la que trata el caso concreto<sup>19</sup>.

3.4.2. Por otro lado, en el segundo evento, es perentorio la declaración de la carencia actual de objeto por daño consumado, situación para la cual esta Corte ha sentado una serie de reglas jurisprudenciales que deben ser observadas tanto en el trámite de la acción constitucional en las instancias, como en sede de revisión respecto de las medidas que puede y debe adoptar el juez constitucional en su fallo:

“i) Decidir de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone un análisis y determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales.<sup>20</sup>

(ii) Realizar una advertencia “a la autoridad pública [o particular] para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” de acuerdo con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991.<sup>21</sup>

(iii) Si lo considera necesario dependiendo del caso concreto, ordenar compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades correspondientes con el fin de que investiguen y sancionen la conducta que produjo el daño.<sup>22</sup>

(iv) Informar al demandante y/o sus familiares de las acciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico que pueden utilizar para la obtener la reparación del daño<sup>23</sup>” 24.  
(Citas del texto original)

Esto adquiere una especial relevancia en aquellos casos en los cuales la carencia actual de objeto por daño consumado tiene como fundamento la defunción del titular de los derechos invocados en la acción de tutela; máxime cuando quien fallece es un niño.

3.5. Así, en relación con este acontecimiento, esta Corporación ha procedido a proteger la dimensión objetiva<sup>25</sup> de los derechos fundamentales<sup>26</sup>, entendiendo a ésta como aquella dimensión según la cual los derechos constitucionales fundamentales consolidan un verdadero catálogo axiológico; un sistema de valores y principios que nutre todo el ordenamiento jurídico e influye en todos los ámbitos del mismo, y que conmina a todos los destinatarios de la Constitución (Estado e individuo) a la realización efectiva de los mismos en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas<sup>27</sup>.

En palabras de la Corte:

[...] en el Estado Social de Derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, mas allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre si. En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; El Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales<sup>28</sup>.

La inclusión del concepto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de esta Corporación de ninguna manera excluye ni limita su dimensión subjetiva; la complementa reconociendo la doble dimensión de los mismos en nuestro ordenamiento. En este sentido, los derechos fundamentales además de su función principal de regular la relación individuo-Estado cuentan con una faceta en la que, como principios de nivel supremo de abstracción en los términos de Alexy<sup>29</sup>, inciden en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico imponiendo determinados parámetros de actuación tanto al Estado, como a los particulares<sup>30</sup>.

3.6. Ahora bien, teniendo en cuenta que la acción de tutela se erige como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales en su dimensión subjetiva -por lo que requiere

prima facie de la existencia de un titular del derecho- y que tiene como finalidad esencial garantizarle al agraviado el pleno goce de mismos, la Corte recurre a la dimensión objetiva de los mismos cuando el titular del derecho conculcado ha dejado de existir y la concreción de este fin de la acción de tutela es irrealizable, por obvias razones. Esto por cuanto, ante tal eventualidad el máximo órgano de la jurisdicción constitucional encargado de guardar la integridad y supremacía de la Constitución no puede permanecer indiferente ante una trasgresión de tal magnitud, ya que su inactividad significaría avalar la misma.

3.7. Dando alcance a lo anterior, este Tribunal, en uno de los apartes de la sentencia T-107 de 2007, dispuso:

La Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales de las personas, no puede ser indiferente, pasiva, neutral ni flemática ante la ocurrencia de la muerte de una persona que buscó en la jurisdicción de la cual es su máxima autoridad, una esperanza para hacer efectivos sus derechos en vida. La Corte tampoco puede hacer menos que rechazar la negligencia de quienes sean responsables por ese hecho y por lo tanto, debe desplegar toda su competencia para tratar, en la medida de lo posible, de contrarrestar el daño irreparable causado en la persona que muere sin haber obtenido la protección a la que tenía derecho, por el simple hecho de existir y hacer parte de una sociedad erigida como un 'Estado Social de Derecho'.

3.8. En suma, la carencia actual de objeto por daño consumado en el trámite de la acción de tutela, no impide que la Corte se pronuncie respecto del fondo del asunto y que proceda a verificar -como se efectuará en el presente caso- si hubo una afectación del derecho fundamental invocado en su doble dimensión; y que, de ser el caso, proceda a tomar las medidas adecuadas y pertinentes para proteger la dimensión objetiva del mismo.

La Corte Constitucional resolverá si: ¿Una EPS vulnera el derecho a la salud y a la vida de una menor recién nacida, al no autorizar su traslado a una IPS que cuente con el nivel de especialización requerido para realizar una cirugía cardiovascular de carácter urgente, prescrita por el médico tratante, así no se encuentre dentro de su red de IPS?

4.1. El derecho a la salud y a la vida en condiciones dignas

4.1.1. La Corte Constitucional, en sus inicios, manifestó que como el derecho a la salud era

de carácter social, estaba sujeto a un desarrollo progresivo, es decir que en principio no era un derecho del cual se pudiera exigir su aplicación inmediata, sin embargo, el Estado Colombiano estaba en la obligación de proteger el nivel más alto posible de acuerdo a su capacidad institucional y a sus recursos económicos.

Con el paso del tiempo esta tesis de cierto modo fue reevaluada, pues el derecho a la salud fue protegido a través de la acción de tutela, pero para ello se recurría a la teoría de la conexidad, pues se consideraba que el derecho a la salud por si solo no podía ser protegido a través de este mecanismo, sino que era necesario demostrar la afectación a un derecho fundamental.

Más adelante, este tribunal constitucional sostuvo que el derecho a la salud, independientemente de su naturaleza de derecho económico social y cultural, ostenta la condición de fundamental<sup>31</sup>, debido a que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas, lo que permite que se use la acción de tutela como mecanismo de protección<sup>32</sup>.

De igual manera, la Corte ha reiterado que la tutela no solo procede para proteger el derecho a la vida reducida a su simple existencia biológica, sino que ésta debe entenderse dentro de una dimensión más amplia, que comprenda una vida digna<sup>33</sup>. Lo anterior por cuanto se ha estimado que el derecho a la vida en sí mismo considerado, no es un concepto restrictivo que se limita a la idea reducida de peligro de muerte, sino que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna<sup>34</sup>.

4.1.2. En relación con la dignidad humana, la Corte en la Sentencia T-747 de 2003, dijo lo siguiente:

Es que el concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas.

En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política (art. 1 C.P.) y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia (art. 93 C.P.).

La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la jurisprudencia, la persona es “un fin en sí misma”. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico. (Énfasis fuera del texto)

Este término equivale al trato especial que merece toda persona por el hecho de ser tal y así se convierte en la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. De esta manera, la dignidad se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado colombiano.

#### 4.2. Vulneración del derecho fundamental autónomo a la salud de los niños. Reiteración de jurisprudencia

##### 4.2.1. El artículo 44 de la Carta consagra los derechos fundamentales de los niños, entre ellos la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social y el derecho a recibir cuidado y amor. Y, dispone que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral,

secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. También señala que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. En el mencionado artículo se establece también que 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. Igualmente señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

4.2.2. En cuanto a que le corresponde a la familia, el Estado y la sociedad concurrir a la protección de los menores, la jurisprudencia ha dicho:

El mandato de protección a los menores no es tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor<sup>35</sup>.

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 19 establece: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

El Código de la Infancia y la Adolescencia consagra varias disposiciones altamente relevante en cuanto el derecho fundamental a la salud de los menores. Dentro de estas se encuentran los siguientes artículos: el 8º, en el cual se establece lo que se entiende por “interés superior del niño, niña y adolescente”; el 9º que resalta la “prevalencia de los derechos del niño, niña y adolescente”<sup>36</sup>; el 27 que desarrolla “el derecho a la salud integral” de los menores<sup>37</sup>; y, el 46 en el que se relacionan las “obligaciones especiales del sistema de Seguridad Social en

Salud” para los niños, niñas y adolescentes<sup>38</sup>.

4.2.3. Existen también innumerables instrumentos internacionales que se refieren a la especial protección del derecho a la salud de los niños, dentro de los cuales puede mencionarse: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño<sup>39</sup> -aprobada mediante la Ley 12 de 1991-, cuyo artículo 11 prescribe que la niñez tiene “derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”<sup>40</sup>.

Sobre el particular, la Corte en la sentencia T-953 de 2003, manifestó lo siguiente:

[...] Aspecto de especial significación, dentro de la situación jurídica de los menores, en el plano internacional, viene a ser la satisfacción de sus necesidades básicas y, entre ellas, el derecho de los niños a disfrutar “del más alto nivel posible de salud física y mental”, obligación refrendada en el artículo 24 de la Convención sobre Derechos del Niño, a cuyo tenor literal los Estados Partes se comprometen a asegurar la atención médica y necesaria de todos los niños, en especial la atención primaria en salud. [...]

Consecuente con lo expuesto, esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha desarrollado el concepto de interés superior de los menores, destacando cómo para la Carta el derecho de éstos a la salud es siempre fundamental “tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de tutela sólo es posible en la medida en su desconocimiento puede afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional”.

También la Corte se ha detenido en la aplicación real y efectivo de los derechos de los niños previstos en el artículo 44 de la Carta, en cuanto esta disposición, entendida conjuntamente con los artículos 5° y 13 constitucionales, indica que no puede plantearse un conflicto de intereses en cuyo extremo se encuentre la protección integral de un menor, porque cuando se trata de los derechos de los niños estos prevalecen sin otra consideración. (Subraya fuera

del texto)

En otra oportunidad, al respecto sostuvo la Corte:

La Corte Constitucional ha reiterado que los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, entre otros, son fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política. En efecto, la condición de fundamentales de esos derechos es independiente y autónoma, y, en consecuencia, no es necesario establecerles conexidad con otros derechos de esa categoría para su reconocimiento, como sucede cuando se trata de otro tipo de personas. Por lo mismo, se entienden prevalentes sobre los derechos de los demás y, cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional<sup>41</sup>.

De igual manera, tras analizar el Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, 'Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y Minusválidos', la Corte estableció en la sentencia C-041 de 1994:

A la luz de los antecedentes de las normas constitucionales transcritas y de su propio texto, es claro que los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional. Los principios de protección especial y de superior interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se los dota de prevalencia "sobre los derechos de los demás". El compromiso que la Constitución establece con el bienestar físico y espiritual del menor y con el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, no se ha limitado a configurar derechos fundamentales a partir de sus pretensiones básicas de protección, sino que su persona como tal ha sido elevada a la categoría de sujeto fundamental merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el estado.

[...]

En el otorgamiento de este estatus especialísimo del menor seguramente se han tomado en

consideración las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental - debilidad - y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad. De ahí que, se reitera, la tutela de la Constitución no se circunscriba a manifestaciones o pretensiones específicas, como ocurre en general con los restantes derechos fundamentales de las personas, sino que abarque al niño en su plenitud, vale decir, en la integridad de su dimensión existencial.

La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (C.P. art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (C.P. art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (C.P. art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla *pro infans* (C.P. art. 44).

Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia. (Corchetes y subrayado fuera del texto)

[...] que los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación

preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores.

De manera más precisa, la jurisprudencia también ha señalado que los servicios de salud que requieran los niños, son justiciables, incluso en asuntos en los que se trate de servicios que se encuentren por fuera de los planes obligatorios de salud (POS y POS-S).<sup>42</sup>

4.2.5. Así las cosas, y como ha sido reiterada en jurisprudencia de esta Corporación<sup>43</sup>, se puede apreciar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, lo que quiere decir que tratándose de menores no es necesario demostrar su conexidad con otro derecho fundamental y requieren de una protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando estos se encuentren amenazados o vulnerados.

4.3. El derecho al acceso a los servicios de salud de manera pronta y oportuna sin dilaciones injustificadas

4.3.1. En desarrollo del derecho constitucional a la salud, la Ley 100 de 1993 ha prescrito que “todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud”<sup>44</sup>, siendo responsabilidad del Estado y las promotoras de salud la prestación de los servicios, medicamentos y procedimientos que requieran los usuarios para el diagnóstico, recuperación o rehabilitación de la salud<sup>45</sup>.

En la ejecución práctica de los planes de atención previstos, las entidades prestadoras de salud no deben obstaculizar el acceso al servicio de salud imponiendo cargas administrativas desproporcionadas a los usuarios. Por ello, se ha considerado también violatorio del derecho fundamental a la salud de los usuarios la omisión en la realización de trámites internos que corresponden a la propia entidad para la obtención de prestaciones, como por ejemplo, lo relativo a la “la solicitud de la autorización de un servicio de salud no incluido dentro del POS al Comité Técnico Científico”<sup>46</sup>.

4.3.2. La jurisprudencia de esta Corporación en cuanto a las dilaciones y demoras en la práctica de tratamientos médicos ha sido uniforme en señalar:

[...] no es normal que se retrase la autorización de cirugías, exámenes o tratamientos que los mismos médicos [...] recomiendan con carácter urgente, pues ello va en contra de los derechos a la vida y a la integridad física de los afiliados no solamente cuando se demuestre que sin ellos el paciente puede morir o perder un miembro de su cuerpo, sino también cuando implican la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación del tratamiento que pretende el restablecimiento de la salud perdida o su consecución<sup>47</sup> (corchetes fuera del texto).

De igual modo ha dispuesto:

Cuando una E.P.S., en razón a trámites burocráticos y administrativos tales como el vencimiento de un contrato con una I.P.S., demora la prestación del servicio de salud requerido por una persona que padece una enfermedad catastrófica, vulnera el derecho a la vida de ésta. Solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud a personas en situaciones tan graves [...]48 (corchetes fuera del texto).

Asimismo, ha establecido la Corte:

[...] el hecho de diferir, casi al punto de negar los tratamientos recomendados por médicos adscritos a la misma entidad, coloca en condiciones de riesgo la integridad física y la salud de los pacientes, quienes deben someterse a esperas indefinidas que culminan por distorsionar y diluir el objetivo mismo del tratamiento originalmente indicado. El sentido y el criterio de oportunidad en la iniciación y desarrollo de un tratamiento médico, también ha sido fijado por la jurisprudencia como requisito para garantizar por igual el derecho a la salud y la vida de los pacientes<sup>49</sup> (corchetes y subrayado fuera del texto).

4.3.3. Lo anterior recobra aun más importancia cuando quien requiere de un determinado servicio es un niño, pues por el simple hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada de forma regular, integral y pronta en salud, y el no permitirle al niño acceder a la prestación del servicio de salud -sin dilaciones injustificadas- atenta de manera directa contra sus derechos fundamentales.<sup>50</sup>

#### 4.4. Caso concreto

4.4.1. En el presente caso, la niña Vivian Esther Almeyda Vergara nació el 27 de julio de 2011 con un serio problema cardiovascular, conocido como cardiopatía congénita cianosante tipo atresia de la válvula pulmonar<sup>51</sup>, situación por la cual el pediatra neonatólogo tratante de la menor consideró que era necesaria la realización de una “cirugía cardiovascular infantil paliativa urgente”<sup>52</sup> para tratar la afección de la menor. Así, al no poder ser realizada ésta en la IPS en la cual se encontraba internada la niña, este mismo galeno emitió el 28 de julio del mismo año una orden de remisión a una IPS de IV nivel<sup>53</sup>.

4.4.2. De acuerdo con lo afirmado por la accionante en la acción de tutela<sup>54</sup>, el médico tratante de la menor “coordinó el 28 de julio del cursante año, con la Unidad Cardiovascular de Santa Marta, quienes dieron luz verde para aceptar a [su] hija y operarla inmediatamente” situación respecto de la cual la EPS “se limitó a decir que no tenían contrato con ellos”.

En vista de que la EPS no autorizaba la remisión de la niña, alegando que no había camas disponibles y que no tenían un contrato con alguna otra IPS que pudiera realizar la operación<sup>55</sup>, el 4 de agosto de 2011 la madre de la menor acudió ante el juez constitucional para solicitar la protección de los derechos fundamentales de su hija, al considerar que la entidad accionada los había vulnerado y amenazaba con generarle a la niña un “daño irreparable”<sup>56</sup>.

4.4.3. Mediante auto del 5 de agosto del mismo año<sup>57</sup>, el Juez Tercero Civil Municipal de Sincelejo admitió la acción de tutela bajo examen y procedió a solicitarle al director de la EPS se sirviera remitir a ese juzgado “un informe preciso y detallado acerca de los hechos y pretensiones a que se refiere la solicitud de la tutela impetrada” y ordenó como medida provisional a la entidad accionada “el traslado de forma inmediata a una IPS, a la recién nacida hija de la accionante, para que se le practique la cirugía ordenada por el médico tratante de forma inmediata (sic) que requiere su tratamiento”.

El 9 de agosto de 2011, la entidad accionada, HUMANAVIVIR EPS S.A., contestó mediante apoderado especial la acción de tutela en los siguientes términos:

En el caso que nos ocupa se hace necesario poner de presente que la niña VIVIAN ESTHER ALMEYDA VERGARA ha fallecido el 05 de agosto de 2011, el mismo día que se nos notificó la

acción de tutela, hecho lamentable que basta por si solo para dar por terminada la actuación, por cuanto carece de objeto continuar con ella.

Lo anterior toda vez que con las actuales circunstancias no puede hablarse de violación de derecho fundamental alguno ni de un perjuicio irremediable por cuanto, como ya se dijo en la actualidad no existe sujeto de derechos a quien pueda protegerse mediante una acción de tutela.<sup>58</sup>

4.4.4. A la luz de las consideraciones anteriormente presentadas, los hechos aquí relacionados evidencian la flagrante trasgresión de los derechos fundamentales de la niña Vivian Esther Almeyda Vergara. La EPS accionada, en total desconocimiento tanto del carácter de derecho fundamental autónomo, prevalente y de aplicación inmediata del derecho a la salud de la niña, como de su derecho fundamental a la vida y la jurisprudencia de esta Corporación<sup>59</sup>, omitió prestarle una atención en salud de manera eficiente, integral y pronta a la menor, al no haber efectuado su traslado a una institución que pudiera realizar la cirugía prescrita por el médico tratante.

Máxime, cuando el médico tratante había determinado que: la niña, dada la complejidad de su afección cardíaca, requería con urgencia el procedimiento quirúrgico<sup>60</sup>; que el traslado era viable médicamente<sup>61</sup>; y que había una institución que, además de contar con el nivel de especialización técnico y científico requerido, se encontraba dispuesta a realizar de manera inmediata la cirugía.

4.4.5. En este sentido, dado que la entidad accionada no adujo la existencia de una justificación médica para abstenerse de realizar la remisión de la menor a otra institución, no puede esta Sala arribar a una conclusión diferente a que la omisión de la EPS de efectuar el traslado ordenado y, en últimas, la cirugía requerida con urgencia, tuvo como fundamento las barreras administrativas afirmadas por la accionante en la demanda de tutela: que no había camas disponibles y que no tenían un contrato con alguna otra IPS que pudiera realizar la intervención quirúrgica<sup>62</sup>.

4.4.6. Si bien el funcionamiento del Sistema de Salud involucra necesariamente el desarrollo de trámites administrativos, para esta Sala, de ninguna manera puede considerarse como

constitucionalmente admisible que un trámite netamente administrativo como la falta de un contrato de una EPS con una IPS para la realización de una cirugía determinada<sup>63</sup>, tenga como resultado la muerte de una niña recién nacida<sup>64</sup>. Era preciso que la EPS procediera a trasladar a la menor a otra IPS con el nivel de atención adecuado para la realización de la cirugía cardiovascular infantil así no tuviera convenio con ella; y que posteriormente procedieran las entidades a realizar los trámites y cobros a los que hubiera lugar.

Como se expuso en las consideraciones que anteceden, a la luz de lo dispuesto por el constituyente en el artículo 44 de la Carta, los derechos a la salud y a la vida de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; y 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. Como tal, ante la eventualidad de una afección que demande un servicio de salud de manera urgente<sup>65</sup> la salvaguarda de los mismos no puede hallarse supeditada a la ejecución de trámites administrativos<sup>66</sup>.

4.4.7 Así las cosas, cuando una EPS, en razón a trámites burocráticos y administrativos dilata, o no presta el servicio de salud a una persona que lo requiere con urgencia, atenta contra su derecho fundamental a la vida<sup>68</sup>. Y, tal como lo ha dispuesto este Tribunal en su jurisprudencia:

No es necesario innovar argumentos para comprender que el derecho fundamental a la vida es el primer y más importante que pueda tener y querer preservar un ser humano, sin perjuicio de la concepción según la cual no hay derechos absolutos, y que ha sido explicada por la Corte Constitucional en casos muy precisos, en los que ha analizado la ponderación de ese derecho frente a otros, en circunstancias muy especiales. De manera que, sin importar ni ahondar en el punto de vista que se prefiera adoptar, es innegable que si un ser humano que ha buscado la protección del derecho primordial a la vida, no encuentra una respuesta oportuna a su solicitud, sin relevar las razones aducidas para justificar tal omisión, y la persona muere, con ello queda totalmente desvirtuada la importancia de cualquiera otro de los derechos de que era titular pues su vida es el presupuesto básico para el ejercicio de los demás derechos<sup>69</sup>

4.4.8 La Corte Constitucional en la sentencia T-576 de 2008, al analizar un caso similar al sub

judice, expuso de manera precisa el alcance de la afectación a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de los menores de edad en el Estado Social de Derecho. La Sala considera pertinente citar in extenso un aparte de la misma, dada su íntima relación con el tema:

En suma, cada persona que forme parte del tejido social podría estar eventualmente ante la misma situación inaceptable. Cuando un niño o una niña muere porque no es atendido (a) a tiempo o porque no se le prestó un servicio de salud eficaz, eficiente, universal, integral, se desconoce una expectativa social objetiva y legítima de obtener una prestación del servicio de salud oportuna, continua y eficiente, construida sobre la base de que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas se ciñen a los postulados de buena fe, lo que se traduce, a su turno, en la obligación de no defraudar esa buena fe y garantizarle a las personas destinatarias del servicio de salud que una vez iniciado un tratamiento, éste no será suspendido y se pondrán todos los conocimientos y los medios al alcance -bien sea para restablecer la salud, cuando ello es posible, o para disminuir los dolores y padecimientos cuando el recuperación de la salud se torna imposible -.

Como se expuso en precedencia, en el caso colombiano las autoridades estatales y los particulares por virtud de lo dispuesto en el artículo 2º, así como en los artículos 3º, 4º, 5º, 6º, 9º, 93 y 94 de la Constitución, entre otros, están obligados a garantizar el respeto por los derechos constitucionales en los términos en que lo establece la Constitución Nacional y, por la vía del artículo 93 superior, bajo las condiciones exigidas por los pactos internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Presidente de la República. Si las autoridades públicas o los particulares - en especial quienes están encargados de la prestación de servicios públicos que comprometen la garantía de derechos constitucionales - no invierten la debida diligencia en esa garantía de protección de los derechos constitucionales, son jurídicamente responsables pues incumplieron el deber de garantes de la protección de derechos constitucionales que les asigna la Constitución Nacional. [...]

En precedencia se indicó cuáles son los alcances que se derivan de la responsabilidad en

cabeza del Estado y de los particulares, especialmente, de aquellos comprometidos con la prestación de servicios públicos cuando desconocen derechos constitucionales. Se dijo, además, que estos derechos constituyen la base sobre la cual se construye todo el ordenamiento jurídico, de ahí, que le corresponda al Estado garantizar la debida protección de estos derechos y en consecuencia no sólo evitar que se desconozcan sino que - una vez desconocidos - se adopten las medidas para prevenir que se vuelvan a vulnerar.

4.4.9 La trasgresión de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la menor en su dimensión subjetiva, al haberle impedido sin una justificación médico-científica acceder a los servicios de salud<sup>70</sup> que acrecentaran sus posibilidades de mantenerse con vida, lesiona sobremanera la dimensión objetiva de los mismos en cuanto principios que irradian todo nuestro ordenamiento jurídico y constituyen una parte esencial del marco axiológico del cual se deriva la finalidad última del Estado Social de Derecho: la efectiva realización de la dignidad humana.

4.4.10 Los derechos fundamentales de los niños a la salud y a la vida, expresamente consagrados en la Constitución, son verdaderos principios de nivel supremo de abstracción que guían la actuación tanto de las autoridades como de los particulares en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. Y, como tal, deben ser salvaguardados por este Tribunal como guardián de la supremacía e integridad de la Carta Política evitando que su esencia y propósito se vean menoscabados por las actuaciones u omisiones de los diversos actores del Estado y de la sociedad y -en caso de que tal quebramiento se presente- velando por que se tomen las medidas adecuadas para que el mismo no se vuelva a repetir.

4.4.11 Un hecho incalificable como el deceso de Vivian Esther derivado de la imposición de barreras administrativas dentro del Sistema de Salud, es absolutamente inexcusable. El efecto de la muerte de un menor bajo estas circunstancias genera un efecto devastador sobre el orden social, pues mina los pilares mismos sobre los cuales se erige y desprovee de valor a los principios cardinales del Estado Social de Derecho a la vida y a la dignidad humana.

Por ende, siguiendo los lineamientos sentados por la sentencia T-576 de 2008, es imperativo en el presente caso garantizar el derecho a la verdad -entendido éste como el derecho a saber para no olvidar y así abstenerse de repetir<sup>71</sup>- y tomar las medidas adecuadas para que

una situación tan lamentable como esta jamás vuelva a ocurrir.

Así, con el ánimo de realizar el anterior objetivo, la Corte en el presente asunto ordenará a la EPS Humana Vivir que publique dentro del término perentorio de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta providencia, al menos dos veces en tres diarios de amplia circulación nacional y en su página de internet el siguiente texto y la parte resolutive de la presente sentencia:

“En el caso de la menor Vivian Esther Almeyda Vergara, la Corte Constitucional –del material probatorio obrante en el expediente- tuvo la oportunidad de constatar que: Vivian Esther nació el 27 de julio de 2011 en la Clínica de la Sabana S.A. (estando a cargo de la administración de la prestación del servicio HUMANA VIVIR EPS), con múltiples problemas de salud, entre ellos: 1) Síndrome de dificultad respiratoria precoz por: a) hipertensión pulmonar persistente b) neumonía connatal; 2) Enfermedad de membrana hiliar IV; 3) Asfixia perinatal severa; 4) Insuficiencia respiratoria aguda-IOT-AVM; 5) RN con malformaciones óseas; 6) Malformación de vermix cerebeloso; 7) Cardiopatía congénita cianósica tipo atresia pulmonar+CIV+CIA+DAP; 8) Sepsis potencial precoz.

Dado el complicado estado de salud de la menor, el 28 de julio del mismo año, el pediatra neonatólogo tratante de la recién nacida ordenó su remisión a una institución de IV nivel para la realización de una cirugía cardiovascular paliativa urgente –ya que la IPS en la que se encontraba internada no contaba con el nivel de complejidad y de atención requerida para tal efecto-. En vista de que HUMANA VIVIR EPS no autorizaba la remisión de la niña el 4 de agosto de 2011, la madre de la menor acudió ante el juez constitucional para solicitar la protección de los derechos fundamentales de su hija al considerar que la entidad accionada los había vulnerado y amenazaba con generarle a la niña un “daño irreparable”, poniendo de presente que la EPS se limitaba a responder que no había camas disponibles y que no tenía convenio con IPS que tuvieran disponibilidad para realizar la intervención.

El 5 de agosto de 2011, el Juez Tercero Civil Municipal de Sincelejo profirió auto admisorio de la acción y ordenó como medida provisional el cumplimiento inmediato de la orden de remisión. Lamentablemente, pese a la pronta actuación del juez, la menor Vivian Esther Almeyda Vergara, con apenas 9 días de vida, falleció.

En vista de lo anterior, la Corte Constitucional aprovechó esta oportunidad para reiterar una

vez más el llamado a las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud con el fin de que encaminen todos sus esfuerzos para evitar que situaciones como la padecida por Vivian Esther Almeyda vuelvan a repetirse en el futuro. La muerte de un niño o una niña debido a la imposibilidad de acceder a un determinado servicio de salud tras la imposición de una barrera administrativa por parte de alguno de los actores encargados de la debida prestación del servicio de salud, es una circunstancia inadmisibles en un Estado cuya Constitución se edifica sobre la base de la protección de los derechos constitucionales fundamentales y le otorga un lugar preponderante al amparo de los derechos de la niñez.”

Asimismo, i) se le advertirá a la madre de la menor, que puede acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar por esa vía la reparación del daño sufrido y aquello a lo que considere que tiene derecho; ii) se le compulsarán copias a las autoridades pertinentes para que lleven a cabo la investigaciones a las que haya lugar; iii) se le ordenará a Humana Vivir S.A EPS que: a) cuelgue una placa de 50 centímetros por 70 centímetros en lugar destacado y visible a la entrada de todas sus establecimientos en los que se atiende al público en Colombia, en las que destaque de manera clara y expresa la obligación en cabeza de las personas que prestan atención en salud a nombre de Humana Vivir S.A EPS de proteger en todo momento los derechos constitucionales de las niñas y de los niños y, especialmente, sus derechos constitucionales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad; b) que dentro del término de seis meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia establezca un Protocolo para la Atención de Urgencias Médicas -con especial énfasis en los menores de edad- en sus IPS y con las que tenga convenio, encaminado a fijar prioridades así como a exigir efectividad, calidad y rapidez en la atención e instruya respecto del mismo a todo su personal administrativo y médico; c) que, como mínimo, durante los próximos cinco (5) años contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice cada 5 de agosto en su Sede Principal y en su Sede en Sincelejo un acto en conmemoración de Vivian Esther Almeyda Vergara; y d), que publique dentro del término perentorio de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta providencia y cada 5 de agosto durante los próximos 5 años, en tres diarios de amplia circulación nacional, el texto contenido en el fundamento jurídico 4.4.11 así como la parte resolutive de la presente sentencia.

## 5. Razón de la decisión

Cuando se presenten prescripciones medicas para la atención en salud con carácter urgente a menores de edad, las Empresas Promotoras de Salud deberán atender dichos requerimientos de manera prioritaria y diligente, con el fin brindar la protección de sus derechos, como sujetos de especial protección y evitar que se presenten situaciones como la que ocupa la atención de la Sala en el presente caso, en la que como consecuencia de la falta de atención y la interposición de barreras administrativas, Vivian Esther Almeyda Vergara, falleció.

En los casos como en el presente, que por la falta de la debida prestación de la atención en salud, el menor fallece, el juez constitucional mantiene la competencia para conocer de la vulneración de los derechos fundamentales de la menor y en virtud de que su protección ya no es posible, adoptar las medidas que garanticen la integridad de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión emitida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Sincelejo el día dieciocho (18) de agosto de dos mil once (2011) y proceder, a dictar medidas de protección de los derechos constitucionales.

SEGUNDO.- ADVERTIR a la ciudadana Vivian Patricia Vergara Benedetti, que puede acudir a la jurisdicción ordinaria para reclamar la reparación del daño sufrido y todo aquello a lo que considere que tiene derecho.

TERCERO.- COMPULSAR COPIAS a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Fiscalía General de la Nación y a la Superintendencia Nacional de Salud, para lo de su competencia.

CUARTO.- ORDENAR a Humana Vivir S.A. EPS, que cuelgue una placa de 50 centímetros por 70 centímetros en lugar destacado y visible a la entrada de todas sus establecimientos en los que se preste atención al público en Colombia, en las que destaque de manera clara y

expresa la obligación en cabeza de las personas que prestan atención en salud a nombre de Humana Vivir S.A EPS de proteger en todo momento los derechos constitucionales de las niñas y de los niños y, especialmente, sus derechos constitucionales a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad.

QUINTO.- ORDENAR a Humana Vivir S.A EPS, que dentro del término de seis meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia establezca un Protocolo para la Atención de Urgencias Médicas -con especial énfasis en los menores de edad- en sus IPS y con las que tenga convenio, encaminado a fijar prioridades así como a exigir efectividad, calidad y rapidez en la atención e instruya respecto del mismo a todo su personal administrativo y médico.

SEXTO.- ORDENAR a Humana Vivir S.A EPS que, como mínimo, durante los próximos cinco (5) años contados a partir de la notificación de la presente providencia, realice cada 5 de agosto, en su Sede Principal y en su Sede en Sincelejo, un acto en conmemoración de Vivian Esther Almeyda Vergara.

SÉPTIMO.- ORDENAR a Humana Vivir S.A EPS, que publique dentro del término perentorio de ocho (8) días contados a partir de la notificación de esta providencia y cada 5 de agosto durante los próximos 5 años, en tres diarios de amplia circulación nacional, el texto contenido en el fundamento jurídico 4.4.11 así como la parte resolutive de la presente sentencia.

OCTAVO.- INSTAR al Defensor del Pueblo para que efectúe el debido seguimiento, respecto del estricto cumplimiento de este fallo y remita a la Corte Constitucional un informe completo sobre el particular.

NOVENO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 La demanda de tutela fue presentada el 4 de agosto de 2011 y admitida mediante auto del 5 de agosto del mismo año. Cf. folios 1-13 del cuaderno 1. En adelante, los folios a los que se haga referencia en la presente sentencia forman parte del cuaderno 1, salvo que se exprese lo contrario.

2 En la Epicrisis se tiene como diagnóstico de egreso: “1) Recién nacido termino peso para edad gestacional de 38 semanas; 2) Síndrome de dificultad respiratoria precoz por: 8) [sic] hipertensión pulmonar persistente b) neumonía connatal??; 3) Enfermedad de membrana hiliar IV -2 dosis de surfactante; 4) Asfixia perinatal severa - post reanimado; 5) Insuficiencia respiratoria aguda-IOT-AVM; 6) RN con malformaciones óseas a estudiar; 7) Malformación de vermix cerebeloso ecográfica (sic) prenatal; 8) Cardiopatía congénita cianósante tipo atresia pulmonar + CIV [comunicación interventricular] + CIA [comunicación interauricular] + DAP [ductus arterioso persistente] en tto con prostaglandinas; 9) Sepsis potencial precoz”. (Corchetes fuera del texto y se subraya) Folio 19.

3 Orden de remisión visible a folio 9.

4 Folio 9.

5 Folio 1.

6 Folio 2.

7 Folio 2.

8 Folios 17 y 18.

9 Folio 17.

10 La defunción de la recién nacida fue corroborada por el juez de instancia mediante comunicación telefónica con la madre de la menor. Folio 37.

11 Folio 38.

12 En Auto del veinte (20) de octubre de dos mil once (2011) de la Sala de Selección de tutela No 10 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

13 Cf. Registro Civil de Nacimiento visible a folio 11.

15 Folio 2.

16 Cf. Constitución Política, art. 86; D. 2591/91, art. 42

17 Cf. Sentencia T-963 de 2010.

18 Cf. Sentencia 873 de 2001

19 Cf. Sentencias T-722 de 2003, T-428 de 1998, T-107 de 2007, T-449 de 2008 y T-495 de 2010.

20 Cf. Sentencias T-803 de 2005, T-758 de 2003, T-873 de 2001, T-498 de 2000, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995, entre otras.

21 Cf. Sentencias T-803 de 2005, SU-667 de 1998, T-428 de 1998 y T-476 de 1995.

22 Cf. Sentencias T-461 de 2011, T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

23 Cf. Sentencias T-170 de 2009 y T-576 de 2008.

24 Cf. Sentencia T-842 de 2011.

25 El concepto de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales nace en esta famosa sentencia, conocida como el fallo Lüth, del Tribunal Constitucional Federal Alemán. BVerfGE 7, 198 (204) del 15 de enero de 1958.

26 Cf. Sentencias T-596 de 1992, T-406 de 1992, SU-111 de 1997, SU-913 de 2009, T-963 de 2010 y C-104 de 1993, entre otras.

27 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

28 Cf. Sentencia C-587 de 1992.

29 Op. Cit. Teoría de los derechos fundamentales.

30 Op. Cit. BVerfGE 7, 198 (204).

31 En la Sentencia T-016 de 2007 la Corte, consideró “artificial” tener que recurrir al criterio de conexidad para poder amparar el derecho constitucional a la salud, para lo cual expuso: “Hoy se muestra artificial predicar la exigencia de conexidad respecto de derechos fundamentales los cuales tienen todos – unos más que otros – una connotación prestacional innegable. Ese requerimiento debe entenderse en otros términos, es decir, en tanto enlace estrecho entre un conjunto de circunstancias que se presentan en el caso concreto y la necesidad de acudir a la acción de tutela en cuanto vía para hacer efectivo el derecho fundamental. Así, a propósito del derecho fundamental a la salud puede decirse que respecto de las prestaciones excluidas de las categorías legales y reglamentarias únicamente podrá acudirse al amparo por vía de acción de tutela en aquellos eventos en los cuales logre demostrarse que la falta de reconocimiento del derecho fundamental a la salud (i) significa a un mismo tiempo lesionar de manera seria y directa la dignidad humana de la persona afectada con la vulneración del derecho; (ii) se pregona de un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) implica poner a la persona afectada en una condición de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer ese derecho”

32 Sentencia T-176 de 2011.

33 En ese sentido esta Corporación en la Sentencia T-175 de 2002, precisó que lo que pretende la jurisprudencia con dicho postulado es: “respetar un concepto de vida no limitado

a la restrictiva idea de peligro de muerte, ni a la simple vida biológica, sino a consolidar un sentido más amplio de la existencia que se ate a las dimensiones de dignidad y decoro. Lo que se busca con dicha noción es preservar la situación existencial de la vida humana en condiciones de plena dignidad, ya que, al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable, en la medida de lo posible. De allí, que también el concepto de derecho a la salud, cuando va aparejado de su conexidad con la vida, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento.”

34 Cf. Sentencia T-096 de 1999.

35 Cf. Sentencia C-507 de 2004.

36 Ley 1098 de 2006, artículo 9º: “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

37 Ley 1098 de 2006, artículo 27º: “Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud. [...] PARÁGRAFO 1º. Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes.”

38 Ley 1098 de 2006, artículo 46: “Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes: [...] 5. Garantizar atención oportuna y de calidad a todos los niños, las niñas y los adolescentes, en especial en los casos de urgencias.”

39 Otros convenios internacionales son: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley 16 de 1972 (artículo 19), Declaración de los Derechos del Niño (Principio 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley 319 de 1996 (Artículo 16).

40 Artículo 24 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

41 Ver entre muchas otras las sentencias SU-111 de 1997; T-322 de 1997, SU-480 de 1997 y T-964 de 2007.

42 Cf. Sentencia T-127 de 2007.

43 Ver entre otras las sentencias T-801 de 2004, T-1008 de 2004, T-656 de 2005, T-762 de 2005, T-152 de 2006. En la sentencia SU-225 de 1998 la Corte confirmó un fallo que había tutelado los derechos fundamentales de 418 niños ordenando “que los menores accionantes reciban en forma gratuita las dosis o vacunas que sean de su caso en específico, para prevenir o controlar la enfermedad de la meningitis”

44 Artículo 156 literal c) Ley 100 de 1993.

45 El contenido del Plan Obligatorio de Salud esta consagrado en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009 de la Comisión de Regulación en Salud -CRES- (Modificado por el Acuerdo 25 y 21 de 2011). Igualmente, la Resolución 5261 de 1994 contempla el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Y mediante los Acuerdos 004 y 011 de 2010, la CRES extendió los beneficios del POS contributivo a los niños y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado.

46 En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en diversas providencias, entre ellas en la sentencia T-1016 de 2006.

47 Cf. Sentencia T-244 de 1999.

48 Cf. Sentencia T-635 de 2001.

49 Cf. Sentencia T-881 de 2003.

50 Cf. Sentencia T-956 de 2004.

51 Epicrisis visible a folio 19.

52 Folio 9.

53 Ver Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud.

54 Lo antes dicho no fue controvertido por la entidad demandada. Por lo tanto, en atención al principio pro homine, la Sala debe dar aplicación al principio de buena fe consagrado en el artículo 83 C.P, el cual dispone: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstos”, motivo por el cual valorará aquellas manifestaciones de la accionante que no fueron controvertidas ni desvirtuadas por la entidad accionada, encontrándose dentro de sus posibilidades fácticas la capacidad de hacerlo.

55 Folio 1.

56 Folio 3.

57 Folio 15.

59 Véase en especial la sentencia T-576 de 2008.

60 Orden de remisión.

61 De acuerdo con la orden de remisión: “actualmente y a la fecha el paciente es trasladable por vía terrestre o aérea en ambulancia medicalizada”.

62 Folio 1.

63 Máxime, cuando tanto la cirugía como el traslado se encuentran incluidos en el POS-C de acuerdo con el artículo 50 y 52 el Acuerdo 008 de 2009, vigente al momento de ocurrencia de los hechos, y habiendo sido prescritos por su médico tratante (cf. nota 3 y 4)

64 Por ejemplo, en la sentencia T-695 de 2007 la Corte, en un caso en el cual una EPS se negó a prestarle un servicio de salud a un menor por encontrarse fuera de su red de

prestadores, dada la complejidad de la afección del menor, ordenó: “Segundo.- Ordenar a Sanitas EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo, en caso de que aún no lo haya hecho, adopte las medidas necesarias para brindar al menor Miguel Ángel Jiménez Romero el tratamiento integral por personal especializado para el Trastorno Generalizado del Desarrollo no Especificado (autismo atípico) que padece, en los términos indicados por el médico tratante. Si la EPS Sanitas S.A. no cuenta dentro de su red contratada con una institución que pueda prestar los servicios especializados para el tratamiento del Trastorno Generalizado del Desarrollo no Especificado (autismo atípico), deberá contratarlos, al menos para atender el caso concreto siguiendo lo dispuesto por el médico tratante.”

65 En el numeral 5º del artículo 8º del Acuerdo 008 de 2009 de la CRES la atención de urgencias “se define como la prestación oportuna de servicios de atención en salud mediante actividades, procedimientos e intervenciones en una institución prestadora de servicios de salud, para la atención de usuarios que cumplan con las condiciones definidas en el numeral 40 del presente artículo y en el capítulo 5 del presente Acuerdo” y a su vez la urgencia es definida en el numeral 40 del mismo artículo como: “la alteración de la integridad física, funcional y/o mental de una persona, por cualquier causa, con cualquier grado de severidad que comprometen su vida o funcionalidad y que requieren acciones oportunas de los servicios de salud a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas permanentes o futuras”.

66 La Corte en la sentencia C-1041 de 2007 al analizar la constitucionalidad del inciso primero del artículo 15 de la Ley 1122 de 2007, expuso: “Por otra parte, considera esta Corporación que la limitación a la contratación del valor de los gastos de salud tampoco puede afectar los servicios de urgencia prestados por las IPS, pues de ser así no sólo se afectaría el derecho a la atención de la salud de los usuarios del sistema, sino también se pondrían en riesgo otros derechos fundamentales tales como la vida, el mínimo vital, la dignidad humana o la integridad personal del afiliado. En efecto, por sus características la atención de urgencia implica la pronta provisión de servicios en salud los cuales no pueden ser diferidos por las instituciones prestadoras bajo ninguna circunstancia. En consecuencia, también se condicionará la disposición acusada en el sentido que en todo caso se deberán atender los eventos de urgencia”.

67 Ver nota al pie No. 60.

68 Ver entre otras la sentencia T-635 de 2001.

69 Op. Cit. T-107 de 2007.

70 Cf. Nota 60.

71 Sentencia T-576 de 2008.