

T-791-14

Sentencia T-791/14

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-

Requisitos

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Abuela en representación de nieto quien se encuentra con discapacidad permanente por accidente de tránsito

DERECHO A LA SALUD-Bloque de constitucionalidad e instrumentos internacionales de protección

JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Evolución jurisprudencial

La Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud, superando la noción inicial seguida por esta Corporación según la cual el derecho a la salud era fundamental cuando estaba en conexidad con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana, o cuando el sujeto que requería su garantía era de aquellos que merecen una especial protección constitucional. Por ello, en principio, el derecho a la salud reviste el carácter de fundamental autónomo y su negativa puede controvertirse mediante acción de tutela.

DERECHO A LA SALUD-Línea jurisprudencial sobre los límites razonables y justificables constitucionalmente

SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS, TRATAMIENTOS Y PROCEDIMIENTOS EXCLUIDOS DEL POS-
Requisitos

Existen dos tipos de servicios, los incluidos y los no incluidos en el P.O.S. No obstante, “toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido”. Por tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y éste le es negado debido a un trámite administrativo, tal situación constituye un hecho que vulnera su derecho a la salud. Para establecer en qué casos una persona puede acceder a un servicio no P.O.S. la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos, a saber: “a. Que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; c. Que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y d. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”.

INCAPACIDAD ECONOMICA-Carga de la prueba es de EPS demandada

Esta Corte ha expuesto que si el peticionario afirma no tener recursos económicos suficientes para costear la prestación del servicio de salud requerido, tal hecho debe presumirse cierto. Sin embargo, tal presunción puede ser desvirtuada por parte de la obligada a prestar el servicio, pues las E.P.S. tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, y por tanto, están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Salud integral

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-La prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y de calidad

DERECHO AL DIAGNOSTICO-Fundamental como parte de la salud

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Imposibilidad de

interrumpir de manera intempestiva servicio médico cuando no se ha logrado el restablecimiento pleno de la salud del paciente

La jurisprudencia de la Corte Constitucional establece el derecho a que a toda persona le sea garantizada la continuidad del servicio de salud. Es decir, que una vez que se ha iniciado un tratamiento éste no puede ser interrumpido de manera imprevista, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Frente a ello, es importante mencionar que la interrupción de un tratamiento, puede tener origen en la imposibilidad de transporte del paciente.

SERVICIO DE TRANSPORTE SE ENCUENTRA INCLUIDO DENTRO DEL POS-Eventos en que debe ser asumido por la EPS

DERECHO A LA SALUD Y TRANSPORTE COMO MEDIO PARA ACCEDER A SERVICIOS MEDICOS

El servicio de transporte para el acceso al derecho fundamental a la salud está incluido en el P.O.S. en los eventos en que: (i) el médico tratante autorice un determinado tratamiento o procedimiento y (ii) no pueda prestarse en la I.P.S. ubicada en las cercanías del lugar de residencia del usuario, o el paciente no tenga la posibilidad de desplazarse por sus propios medios y requiera un medio de transporte especializado. Además, deberá ser cubierto por las E.P.S. cuando ésta no demuestre que el usuario o las personas que integran su núcleo familiar tengan capacidad económica para pagar el costo del traslado a las entidades prestadoras del servicio.

SERVICIO DE TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES-Inclusión en el Plan Obligatorio de Salud, tanto para el régimen contributivo como para el régimen subsidiado

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud

DERECHO A LA LIBRE ESCOGENCIA DE IPS-No es absoluto

El derecho a la libre escogencia no tiene carácter absoluto, pues está condicionado a requisitos necesarios para el correcto funcionamiento del sistema de salud. En la Sentencia T-436 de 2004, se expuso que los afiliados debían cumplir con períodos mínimos de

permanencia, los cuales propenden por la sostenibilidad financiera del sistema, sin que ello pueda erigirse en óbice para el incumplimiento de las E.P.S. de sus obligaciones constitucionales de disfrute y goce efectivo del derecho fundamental a la salud (i.e. cuando la prestación del servicio es mala o se suspende el mismo de manera injustificada).

DEBIDO PROCESO EN INVESTIGACION DE ACTOS PUNIBLES-Vulneración por dilación injustificada de los procesos penales

El funcionario encargado de adelantar la investigación debe adelantar las actuaciones pertinentes y conducentes para formular la imputación dentro del plazo que el legislador consideró razonable para tal fin. Actuar por fuera de ese término, o no actuar de manera diligente dentro del mismo, vulnera el derecho fundamental al debido proceso y faculta al interesado a solicitar el amparo de sus garantías constitucionales por medio de la acción de tutela.

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional y en los tratados y convenios internacionales

DERECHO A LA EDUCACION DE NIÑOS Y NIÑAS EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Reglas relativas a componentes de acceso, disponibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad

Los niños y niñas son titulares del derecho fundamental a la educación sin importar las limitaciones físicas o cognitivas que presenten. Por esta razón, de llegarse a presentar una situación que genere discapacidad, el Estado debe eliminar las barreras que impidan el goce y disfrute efectivo de esa garantía, a través de la inclusión en el sistema tradicional, o en el especializado cuando las circunstancias lo ameriten (i.e. cuando sea imposible garantizar la disponibilidad, el acceso, la aceptabilidad, la permanencia o adaptabilidad).

EDUCACION ESPECIAL PARA MENORES DISCAPACITADOS-Subreglas que se fijan

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS brinde atención integral que incluye suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, terapias y realización de exámenes diagnósticos a joven con discapacidad permanente por accidente de tránsito

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE

DISCAPACIDAD-Orden a EPS suministre silla de ruedas, silla de baño, colchón antiescaras, transporte y enfermería a joven quien se encuentra con discapacidad permanente por accidente de tránsito

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA E IGUALDAD DE PERSONA EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a Secretaría de Educación y Cultura municipal preste el servicio de educación especial y personalizada a joven con discapacidad permanente por accidente de tránsito

Referencia: expediente T-4.300.490

Acción de tutela instaurada por Luz Marina Arias Páez como agente oficiosa de su nieto Andrés Fabián Núñez Clavijo contra la Fiscalía General de la Nación, Seguros del Estado, Carlos Humberto Lozano Manjarrés y Salud Total E.P.S.

Magistrada (e) Ponente:

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil catorce (2014).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa, el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva y la Magistrada (e) Martha Victoria Sáchica, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en el artículo 241, numeral 9° de la Constitución Política y en el artículo 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por la Subsección A de la Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013) en primera instancia y por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014) en sede de apelación, mediante los cuales se resolvió la acción de tutela promovida por la Luz Marina Arias Páez como agente oficiosa de su nieto Andrés Fabián Núñez Clavijo contra la Fiscalía General de la Nación, las entidades Seguros del Estado y Salud Total E.P.S., y el ciudadano Carlos

Humberto Lozano Manjarrés.

I. ANTECEDENTES

Luz Marina Arias Páez, en calidad de agente oficiosa de Andrés Fabián Núñez Clavijo de 17 años de edad, instauró acción de tutela, por intermedio de la Defensora Pública Claudia Isabel Arévalo, al considerar que la Fiscalía General de la Nación, las entidades Seguros del Estado y Salud Total E.P.S., y el ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés, vulneraron sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la integridad personal y al debido proceso, con base en los siguientes

1. Hechos

1.1 Andrés Fabián Núñez Clavijo, fue atropellado el catorce (14) de junio de dos mil doce (2012), en la Avenida Autopista Sur Diagonal 7, Localidad de Soacha, por un vehículo identificado con la placa OFK 065, conducido por Carlos Humberto Lozano Manjarrés.

1.2 Como consecuencia, el menor fue trasladado a la unidad de urgencias del Hospital de Occidente de Kennedy, en donde se profirió el siguiente diagnóstico: “alteración de estado de conciencia, paciente con estado soporte ventilatorio con glasglow de 7, otorragia izquierda, fractura de peñasco bilateral lineales, fractura parietal izquierda no desplazada, hematoma subdural trauma cráneo encefálico severo, hematoma epidural derecho, temporal, hematoma subdural izquierdo fractura de base de cráneo, y efmodal HSA grado uno, con pop catéter de ventriculostomía, por choque de diferentes orígenes, neuroinfección, veninculosis, alta lesión neurológica, fractura de clavícula izquierda, zona de isquemia en tallo y mesencéfalo alta sospecha de lesión axomal difusa severa, ahora con disautonomías del sistema nervioso central, traqueostomía y gastronomía (sic) en muy mal pronóstico funcional”[1].

Posteriormente, el veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012), el Instituto Nacional de Medicina Legal, determinó que Andrés Fabián Núñez sufrió: “Trauma Craneoencefálico Severo, con compromiso de lóbulo temporal y mesencéfalo, que afecta el habla y el sistema motriz de las cuatro extremidades, alterando su desempeño funcional”. Con base en este dictamen, se prescribió una incapacidad inicial de 50 días y se ordenó nueva revisión[2].

1.3 En la acción de tutela se expone que el accidente le produjo secuelas físicas y emocionales tan graves que en una valoración médica posterior, efectuada el 29 de octubre de 2012 por medicina legal[3] su incapacidad fue catalogada como definitiva, teniendo en cuenta su deformidad física, la perturbación funcional en su locomoción y la afectación del sistema nervioso central[4]. En ese sentido, manifiesta que actualmente padece de serias dificultades para el desarrollo de su vida, dependiendo de terceras personas para desarrollar sus actividades diarias “pues ni sus roles ni los de su familia serán los mismos, no pudo continuar con sus estudios, sus actividades principales, padece serios dolores por los traumas ocasionados en el accidente de tránsito como crisis de ansiedad, crisis de estrés, ataques de parálisis, mal humor. A su turno, también padece como secuela de la colisión, a nivel físico: dolores de cabeza permanentes, malestares.”[5].

1.5 De otra parte, la demandante señala que Salud Total E.P.S. no ha cumplido con su deber legal de garantizar un servicio óptimo, integral y continuo, toda vez que a pesar de reiteradas solicitudes, no ha autorizado el tratamiento de rehabilitación prescrito, ni los insumos requeridos para el bienestar del menor, omitiendo la difícil situación económica que atraviesa el núcleo familiar, por los escasos ingresos de la madre quien responde por otros dos menores.

1.6 La ciudadana Luz Marina Arias Páez, abuela del menor Andrés Fabián Núñez Clavijo y quien actúa como su agente oficiosa, afirma que actualmente está encargada de cuidar de su nieto, pero que carece del conocimiento especializado que se requiere para ello, además de no tener las fuerzas adecuadas debido a su edad, razón por la cual necesita de manera urgente ayuda profesional, toda vez que el menor presenta períodos de depresión causado por frecuentes ataques de parálisis. Aunado a ello, expone que no tiene recursos económicos suficientes para sufragar por su cuenta, los tratamientos prescritos por el médico tratante y que Salud Total E.P.S. se niega a autorizar.

1.7 Con relación a los padres del menor, la solicitud de amparo señala que son personas con precarios recursos económicos, que trabajan tiempo completo, debido a que tienen que proveer sus necesidades básicas y las de sus tres hijos menores de edad.

1.8 Con fundamento en lo anterior, solicitó que se tutelén los derechos fundamentales de Andrés Fabián Núñez Clavijo, al debido proceso, a la salud, a la vida en condiciones dignas,

a la igualdad, a la verdad, a la justicia, a la reparación, a un recurso judicial efectivo, a la participación, a recibir un trato digno, a no ser revictimizado, a la resolución de las peticiones, a la prevalencia de las garantías de los niños[6], las cuales materializan en las siguientes acciones:

(i) se inicien las investigaciones administrativas y judiciales a favor de la dignidad humana por falta de tratamiento integral.

(ii) que la Fiscalía se comprometa a cumplir con su debida diligencia y celeridad y en consecuencia designar un fiscal que garantice el procedimiento y las actuaciones que se deben desplegar dentro del mencionado proceso penal del cual es víctima el menor de edad Andres Fabián Núñez.

(iii) que se brinde tratamiento médico y jurídico legal, correspondiente debido a las lesiones ocasionadas en la humanidad del menor.

(iv) que se programe una audiencia de formulación de imputación y continuación del proceso sin dilación alguna, como quiera que se estaría frente a una revictimización.

(v) que se exhorte a la Fiscalía General de la Nación para que adopte mecanismos que garanticen que las investigaciones que realice con ocasión de presuntas agresiones contra niños y las demás víctimas sean adelantadas con celeridad y prioridad, así como por funcionarios capacitados para entender las necesidades especiales de los niños y las mujeres en el proceso penal.

(vi) que le ordenen asistencia integral con enfermera a domicilio y servicio médico a su residencia.

(vii) que le ordenen servicio de transporte para asistir a los tratamientos que le presten.

(viii) que le suministren una silla de ruedas en óptimas condiciones, colchón antiescaras y silla para baño.

(ix) que le ordenen fisioterapias y demás tratamiento integral para su recuperación.

(x) que le ordene las valoraciones y terapias de lenguaje, terapia ocupacional, tratamiento

neuropsicología, psicología y psiquiatría.

(xi) que le ordenen los procedimientos prescritos por la Clínica Retornar.

(xii) que la Fiscalía informe si el vehículo involucrado en el accidente que sufrió el menor Andrés Fabián Núñez Clavijo pertenece al servicio público, si es una ambulancia o una ruta privada, si tiene seguro de responsabilidad civil extracontractual y que suministre todos los datos que permitan individualizar a la persona que debe responder económicamente por los perjuicios generados por el siniestro[7].

(xiv) que no se le exijan pagos de cuotas moderadoras, debido a su situación económica y que su patología está enmarcada dentro de las denominadas enfermedades catastróficas.

2. Trámite dado a la acción de tutela

El veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013), la Subsección A de la Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la tutela y comunicó a la Fiscalía General de la Nación, a las entidades Seguros del Estado y Salud Total E.P.S., y al ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés, del contenido de la misma para que ejercieran los derechos de contradicción y defensa sobre los hechos y pretensiones expuestos en la presente solicitud de amparo.

2.1. Pronunciamiento de la Fiscalía General de la Nación

La Dirección Nacional de Fiscalías, señaló que la Fiscalía Segunda Local de Soacha adelanta indagación por el delito de lesiones personales culposas al ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés, por el accidente en el cual resultó herido el menor Andrés Fabián Núñez Clavijo.

De otra parte, el Fiscal Segundo del municipio de Soacha manifiesta que no ha dilatado el proceso "... de hecho los afectados han tenido acceso a la administración de justicia sin inconvenientes" y en ese sentido solicitó negar las pretensiones de la solicitud de amparo con base en las siguientes consideraciones:

(i) El representante del núcleo familiar afectado se ha hecho presente una sola vez en

el despacho y en dicha ocasión le fue suministrada la información requerida.

(ii) Contrario a lo expuesto en la acción de tutela, el expediente no ha sido reconstruido pues fue recepcionado en 59 folios, además sí se convocó audiencia de conciliación para el dos (2) de mayo de dos mil trece (2013), pero como las partes no asistieron, se citó nuevamente para el diecisiete (17) de julio del mismo año, pero en esa ocasión no se presentó el representante de la víctima.

De otra parte, señaló que se ha realizado la remisión y reparto de las diligencias a la Fiscalía el 14 de agosto de 2013, por tanto no puede hablarse de mora porque se ha elaborado el programa metodológico y dado órdenes a la policía judicial. Así las cosas, considera que las actuaciones relacionadas se han adelantado con diligencia y celeridad.

(iii) Finalmente afirmó que la formulación de la imputación es potestad de la Fiscalía y por tanto, se solicitará cuando el informe de la Policía Judicial esté completo. Añadió, que el término máximo de dos años fijado por la ley (art 175 C.P.P), no ha sido superado y por ello, la tutela es improcedente.

2.2. Pronunciamiento efectuado por Seguros del Estado S.A.

La dirección jurídica de siniestros del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (en adelante S.O.A.T.) de esa entidad, solicitó negar el amparo reclamado y su desvinculación al proceso con base en las siguientes consideraciones:

(i) Seguros del Estado S.A. efectuó 4 pagos al Hospital de Kennedy con ocasión del siniestro, por los gastos en que incurrió para la atención del agenciado por un valor total de nueve millones cuatrocientos ochenta y un mil pesos (\$9.481.000)[8].

(ii) La aseguradora no está facultada para ordenar pagos relacionados con la prestación de servicios de salud, como lo establece el Decreto 4747 de 2007, es decir, en atenciones de víctimas por accidentes de tránsito, pues ellos actúan como administradoras de recursos de un plan de beneficios. Como soporte de ello, citó la Sentencia T-111 de 2003, de la cual se extrae esa regla jurisprudencial.

2.3. Pronunciamiento de Salud Total E.P.S.

La entidad solicitó que se negara el amparo exigido, porque en su concepto no se ha vulnerado ninguna garantía constitucional. Para tal efecto, expuso los siguientes argumentos:

(i) Salud Total E.P.S. no ha negado los servicios prescritos por el médico tratante del menor o por personal adscrito a su red de prestadores de salud, garantizando de esta manera una cobertura integral; de hecho, ha autorizado valoraciones en el hogar del usuario, once terapias del lenguaje, doce de fisioterapia, dos de psicología y una de neurología, entre el período de junio a noviembre de dos mil trece (2013) y se programó una cita con especialista en fisiatría para el veintiocho (28) de noviembre del mismo año.

(ii) Posterior al examen del veintiocho (28) de noviembre de dos mil trece (2013), efectuará el estudio respecto a la pertinencia de los servicios de enfermería y transporte en ambulancia.

(iii) Su Comité Técnico Científico aprobó la realización de las pruebas neuropsicológicas con el propósito de identificar las habilidades afectadas y de esta manera orientar el tratamiento a seguir.

(iv) Revisó la solicitud de tratamiento de rehabilitación integral y decidió rechazar su autorización por no existir evidencia de que las alternativas del Plan Obligatorio de Salud (en adelante P.O.S.) no sean tengan resultados positivos en el paciente.

(v) Los servicios de silla de ruedas, servicio de transporte, servicio de enfermería, silla de baño, colchón antiescaras, no han sido prescritos por médicos adscritos a la red de prestadores de servicios de Salud Total E.P.S. y no hay evidencia que la falta de su suministro amenace los derechos fundamentales del menor.

(vi) No se configuran los requisitos señalados por la Corte Constitucional para que el juez de tutela inaplique las normas del sistema de seguridad social en salud y ordene el suministro de los insumos requeridos.

Finalmente, solicitó que en caso de concederse el amparo reclamado se ordene que el FOSYGA cancele el valor que Salud Total E.P.S. haya tenido que cubrir dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha que se efectúe la reclamación.

2.4. Pronunciamiento del ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés

3. Decisión en primera instancia

En decisión proferida el tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013), por la Subsección A de la Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó el amparo reclamado con base en las siguientes consideraciones:

(i) En la Fiscalía cursa proceso por el delito de lesiones culposas, sin embargo, no se verifica dilación alguna o vencimiento de términos.

(ii) Respecto a la seguridad social, se concluyó que la E.P.S. ha prestado los servicios de salud requeridos, tal como se desprende de la relación de autorizaciones concedidas, tendientes siempre a la rehabilitación del afectado.

(iii) Con relación a la póliza, advirtió que dentro del objeto social de la aseguradora que la respalda, no se encuentra la actividad de prestación de servicios médicos asistenciales; además, porque de conformidad con las disposiciones pertinentes del Código de Comercio, hay un desplazamiento de responsabilidad civil patrimonial hasta los montos que se hayan previsto; de ahí que la víctima o a quien se le haya causado el daño, en aras de lograr su efectividad, debe reclamar directamente o en colaboración jurisdiccional, sin que ello sea competencia del juez constitucional.

4. Impugnación del fallo

4.1. Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante impugnó el fallo con base en los mismos argumentos aportados en la presentación de la demanda, pero añadió que el afectado fue valorado por la Fundación Teletón, la cual recomendó un tratamiento especializado que no ha sido autorizado por la E.P.S.

4.2. También aportó la historia clínica del menor en la que se observa que sufre trastorno severo craneocefálico, compulsivo, lesión axonal difusa con marcha ATXICA, con ideas de muerte pasiva, por lo que necesita tratamiento integral.

4.3. A su vez, afirmó que la Fiscalía de Soacha no ha vinculado a los terceros responsables que deben acudir a la conciliación; además, no ha solicitado valoración

integral, síquica y siquiátrica para determinar las secuelas definitivas presentada por el menor. Aunado a lo anterior, señaló que a la fecha de presentación de la impugnación, la Fiscalía no ha recaudado el material probatorio necesario para reconstruir los hechos (videos de la zona, entrevistas a agentes que conocieron del impacto), para llevar a cabo la investigación[9].

Finalmente solicitó que no se le exijan pagos de cuotas moderadoras, debido a su situación económica y a que su patología está enmarcada dentro de las denominadas enfermedades catastróficas.

5. Sentencia de Segunda Instancia

5.1. En providencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014), se confirmó el fallo de primera instancia. La ponencia consideró que Salud Total E.P.S. demostró que su equipo médico además de haber reconocido la grave condición que padece el afectado, autorizó servicios de salud requeridos y que fueron prescritos por el médico tratante, razón o la cual concluyó que no se verificó la negación de servicios alegada (i.e. se probó que el C.T.C. autorizó las pruebas de neuropsicología solicitadas)[10].

5.2. Respecto del tratamiento de rehabilitación integral, señaló que el CTC fue claro al negar tal petición, por no existir evidencia de que las alternativas POS no han arrojado resultados, tal como lo exige la Resolución 3099 de 2008, artículo 6 literal C. Precisó, por su parte, que los insumos fueron correctamente negados al no mediar orden médica que avalara su necesidad y que el transporte fue negado toda vez que las condiciones excepcionales que autorizan su suministro no fueron debidamente demostradas; además, porque el mismo debe ser cubierto por el usuario o por sus familiares en virtud del principio de solidaridad.

5.3. Señaló que el joven ha sido atendido por múltiples especialistas, específicamente en terapia física y del lenguaje, de manera continua, razón por la cual ha procurado, en todo momento, por el mejoramiento de su salud y su calidad de vida. Así las cosas, en su criterio, Salud Total E.P.S. ha cumplido con sus obligaciones de manera idónea y eficaz.

5.4. Con relación a la falta de diligencia por parte de la Fiscalía, expuso que la

dependencia asignada ha adelantado oportunamente las diligencias requeridas, por lo que no se ha desconocido derecho alguno. Sobre los terceros no vinculados, aclaró que si lo pretendido es la reparación de los perjuicios morales y materiales causados al joven, como consecuencia del accidente sufrido, estos, a criterio de las víctimas directas e indirectas podrán reclamarse: (i) directamente a la compañía de seguros que amparaba al vehículo; (ii) en el trámite del incidente de reparación integral una vez se haya emitido sentido del fallo; o (iii) en proceso de responsabilidad civil extracontractual, mecanismos que aún no han sido agotados por la parte actora.

6. Pruebas que obran en el expediente

La Sala considera relevante la siguiente información para adoptar una decisión:

6.1. Pruebas aportadas con la presentación de la solicitud de amparo.

6.1.1. Copia del Informe Policial de Accidente de Tránsito N° 25754000 del 14 de junio 2012, suscrito por la Policía de Soacha, que reseña la ocurrencia de un accidente de tránsito a las 15:00 horas, en la carrera 6 No. 3-36 E del municipio de Soacha, en la cual se identifica al ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés como conductor del vehículo marca Ford, de placa OFK 065, involucrado en el accidente que sufrió el menor Andrés Fabián Núñez Clavijo[11].

6.1.2. Copia de solicitud de valoración médico legal al menor Andrés Fabián Núñez, respecto de las lesiones reportadas, suscrita por la Unidad de Denuncias de Soacha el 17 de julio de 2013[12].

6.1.3. Copia de Certificado de Tradición N° 4798 expedido el 6 de septiembre de 2012 por la Dirección de Tránsito y Transporte de Cundinamarca. Allí se establece que la actual propietaria del vehículo Ford de placa OFK065 es la señora Sandra Liliana Reyes[13].

6.1.4. Copia de la cédula de ciudadanía y la licencia de conducción del señor Carlos Humberto Lozano Manjarrés, así como del seguro de amparo expedido por Seguros del Estado, donde figura el señor Lozano como tomador[14].

6.1.5. Informe Técnico Médico Legal de Lesiones No Fatales expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal de Soacha, el 29 de octubre de 2012, en el cual se determina

una incapacidad médico legal de cincuenta (50) días, deformidad física que afecta el cuerpo de carácter a definir, perturbación funcional de órgano de la locomoción por establecer y otras secuelas por determinar en el curso del tratamiento al menor Andrés Fabián Núñez[15].

6.1.6. Declaración juramentada que como mujer cabeza de familia y madre de tres hijos, rinde la señora Claudia Clavijo, progenitora del menor Andrés Fabián Núñez, en la Notaría Segunda de Soacha el 5 de agosto de 2013[16].

6.1.8. Copia de “Gestión Directa” No. 1105, diligenciada en el Centro de Atención Ciudadana de la Defensoría del Pueblo el 8 de octubre de 2012, dirigida a la Jefatura de Servicios Generales a Usuarios de Salud Total a petición de la madre de Andrés Fabián Núñez Clavijo.[18].

6.1.9. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Claudia Patricia Clavijo Arias, madre del agenciado[19].

6.1.10. Copia de la tarjeta de identidad del joven Andrés Fabián Núñez Clavijo y del carné de beneficiario del Sistema de Salud expedido por Salud Total E.P.S.[20].

6.1.11. Copia de órdenes médicas expedidas por la Clínica Retornar del 23 de julio de 2013, en las que se solicita ingreso al programa de rehabilitación integral del menor Andrés Fabián Núñez y se solicitan tres sesiones para aplicación de pruebas neuropsicologías[21].

6.1.12. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Luz Marina Arias Páez, abuela del agenciado[22].

6.1.13. Copia de la respuesta remitida a la Señora Claudia Patricia Clavijo, el 24 de octubre de 2012 por Salud Total E.P.S., en la que se dice que el paciente se encuentra inscrito en el programa de domiciliario “en casa” de la Institución Prestadora de Servicio (en adelante I.P.S.) VIRREY SOLIS. Se aceptó incumplimiento por parte de la I.P.S. ASISTIRTE S.A.S y que en consecuencia se ordenaron autorizaciones para que las terapias se realicen de inmediato por la I.P.S. THERAPY CHILDREN´S S.A.S. Sobre la cita de nutrición se reportó que el paciente no asistió a la cita programada el 24 de abril de 2012 y posteriormente fue

cancelada el 19 de septiembre del mismo año. Respecto al TAC se verifica autorización y la orden de terapias físicas, ocupacionales y del lenguaje -30 de cada una-. Finalmente, se dijo que la intención de la E.P.S. era servir al usuario de manera oportuna e idónea[23].

6.1.14. Copia de Informe de evaluación neuropsicológica período julio - octubre de 2013, emitido por la Clínica Retornar S.A.S. En él se concluye que el paciente presenta fallas generalizadas de funciones cognitivas dados los antecedentes de TCE. En vista de ello, se sugirió realizar rehabilitación integral, inmediata e intensiva por diversas especialidades como: neuropsicología, fonoaudiología, terapia ocupacional, terapia física y fisioterapia; así mismo, se recomendó vinculación en sistema académico. Finalmente, se sugiere realizar seguimiento con psiquiatría dado el compromiso comportamental y emocional del paciente, así como seguimiento por neuropsicología en doce meses posterior al proceso de rehabilitación e inclusión escolar[24].

6.1.15. Copia de orden de Plan de Tratamiento emitido por la Fundación Teletón de 2 de octubre de 2013[25].

6.1.16. Copia de orden médica del 28 de noviembre de 2013 suscrita por el especialista en fisioterapia, vinculado a la I.P.S Virrey Solís, en el que se ordena TCE de sueño, rehabilitación integral, terapia física, ocupacional y del lenguaje[26].

6.1.17. Copia de Hoja de Ingreso a Clínica Retornar S.A.S del 28 de noviembre de 2013, en donde aparece que fue atendido por psiquiatría. En el Plan de manejo se ordena rehabilitación integral de manera continua[27].

6.1.18. Copia Historia Clínica de Salud Total E.P.S. expedida el 28 de noviembre de 2013 emitida por el especialista en fisioterapia y rehabilitación[28].

6.2.1. Copia del Informe Ejecutivo Caso No. 257546108002201280947 expedido por la Policía Nacional en el que se reporta los hechos ocurridos el 14 de junio de 2012 en la Auto sur carrera 4ª Frente Diagonal 7, en donde se reporta como víctima al menor Andrés Fabián Núñez Clavijo e imputado el señor Carlos Humberto Lozano Manjarrés[30].

6.2.2. Copia de Informe de Investigador de Laboratorio -FPJ 13-, expedido por la Policía Judicial el 21 de junio de 2012, en el que se realiza estudio técnico para identificar el

automotor Ford, tipo ambulancia de placas PFK 065[31].

6.2.3. Copia de solicitud de entrega de vehículo de junio 22 de 2013, realizada por Sandra Liliana Reyes, propietaria del vehículo Ford de placa OFK 065[32].

6.2.4. Copia del Certificado de Revisión Técnico Mecánica y de Gases del vehículo Marca Ford, placa OFK065 vigente desde el 3 de agosto de 2011 al 2 de agosto de 2012, expedido por el Ministerio de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial[33].

6.2.5. Copia cédula de ciudadanía de la señora Sandra Liliana Reyes, propietaria del vehículo involucrado en el accidente de tránsito[34].

6.2.6. Copia del “Informe Pericial sobre Determinación Clínica Forense de Embriaguez”, expedido por el Instituto Nacional de Medicina Legal el 14 de junio de 2012, en él se certifica que el señor Carlos Humberto Lozano Manjarrés es negativo para embriaguez[35].

6.2.7. Copia de formato de sobre “Datos del indiciado para determinar arraigo” expedido el 14 de junio de 2012, por la Policía Nacional, sobre el señor Carlos Humberto Lozano Manjarrés[36].

6.2.8. Copia de formato de solicitud de órdenes a la Policía Judicial, expedidas por el Fiscal 04 SAU- Apoyo el 22 de junio de 2012, donde se requiere la práctica de dictamen técnico mecánico al vehículo Ford de placas OFK 065[37].

6.2.9. Copia de oficio 362, del 22 de junio de 2012, expedidas por el Fiscal 04 SAU- Apoyo, donde se requiere al Hospital de Kennedy copia de la Historia Clínica del menor Andrés Fabián Núñez Clavijo[38].

6.2.10. Copia de Control a las Audiencias Preliminares, expedida por la Fiscal 01-SAU, del 29 de junio de 2012, en la que se realiza entrega provisional del vehículo Ford, de placa OFK 065 al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías[39].

6.2.11. Copia de solicitud de valoración médico legal, expedida por el Fiscal 01 SAU, el 27 de agosto de 2012, en la que se solicita al Instituto de Medicina Legal, valoración médico legal del menor Andrés Fabián Núñez Clavijo[40].

6.2.12. Copia acta de inasistencia de las partes a audiencia de conciliación de 2 de mayo de 2013, en el que se indica que se esperó el tiempo legalmente exigido sin la comparecencia de las partes[41].

6.2.13. Registro Civil de Nacimiento del Andrés Fabián Núñez Clavijo[42].

6.2.14. Copia de Acta de Inasistencia del citante, expedida el 27 de junio de 2013, en la que el Fiscal 01, informa la comparecencia del señor Humberto Lozano Manjarrés más no de un representante de Andrés Fabián Núñez a la diligencia de conciliación programada para las 10:00 a.m. a pesar de habersele notificado personalmente de su realización[43].

6.2.16. Copia informe pericial de clínica forense de 30 de julio de 2013, suscrito por perito autorizado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Confirmó lo concluido en el segundo reconocimiento[45].

6.2.17. Copia programa metodológico de 14 de agosto de 2013. Emitida por la Fiscalía 2 Local de Soacha[46].

6.3 Pruebas aportadas por la accionante

En el curso de la Revisión de presente fallo la señora Claudia Patricia Clavijo, madre del agenciado, aportó las siguientes pruebas:

6.3.1. Registro Civil No. 29387909 correspondiente a la menor Gabriela Núñez Clavijo, donde aparece como fecha de nacimiento el 5 de agosto de 1999[47].

6.3.2. Registro Civil No. 29387915 correspondiente a la menor Lizeth Núñez Clavijo, donde aparece como fecha de nacimiento el 17 de julio de 1997[48].

6.3.3. Certificación laboral de la Señora Claudia Patricia Clavijo, donde aparece que ella trabaja en el hogar de la señora Lina Gómez y el señor John Pulido, con un contrato inicial de dos días a la semana y que devenga un salario de \$40.000[49].

6.3.4. Recibo de servicio público correspondiente al acueducto, por un valor de \$91.995 en el periodo comprendido entre el abril 13 y junio 11 de 2014, correspondiente al estrato uno (1), demarcado con la dirección: Cl 3B 2ª-11, propiedad del señor Luis Flórez[50].

6.3.5. Informe de evaluación Neuropsicológica proferido por la Clínica Retornar del 26 de octubre de 2013 en el que se solicita que Fabián Andrés Núñez ingrese al programa de rehabilitación integral[51] y sea vinculado “al sistema académico por medio de la modalidad de inclusión escolar, sin embargo es importante mencionar que requiere de supervisión permanente en los desplazamientos fuera del hogar, dado el compromiso motor y de comportamiento; como también vinculación en colegio personalizado.”[52].

6.3.6. Copia de videocindegulación del 11 de julio de 2014, expedida en el Instituto Roosevelt en el que se recomienda intervención con profesional de Fonoaudiología experto en terapia Miofuncional para trabajar “tono, fuerza en musculatura laríngea para garantizar proceso de alimentación en fase faríngea”[53].

6.3.7. Copia del Formato de solicitud de medicamentos/servicio/insumo no Pos comercial y/o genérico, suscrito el 26 de octubre de 2013, por el médico tratante del joven Andrés Fabián Núñez, en el que solicita proceso de definición de acceso al servicio donde se sugiere rehabilitación integral, intensiva e inmediata que contribuya con la recuperación del paciente y su independencia[54].

7. Actuación en sede de revisión

7.1. Auto del 18 de julio de 2014

Solicitud de pruebas

Mediante Auto del catorce (14) de julio de dos mil catorce (2014), con el objeto de precisar algunos aspectos importantes para adoptar una decisión de fondo, el entonces magistrado sustanciador, ordenó:

“DECRETAR como prueba que en el término de tres (3) días, contados a partir de la recepción del presente auto, [que] la Fiscalía Local 02 de Soacha informe a este despacho la fecha de recepción de la noticia críminis 257546108002201280947, las actuaciones adelantadas a partir de la misma, indicando aquellas relacionadas con la garantía de los derechos de la víctima y el estado actual de la investigación, por los hechos ocurridos el 14 de junio de 2012, en los cuales resultó lesionado el menor Andrés Fabián Núñez Clavijo”[55].

Recepción de pruebas

El veintidós (22) de julio de dos mil catorce (2014) se recibió un documento suscrito por el Fiscal Segundo del Municipio de Soacha, el cual debido a su importancia, para resolver varias de las pretensiones de la presente acción de tutela se transcribirá in extenso:

“Dando cumplimiento al Oficio No. OPTB-650/2014, del día 16 de julio de 2014 y que fuera recibido en este despacho Fiscal el día 18 de Julio de 2014, dentro del término legal, se procede a dar respuesta a la información solicitada, en forma inmediata, así:

1. Información de: fecha de la recepción de la noticia criminal, actuaciones adelantadas y relacionadas con las garantías de los derechos de las víctimas y el estado actual de la investigación.

La presente Indagación, se inició con base y fundamento en el Informe Ejecutivo del día 14 de junio de 2012, suscrito por el funcionario de la policía de Tránsito PT. FABIAN ANDRES MARTINES RESTREPO, a través del cual informa que el día 14 de junio de 2012, en la Autopista sur Carrera 4 frente a la diagonal 7, Barrio Quintanares del Municipio de Soacha, la Central de radio de la Policía Nacional reportó la ocurrencia de un accidente de tránsito, sitio al cual llegó el policial no encontrando el evento, por lo cual acudió al Hospital de Bosa, en donde fue atendido por el Auxiliar Bachiller CRISTIAN PACHON, quien informó que había ingresado un menor de edad ANDRES FABIAN NUÑEZ CLAVIJO, de 16 años de edad, para la fecha del hecho, así como también fue informado que el menor había sido trasladado al Hospital de Kennedy, procediendo el policial a inmovilizar el vehículo tipo camioneta de servicio particular de placas OFK-065, la cual era conducida al momento del hecho por el señor CARLOS HUMBERTO LOZANO MANJARRES y posteriormente se trasladó al Hospital de Kennedy, en donde se entrevistó con los padres del menor víctima. || Se realizó el Álbum Fotográfico del Automotor. || Se allegó el Informe de Policía de Accidentes de Tránsito, del día 14 de junio de 2012, en el cual se señala como Hipótesis para el Vehículo conducido por el señor CARLOS HUMBERTO LOZANO MANJARRES, la CAUSAL No. 301 Ausencia Total o Parcial de Señales. Se señaló como Hipótesis para el Peatón la CAUSAL NO: 409 CRUZAR SIN OBSERVAR. || Se cuenta con el resultado del Protocolo Guía para el Informe Pericial sobre Determinación Clínica Forense de Embriaguez, practicado al señor CARLOS HUMBERTO LOZANO MANJARRES, el cual arrojó Resultado Negativo para embriaguez Clínica. || Obra el

arraigo del indiciado y fotocopia simple de los documentos del rodante y del señor LOZANO MANJARRES.

Se allegó el Informe de Investigador de Laboratorio del día 21 de junio de 2012, suscrito por el funcionario de la Sijin PT. ANDERSON VILLA ORTEGA, en el cual señala que el vehículo queda plenamente identificado por tener sus guarismos originales de fábrica. || Obra Formato Único de Noticia Criminal, del día 22 de junio de 2012, en donde aparece como querellante CLAUDIA PATRICIA CLAVIJO ARIAS, informando que el día 14 de junio de 2012 “me llamaron al teléfono y acudí al Hospital Kennedy, donde se encontraba hospitalizado por accidente de tránsito, que tuvo por el señor Carlos Humberto Lozano”. Se observa que la Noticia Criminal carece de firma. || Se observa el control de Audiencias Preliminares, en donde el día 29 de junio de 2012, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Soacha, dispuso la Entrega Provisional del Rodante, teniendo en cuenta la solicitud realizada por la señora Fiscal 01 SAU Dra. ESMERALDA MENDEZ ORDONEZ.

El día 27 de agosto de 2012, se allegó poder conferido por la señora CLAUDIA PATRICIA CLAVIJO ARIAS, en calidad de madre y representante legal de la víctima, a la Dra. JOHANNA PATRICIA ROJAS RUIZ, en calidad de representante de víctimas. || Por tratarse de un delito querellable, al tenor de lo dispuesto en el Art. 74 del C.P.P, se procedió a citar a las partes, con el fin de realizar diligencia de conciliación, citándose a las partes para el día 2 de marzo de 2013 a la hora de las 9:20 A.M., fecha en la cual no se hizo presente ninguna de las partes. Se procedió a citar nuevamente para el día 27 de junio de 2013 a la hora de las 10:00 A.M., fecha en la cual tampoco se realizó la precitada diligencia, citándose nuevamente para el día 17 de julio de 2013 a la hora de las 11:00 A.M., fecha en la cual se hicieron presentes las partes y se realizó diligencia de conciliación, arrojando resultados negativos.

Teniendo en cuenta lo anterior, fueron sometidas a reparto las presentes diligencias, correspondiéndole a la Fiscalía 02 Local de Soacha, en donde el señor Fiscal Dr. JORGE ALBERTO ROA SIERRA, el día 14 de agosto de 2013, realizó el correspondiente programa metodológico y emitió órdenes a la policía judicial. || Se allegó a las diligencias el experticio Médico Legal practicado a la víctima ANDRES FABIAN NUÑEZ CLAVIJO, el día 30 de julio de 2013, por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Unidad Básica de Soacha, en el cual se estableció una Incapacidad Médico Legal Definitiva de 50 días y

Secuelas Médico legales, Deformidad Física que afecta el cuerpo de carácter permanente, Perturbación funcional de sistema Nervioso Central de carácter permanente, de las que derivan Perturbación Funcional del órgano sistema de la locomoción, Perturbación funcional del Órgano Sistema de la fonación, Perturbación funcional del órgano sistema de la visión y Perturbación funcional del órgano sistema de la audición de carácter permanente. || El día 5 de noviembre de 2013, mediante orden a la policía judicial, se requirió al funcionario de Policía Judicial adscrito a la Sijin, con el fin de allegar el respectivo Informe de Investigador de Campo.

El día 31 de enero de 2014, se allegó poder conferido por la señora CLAUDIA PATRICIA CLAVIJO ARIAS, en calidad de madre y representante legal de la víctima, al Dr. JESUS DAVID SOTO, en calidad de apoderado de víctimas. || El día 3 de febrero de 2014, el Dr. JESUS DAVID SOTO, en calidad de apoderado de víctimas, solicitó a la fiscalía la recepción de entrevistas de varias personas. || Es de aclarar que cronológicamente, el día 5 de febrero de 2014, asumió el suscrito Fiscal Local, por traslado de Unidad y en reemplazo del Dr. JORGE ALBERTO ROA SIERRA. || El día 14 de febrero de 2014, se libró órdenes a policía judicial, disponiendo las entrevistas de las personas solicitadas por el apoderado de víctimas, y la recopilación de otros elementos materiales probatorios y/o evidencia física, entre otras cosas.

El día 10 de marzo de 2014, se recibió el Informe de Investigador de Campo, suscrito por el Funcionario de policía judicial adscrito a la SIJIN PT. ARLINSONSORIANO ROJAS, informando que las citaciones a la querellante fueron devueltas y por tal motivo no fue posible dar con la ubicación de la denunciante. Procediendo la Fiscalía 02 Local a reiterar nuevamente las órdenes a la policía judicial, con el fin de lograr el esclarecimiento de los hechos denunciados. || El día 30 de abril de 2014, mediante escrito presentado por el Dr. JESUS DAVID SOTO, solicita al Despacho se cite nuevamente a las partes a diligencia de conciliación, con el fin de agotar en debida forma un acuerdo conciliatorio, en aras a la Justicia y debido proceso a la víctima. || Teniendo en cuenta dicha petición, se procedió a citar a las partes a diligencia de conciliación para el día 19 de mayo de 2014. || En efecto, el día 19 de mayo de 2014, acudió al Despacho de la Fiscalía 2 Local de Soacha, la señora CLAUDIA PATRICIA CLAVIJO ARIAS, en calidad de madre y representante legal de la víctima ANDRES FABIAN NUÑEZ CLAVIJO y en compañía del apoderado de víctimas DR. JESUS DAVID SOTO PARRA, en calidad de querellante y de otra parte como querellado se hizo presente

el señor CARLOS HUMBERTO LOZANO MANJARRES en compañía del Dr. KENNETH FRANCIS HENRIQUEZ MARTINEZ, quienes realizaron un acuerdo conciliatorio.

El acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, se encuentra debidamente suscrito por quienes intervinieron en él, y en el mismo la señora CLAUDIA PATRICIA CLAVIJO y el Dr. JESUS DAVID SOTO PARRA, en calidad de apoderado y Representante de Víctimas, reciben tres (3) títulos valores (letras de cambio) como medio de pago y en dicho acuerdo también presentaron Desistimiento de la acción Penal y manifestando que en caso de incumplimiento por parte del querellado acudirían a la Jurisdicción Civil. || Por lo anterior, se procedió a archivar las diligencias en forma provisional y mientras se verifica el cumplimiento de la conciliación. Lo anterior, para proceder de conformidad con la extinción de la acción penal de que trata el Art. 82 del C.P y Art. 76 y 522 del C.P.P, no estando prohibido por el Art. 199 de la Ley 1098 de 2006, por tratarse de unas lesiones personales culposas.

2. En cuanto a la Orientación Legal por parte de la Fiscalía Local, esta se ha regido bajo los parámetros del Art. 11 del C.P.P, se ha garantizado el acceso a la administración de Justicia la víctima, desde el día de la ocurrencia del hecho, es decir, el día 14 de junio de 2012, fecha en la cual se iniciaron las actividades por parte del funcionario de policía de tránsito que conoció del hecho y presentó el Informe Ejecutivo da la Fiscalía SAU de Soacha, durante toda la etapa de indagación tanto la víctima, como su representante legal y el apoderado de víctimas, recibieron un trato humano y digno. || De otra parte, se citó a las partes a diligencia de conciliación según lo dispuesto en el Art. 522 del C.P.P, por tratarse de un delito querellable Lesiones Personales Culposas (Art. 120 del C.P.), al tenor del Art. 74 del C.P.P, con el fin de obtener una pronta e integral reparación de los daños sufridos. || Así mismo, se les facilitó el aporte de pruebas, la víctima fue remitida al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses con el fin de obtener incapacidad médico legal definitivas y las respectivas que fueron ordenadas mediante orden a policía judicial , así como también solicitó la Audiencia de Conciliación la cual en efecto fue practicada. || Durante la etapa de indagación, la elaboración del correspondiente programa metodológico y la emisión de órdenes a policía judicial, se buscó los derechos de la Verdad, la Justicia y la Reparación.

También se garantizaron los derechos de las victimas previstos en el Art 132 y s.s. del

C.P.P., en especial de los artículos 136 y 137 del C.P.P., siendo informadas y garantizando la intervención de la víctima y su apoderado durante toda la actuación, muestra de ello, fueron las solicitudes realizadas por el Dr. JESUS DAVID SOTO PARRA, quien solicitó a la Fiscalía la práctica de pruebas y la citación a una diligencia de conciliación, las que efectivamente fueron evacuadas, informándosele en todo momento, sobre la práctica de dichas entrevistas y de la respectiva audiencia de conciliación, en busca de la protección a los derechos de verdad, justicia y reparación, así como la señora CLAUDIA PATRICIA CLAVIJO ARIAS en calidad de madre y representante legal del menor víctima, en todo momento estuvo acompañada y asesorada de su apoderado judicial y representante de víctimas Dr. JESUS DAVID SOTO PARRA, inclusive autorizando que el dinero producto de la indemnización integral fuera consignado en una cuenta de ahorros del Banco Caja Social, establecida en el Acta de Conciliación.

Por último, obsérvese que los hechos acaecieron el día 14 de junio de 2012 y sin embargo la Fiscalía Local de Soacha, emitió las correspondientes órdenes a policía judicial de manera oportuna y no se acudió ante el Juez de Control de Garantías a realizar la correspondiente Audiencia de Formulación de Imputación, por cuanto hacían falta algunos elementos materiales probatorios, no obstante, se realizó audiencia de conciliación, la cual arrojó resultados positivos el día 19 de mayo de 2014, no venciendo el término estipulado de dos (2) años de que trata el parágrafo del Art. 175 del C.P.P. por cuanto el mismo vencería el día 14 de junio de 2014. || En conclusión, se considera que se garantizaron los Derechos Fundamentales de la víctima a la dignidad humana, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia por parte de la Fiscalía General de la Nación, no sin antes aclarar que, en caso de incumplimiento de dicho acuerdo conciliatorio, se procederá al desarchivo de las diligencias y se continuara en forma inmediata con la actuación, teniendo en cuenta que se trata de un archivo provisional.”[56].

7.2 Auto del 5 de agosto de 2014

Mediante Auto del cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014), la magistrada sustanciadora, al advertir la indebida integración del contradictorio y con el propósito de garantizar el debido proceso ordenó:

“Primero. DISPONER, que la Secretaría de la Corte Constitucional ponga en conocimiento de

la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Soacha, ubicada en la carrera 7 # 14 - 62, del municipio de Soacha, Cundinamarca, el contenido de la presente acción de tutela (expediente T-4.300.490) instaurada por Luz Marina Arias Páez, en calidad de agente oficiosa de Andrés Fabián Núñez Clavijo, para que se pronuncie sobre los hechos y pretensiones expuestos en la misma.

Segundo. ORDENAR, que la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Soacha indique:

1. Exponga si esa entidad tiene algún programa de educación especial con la capacidad técnica, científica y humana que requiere el menor Andrés Fabián Núñez Clavijo, para la rehabilitación y aprendizaje de competencias que le permitan desarrollar su vida de manera autónoma.

2. Señale la actual oferta de servicios de educación para personas en condiciones similares a las del joven Andrés Fabián Núñez Clavijo e indique los objetivos, las expectativas y los resultados alcanzados con la ejecución de esos programas.”.[57]

Además, la Sala Octava de Revisión, en ejercicio de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 57 de Acuerdo 05 de 1992 - Reglamento de la Corte Constitucional, suspendió los términos para proferir sentencia en el proceso de la referencia, hasta que la prueba anterior fuera debidamente recaudada y evaluada por este despacho.

Recepción de pruebas y pronunciamiento de la Secretaria de Educación y Cultura del Municipio de Soacha.

Dentro de la oportunidad procesal otorgada por esta Corte para pronunciarse sobre los hechos y pretensiones expuestos en esta acción de tutela, la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Soacha guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 de la Constitución y 33 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar los fallos proferidos por: (i)

la Subsección A de la Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013) en primera instancia; y (ii) la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014) en sede de apelación, mediante los cuales se resolvió la acción de tutela promovida por la Luz Marina Arias Páez como agente oficiosa de su nieto Andrés Fabián Núñez Clavijo contra la Fiscalía General de la Nación, las entidades Seguros del Estado y Salud Total E.P.S., y el ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés.

2. Síntesis del caso y presentación del problema jurídico

2.1. De conformidad con los hechos expuestos el joven Andrés Fabián Núñez Clavijo sufrió un accidente, en el cual estuvo involucrado un vehículo automotor, el catorce (14) de junio de dos mil doce (2012), el cual lo dejó en estado de discapacidad permanente. A partir ese suceso, la Fiscalía Segunda del Municipio de Soacha inició etapa de indagación - investigación, para determinar si la persona que conducía el vehículo involucrado en el siniestro tenía responsabilidad en tal evento, la cual no había concluido al momento en que se interpuso la acción de tutela objeto de revisión.

2.2. De otra parte, Salud Total E.P.S. se niega a autorizar a Andrés Fabián Núñez Clavijo el servicio de transporte y de enfermería y la entrega de una silla de ruedas, un colchón antiescaras y la realización de tratamiento integral para morigerar el impacto producido por el siniestro. A su vez, la accionante manifiesta que la fundación Teletón tiene la idoneidad y capacidad técnica, humana y profesional para brindar un tratamiento integral al joven Andrés Fabián Núñez Clavijo razón por la cual solicita que sea esa institución la que preste los servicios que requiera para su rehabilitación.

2.3. Aunque en la solicitud de amparo se exponga, la insuficiencia de recursos económicos por parte de la parte actora, para poder acceder a los servicios de salud requeridos por el menor, no hay pronunciamiento respecto de ello en las consideraciones que fundamentaron los fallos de instancia.

2.4. Finalmente, aunque la Corte vinculó a la Secretaría de Educación y Cultura del Municipio de Soacha, para que se pronunciara respecto de los hechos y pretensiones de la acción de tutela, esa entidad guardó silencio frente al particular.

2.5. Sobre la base de lo expuesto, la Sala encuentra que el asunto sometido a su revisión plantea varios problemas jurídicos: (i) ¿vulnera una E.P.S. el derecho fundamental a la Salud cuando se niega autorizar procedimientos que un usuario necesita, argumentando que no se encuentran en el P.O.S.?; (ii) ¿partiendo del principio de solidaridad, una persona tiene la obligación de concurrir a la financiación del sistema de seguridad social en salud por medio de copagos, cuando no tiene recursos económicos suficientes para ello, so pena de no poder acceder a la oferta del servicio público de salud?; (iii) ¿la celeridad en la etapa de investigación previa de hechos punibles constituye un elemento determinante de la garantía constitucional al debido proceso?; y (iv) ¿las secretarías de educación, son responsables de garantizar el ejercicio del derecho fundamental a la educación aún en los eventos en que los usuarios requieran que la misma sea especializada debido a problemas de salud física y mental?

2.6. Para resolver estos interrogantes y solucionar el caso sometido a revisión por esta Sala, se abordará el siguiente orden expositivo: (a) legitimación para actuar como agente oficioso o representante; (b) derecho fundamental a la salud con énfasis en niños y niñas; (c) el transporte como medio indispensable para acceder a un servicio de salud; (d) la libertad de los usuarios para escoger el prestador del servicio de salud (e) el debido proceso en la etapa de investigación previa de actos punibles; y (f) el derecho fundamental a la educación en niños y niñas. Luego, con base en el estudio propuesto y las reglas que se susciten del mismo, se resolverán los casos en concreto.

3. La legitimación para actuar como agente oficioso o representante. Reiteración de jurisprudencia[58]

3.1. La acción de tutela como mecanismo para la garantía de derechos fundamentales se caracteriza por su informalidad. No obstante, esta Corte ha señalado unos requisitos mínimos para su procedibilidad, entre los cuales se encuentra la legitimación en la causa por activa.[59]

De acuerdo a la normatividad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la legitimación en la causa por activa se configura a partir del ejercicio directo de la acción, de la representación legal, (como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas), por apoderado judicial, (caso en el cual el apoderado

debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; o por medio de agente oficioso.

3.2. La figura de la agencia oficiosa, encuentra su sustento legal a partir del artículo 86 Superior que consagra: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, (...) por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.”[60].

A su vez, el Decreto 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela, señala en su artículo 10º que “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. (...) También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”[61].

3.3. Esta Corporación fundamenta la validez de la agencia oficiosa a partir de tres principios constitucionales:

(i) el principio de la eficacia de los derechos fundamentales, que impone a la administración la ampliación de mecanismos institucionales, con el fin de realizar efectivamente este tipo de derechos;

(ii) el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, que impide, que por circunstancias meramente procedimentales, se vulnere los derechos fundamentales; y finalmente,

(iii) el principio de solidaridad, que obliga a la sociedad colombiana a velar por la defensa de los derechos ajenos, cuando ellos por sí mismos no pueden promover su defensa.[62]

3.4. Sin embargo, es necesario que el agente oficioso afirme que actúa como tal y demuestre que el agenciado se encuentra imposibilitado para promover su propia defensa. Entre quienes pueden actuar en tal calidad es posible encontrar a la Defensoría del Pueblo, entidad que está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de una persona a la que se le estén vulnerando sus derechos fundamentales, así como para agenciar los

derechos de aquellos que no están en condición de defender sus propios derechos.[63]

4. El derecho fundamental a la salud. Incorporación al bloque de constitucionalidad de instrumentos de derecho internacional público

4.1. Este Tribunal en su función de salvaguardar la supremacía de los principios, valores y normas que integran la Constitución Política, ha expuesto de manera reiterada que el derecho a la salud tiene carácter fundamental[64]. A pesar de las diversas manifestaciones de tal voluntad, la Sala llama la atención sobre una de ellas en particular, según la cual la salud es “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”[65]. Este entendimiento del derecho a la salud reivindica una concepción susceptible de ser aplicable a las dimensiones física y psicológica del ser humano y le otorga un carácter de medio para la materialización de otros derechos[66].

4.2. Como una muestra de su compromiso político para materializar el derecho a la salud, el Estado colombiano ha incorporado a su ordenamiento jurídico una serie de instrumentos de derecho internacional público[67] por medio de los cuales se propuso alcanzar unos niveles mínimos para su ejercicio. Como el contenido de los mismos tiene como materia principal la exigibilidad de derechos humanos, tales tratados tienen un carácter vinculante para nuestro ordenamiento jurídico por mandato expreso de nuestra Carta Política, concretamente, lo dispuesto en el artículo 93, bajo el concepto de bloque de constitucionalidad[68].

4.3 Entre las disposiciones que conforman dicho bloque, se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[69], que en su artículo 12, numeral 1º, señala que los Estados Partes se obligan a reconocer el “derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

En el derecho internacional de los derechos humanos, diferentes instrumentos reconocen el derecho a la salud. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25 señala que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

4.4. En el sistema interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su Artículo XI que toda persona tiene el derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. En el mismo sentido, el artículo 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

4.5. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano encargado de interpretar el alcance del PIDESC, en su Observación General Número 14, indicó que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos [y que] todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”[70]. En este sentido, la citada observación establece que el derecho a la salud abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

“a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la

población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen

estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”[71].

4.6. Sobre la materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de pronunciarse previamente sobre algunas de las implicaciones de la protección del derecho a la salud. En algunos casos en conexión con los derechos a la vida o integridad personal[72]; en otros dentro del concepto de vida digna[73]; en algunos más con motivo de la atención médica prestada en centros de reclusión o instituciones similares[74]; incluso, en otros casos, en relación con los derechos sexuales o reproductivos[75].

4.7. Para profundizar en la justiciabilidad directa del derecho a la salud, resulta de especial utilidad efectuar una interpretación evolutiva respecto al alcance de los derechos consagrados en el Artículo 26 de la Convención Americana. Al respecto, la práctica de diversos tribunales nacionales ofrece importantes ejemplos de análisis a partir de la obligación de respeto y garantía respecto al derecho a la salud y la utilización del corpus juris sobre las obligaciones internacionales en relación con el derecho a la salud para impulsar una protección judicial directa de este derecho.

Es importante precisar, por otra parte, que las altas jurisdicciones nacionales utilizan su propia normativa constitucional -además de los instrumentos y fuentes internacionales-, lo cual se ha reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que “En la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales, en particular sobre el alcance constitucional de la protección del derecho a la salud (sea de manera expresa, derivada de otros derechos o debido a su reconocimiento por la incorporación constitucional de los tratados internacionales)”[76].

4.8. Entre las normas constitucionales de los Estados Parte de la Convención Americana que refieren de alguna forma a la protección del derecho a la salud, se encuentran: Argentina (art. 42)[77], Bolivia (art. 35)[78], Brasil (art. 196)[79], Colombia (art. 49)[80], Costa Rica (art. 46)[81], Chile (art. 19, inciso 9)[82], Ecuador (art. 32)[83], El Salvador (art. 65)[84], Guatemala (arts. 93 y 94)[85], Haití (art. 19)[86], Honduras (art. 145)[87], México (art. 4o.)[88], Nicaragua (art. 59)[89], Panamá (art. 109)[90], Paraguay (art. 68)[91], Perú (art. 70.)[92], República Dominicana (art. 61)[93], Suriname (art. 36)[94], Uruguay (art. 44)[95], y Venezuela (art. 83)[96].

4.9. Es importante resaltar, que este entendimiento del derecho a la salud como directamente fundamental en los Estados nacionales, o de la justiciabilidad directa del derecho a la salud en el marco de la Convención Americana, no implica un entendimiento del derecho a la salud como un derecho absoluto, como un derecho que no tiene límites o que se debe proteger en toda ocasión que se invoque. “[d]e la justiciabilidad de un derecho, civil o social, no se deriva su protección absoluta en todo litigio. Siempre, en todo caso, sea derecho civil o social, hay que resolverlo haciendo un análisis de imputación y verificar cómo operan las obligaciones de respeto y garantía respecto a cada situación que se alega violatoria de un determinado derecho”[97].

4.10. Estas disposiciones no tienen un carácter retórico, sino que constituyen verdaderas garantías y compromisos para adoptar medidas eficaces para la consecución de tal derecho. En síntesis, el derecho a la salud debe comprenderse desde una perspectiva integral, razón por la cual su ejercicio depende, necesariamente, de un conjunto de actividades que hacen posible el mismo. En términos concretos, tiene una relación de interdependencia con la esfera social, económica, cultural, ambiental, la cual se materializa con la prestación de tratamientos, procedimientos, medicamentos, atención preventiva, entre otros[98].

5.1. El artículo 44 superior señala que los derechos de los niños y las niñas tienen prevalencia sobre los derechos de los demás. De manera expresa, estipula que la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social de los menores de edad tienen carácter fundamental. A su vez, el constituyente dispuso que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño o niña para asegurar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus garantías[99].

La razón para ello, no es más que la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran todos los seres humanos en el transcurso de esa etapa de la vida y que justifica que, de conformidad con el artículo 13 superior, el Estado promueva “las condiciones para que el principio de igualdad se aplique en forma real y efectiva, así como a la necesidad de adoptar medidas en favor de quienes, en razón de su edad, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”.

5.2. En Sentencia T-037 de 2006 se expuso que la protección especial de los niños y las

niñas en materia de salud, además de tener fuente en la Carta Política, tiene fundamento en tratados internacionales ratificados por Colombia y que hacen parte del bloque de constitucionalidad al tenor del artículo 93 de la Carta de 1991. La Corte ha recordado algunos de estos compromisos, en los siguientes términos:

“(1) Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 24 reconoce ‘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. 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’;

(2) Declaración de los Derechos del Niño que en el artículo 4 dispone que ‘[E]l niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados’;

(3) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales algunos parámetros que propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños como por, ejemplo en el numeral 2° del artículo 12 del citado pacto se establece: ‘a), es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para ‘la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños’; mientras que el literal d) dispone que se deben adoptar medidas necesarias para ‘la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad’;

(4) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 24 establece: Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado;

(5) Convención Americana de Derechos Humanos, que en su artículo 19 señala que ‘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’;

(6) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que, en su artículo 25-2, establece que ‘la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales’, y que ‘todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social’.[100]”

5.3. Con base en lo anterior, el derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas procede por mandato directo de la Constitución y del bloque de constitucionalidad, sin que deba demostrar la conexión con otras garantías iusfundamentales[101], razón por la cual cualquier amenaza sobre el mismo amerita una intervención inmediata y prioritaria por parte de todas las autoridades públicas.

5.4. Así las cosas, cuando se afectan los derechos a la salud, a la integridad física y a la vida de los niños y las niñas, “se deberán modular o inaplicar las disposiciones que restrinjan el acceso a los servicios que requieren, teniendo en cuenta que tales normas de rango inferior impiden el goce efectivo de sus garantías superiores”[102].

5.5. En conclusión, los niños y las niñas tienen derecho a la atención en salud de manera idónea, oportuna y prevalente y toda institución de naturaleza pública o privada tiene la obligación de garantizar su acceso efectivo a los servicios como lo ordena el artículo 50 superior[103]. Por ello, el goce efectivo del derecho a la salud no debe entenderse como un conjunto de prestaciones exigibles de manera segmentada y parcializada, sino como una pluralidad de servicios, tratamientos, procedimientos concurrentes de manera armónica e integral para mejorar hasta el máximo posible las condiciones de salud de sus destinatarios, como tendremos oportunidad de observar a continuación[104].

6. El derecho fundamental a la salud. Dimensiones, prestaciones y reglas desarrolladas por la Corte Constitucional.

El artículo 49 de la Constitución, señala que deberá garantizarse a todas las personas el acceso a los “servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”; adicionalmente, el artículo 44 establece que la salud es uno de los derechos fundamentales

de los niños.

Con base en ello, y en los instrumentos de derechos internacional expuestos, la Corte Constitucional ha reconocido el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud[105], superando la noción inicial seguida por esta Corporación según la cual el derecho a la salud era fundamental cuando estaba en conexidad con los derechos a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana, o cuando el sujeto que requería su garantía era de aquellos que merecen una especial protección constitucional. Por ello, en principio, el derecho a la salud reviste el carácter de fundamental autónomo y su negativa puede controvertirse mediante acción de tutela.[106]

“Sin embargo, ello no implica que se trate de un derecho absoluto, pues admite límites de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Además, su carácter de derecho fundamental, tampoco implica que todas las facetas del derecho a la salud, sean susceptibles de garantía mediante la acción de tutela, porque el plan de beneficios contemplado en los regímenes subsidiado y contributivo del sistema de salud no tiene recursos ilimitados”[107].

Por tanto, debe entenderse que la garantía del derecho a la salud “tiene límites, razonables y justificados constitucionalmente”[108], pero que los mismos no pueden erigirse como barreras que imposibiliten el acceso al mismo. Por ello, es inaceptable señalar que el goce efectivo del derecho a la salud depende de los procedimientos, tratamientos, prestaciones y medicamentos incluidos en el P.O.S., anteponiendo argumentos de índole económica al derecho a la vida en condiciones dignas, como la Sala expondrá a continuación:

6.1. Acceso a medicamentos, tratamientos o procedimientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia

Habida cuenta del carácter fundamental autónomo del derecho a la salud reconocido por esta Corte y ahora por el legislador en la correspondiente ley estatutaria, la negativa de prestar un servicio de salud, en principio, puede controvertirse mediante acción de tutela[109].

Sin embargo, el hecho que el derecho a la salud tenga carácter fundamental, no significa

que se trate de una garantía absoluta. Al igual que todos los derechos, sus límites están determinados por criterios de razonabilidad y proporcionalidad, circunstancia que tiene como consecuencia que no todas las dimensiones del mismo puedan ser exigibles por medio del mecanismo de acción de tutela.

Como vivimos en una sociedad construida sobre el principio de solidaridad, los recursos para cubrir las contingencias derivadas de la enfermedad o las políticas para la prevención y tratamiento oportuno de síntomas, no son infinitos. Debido a ello, algunos medicamentos, tratamientos, procedimientos y servicios han sido excluidos del P.O.S., por su alto costo, con el propósito de ampliar la cobertura del servicio.

En razón a ello, existen dos tipos de servicios, los incluidos y los no incluidos en el P.O.S. No obstante, “toda persona tiene derecho a que exista un Sistema que le permita acceder a los servicios de salud que requiera. Esto sin importar si los mismos se encuentran o no en un plan de salud, o de si la entidad responsable tiene o no los mecanismos para prestar ella misma el servicio requerido”[110]. Por tanto, si una persona requiere un servicio de salud, y éste le es negado debido a un trámite administrativo, tal situación constituye un hecho que vulnera su derecho a la salud.

Para establecer en qué casos una persona puede acceder a un servicio no P.O.S. la jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos, a saber:

- a. Que la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere;
- b. Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio;
- c. Que el interesado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie[111]; y
- d. Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”[112].

Así las cosas, “toda persona tiene el derecho a que se le garantice el acceso a los servicios

de salud que requiera. Cuando el servicio que requiera no está incluido en el plan obligatorio de salud correspondiente, debe asumir, en principio, un costo adicional por el servicio que se recibirá. No obstante, como se indicó, la jurisprudencia constitucional ha considerado que sí carece de la capacidad económica para asumir el costo que le corresponde, ante la constatación de esa situación de penuria, es posible autorizar el servicio médico requerido con necesidad”[113].

Para tramitar estas autorizaciones la Corte expuso[114] que el médico tratante debía solicitar al Comité Técnico Científico, la autorización de los servicios de salud no incluidos dentro del plan obligatorio de salud. De modo que una E.P.S. desconoce el derecho a la salud, cuando niega un tratamiento, procedimiento, medicamento o prestación, argumentando que, quien necesita del mismo, no ha presentado la solicitud al referido Comité.

De esta manera, este Tribunal Constitucional ha expuesto que en aquellos casos en los cuales el médico tratante ordene servicios necesarios para preservar la vida digna e integridad del paciente y éstos no se encuentren incluidos en el P.O.S. “resulta procedente de manera excepcional, la autorización y/o suministro del servicio médico por parte de la E.P.S., siempre y cuando el paciente o sus familiares no puedan sufragar el costo del mismo, atendiendo al principio de solidaridad”. [115]

En relación a ello, esta Corte ha expuesto que si el peticionario afirma no tener recursos económicos suficientes para costear la prestación del servicio de salud requerido, tal hecho debe presumirse cierto[116]. Sin embargo, tal presunción puede ser desvirtuada por parte de la obligada a prestar el servicio, pues las E.P.S. tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados, y por tanto, están en la capacidad de controvertir las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. Por tal razón, su inactividad al respecto, hace que las afirmaciones presentadas por el accionante se tengan como prueba suficiente[117].

6.2. El principio de integralidad en la prestación del servicio de salud

La ejecución de la totalidad de un tratamiento médico con ocasión al diagnóstico realizado por un profesional de la salud, no constituye una acción facultativa o de buena voluntad, sino el cumplimiento de las obligaciones estipuladas por el legislador junto con la

materialización de la voluntad del constituyente, en procura de un orden social y democrático justo.

A partir de la revisión del marco legal, la fuente de la dimensión de integralidad del derecho a la salud, tiene sustento en el literal c), artículo 156 de la Ley 100 de 1993. Esta disposición estipula 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 (...)”. En otros términos, establece que el goce efectivo del derecho a la salud requiere acciones positivas por parte del Estado y de los prestadores del servicio de salud, encaminadas a garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación, con plena observancia de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[118]

A su vez, tales disposiciones legales han sido desarrolladas a partir de pronunciamientos judiciales en general y del control concreto y abstracto efectuado por esta Corte. Así, este Tribunal Constitucional ha expuesto que la atención de los usuarios del sistema de seguridad social en salud debe ser integral, esto es, completa, como quiera que de otra manera, no solo se afecta el derecho a la salud, sino que la inobservancia del mismo invade la órbita de protección de otros derechos como la vida y el respeto de la dignidad.

De esta manera, esta Corporación ha expuesto que la integralidad hace referencia al “cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionada a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud”.[119]

Ahora bien, como la integralidad hace referencia a un conjunto de medicamentos, tratamientos y procedimientos, necesarios para la materialización del derecho a la salud, ello implica que el paciente reciba toda la atención, sin que haya que acudir al ejercicio de acciones legales de manera reiterada y prolongada en el tiempo para tal efecto. En Sentencia T-289 de 2013, esta Corte expuso que el juez de tutela estaba obligado a “ordenar el suministro de los servicios médicos que sean necesarios para conservar o

restablecer la salud del paciente, ello con la finalidad de que las personas afectadas por la falta del servicio, obtengan continuidad en la prestación del mismo. La Corte ha indicado que con ello se evita la interposición de acciones de tutela por cada servicio que le sea prescrito a un afiliado por una misma patología”[120].

En conclusión, la prestación del servicio de salud debe efectuarse con el propósito de brindar una respuesta efectiva a las necesidades del usuario. Esto es, con la totalidad de tratamientos, medicamentos y procedimientos disponibles basados en criterios de razonabilidad, oportunidad y eficiencia. El cumplimiento de estos presupuestos es obligación del Estado y de las entidades prestadoras del servicio de la salud. No obstante, ante el incumplimiento de estos parámetros, es función del juez constitucional restablecer el derecho conculcado, en este caso la salud, para garantizar el goce efectivo del mismo y de cualesquiera otros derechos que se vean afectados por la acción u omisión de las entidades obligadas a prestar dicho servicio de conformidad con los fines del Estado Social de Derecho.[121]

De otra parte, en relación al derecho a la salud en su dimensión de información (derecho al diagnóstico) la jurisprudencia ha expuesto de manera reiterada que está constituido por “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”[122]. Así las cosas, su garantía se concreta en transmitir al paciente todo conocimiento disponible sobre su estado de salud, los tratamientos a los que puede someterse, las repercusiones sobre su calidad de vida a corto y largo plazo, entre otras acciones.

Ahora bien, este derecho se materializa o se hace efectivo a partir de las siguientes prestaciones:

“(i) la práctica de las pruebas, exámenes y estudios médicos ordenados a raíz de los síntomas presentados por el paciente.

(ii) la calificación igualmente oportuna y completa de ellos por parte de la autoridad médica correspondiente a la especialidad que requiera el caso, y

(iii) la prescripción, por el personal médico tratante, del procedimiento, medicamento o

implemento que se considere pertinente y adecuado, a la luz de las condiciones biológicas o médicas del paciente, el desarrollo de la ciencia médica y los recursos disponibles.”[123]

La jurisprudencia ha entendido que las mismas son indispensables para la recuperación definitiva de la persona, puesto que, la falta de diagnóstico sobre una determinada enfermedad, genera una situación de incertidumbre y puede llevar consigo consecuencias graves sobre la salud e incluso la vida del paciente. Ahora bien, a pesar que en algunas situaciones se tenga certeza sobre el diagnóstico médico, es un hecho incontrovertible que muchas de las prestaciones que se derivan del mismo terminan siendo limitadas o incluso restringidas por no encontrarse incluidas dentro del P.O.S.

En razón a que las E.P.S. están en obligadas a prestar los servicios expuestos sin interrupciones y demoras injustificadas, la Sala expondrá algunas decisiones relevantes proferidas por esta Corte en las cuales se ha delimitado el alcance de tales deberes, con base en el estudio de casos similares a los estudiados en esta oportunidad.

6.3. El principio de continuidad en la prestación del servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia.

Las E.P.S. están constitucionalmente obligadas a prestar los servicios de salud requeridos de manera ininterrumpida, aun cuando se trate de servicios no incluidos en el P.O.S. que fueron autorizados de manera previa y no exista razón válida para su interrupción. Con la aplicación de éste principio se busca que los servicios en salud requeridos, que deban suministrarse por un período prolongado de tiempo, no se terminen por razones distintas a las médicas y se deje a los pacientes carentes de protección con las consecuencias que lleva consigo en sus vidas e integridad.

En Sentencia T-418 de 2013, se determinó que de conformidad con el artículo 153, numeral 3.21 de la Ley 100 de 1993[124], toda persona que ingresa al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tiene vocación de permanencia y de manera general, no debe ser excluido del mismo, cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad. Esta garantía es a la que esta Corporación ha identificado con el nombre principio de continuidad en la prestación del servicio de salud[125]. “Dicho principio consiste en que el Estado, en conjunto con los particulares, tiene la obligación de prestar el servicio de salud y facilitar su

acceso promoción, protección y recuperación, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad señalados en el artículo 49 de la Constitución Política de 1991”.[126]

Al respecto, la Corte ha venido reiterando los criterios que deben tener en cuenta las Entidades Promotoras de Salud (E.P.S.), para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público de salud sobre tratamientos médicos ya iniciados, así:

“(i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tienen a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados” [127].

Por tanto, la continuidad en la prestación de servicios de salud responde a la necesidad de garantizar a los usuarios que una vez iniciado algún tratamiento éste no puede ser suspendido sin que medie alguna explicación razonable[128], en observancia de los principios de la buena fe y de confianza legítima[129]. Así las cosas, el tratamiento médico no puede ser interrumpido hasta que el usuario del servicio haya logrado su total recuperación o en caso de que ello no fuera posible, el tratamiento logre el efecto para el cual se prescribió.

Al respecto la Corte ha considerado que “[l]a garantía de continuidad en la prestación del servicio es parte, por consiguiente, de los elementos definitorios del derecho constitucional fundamental a la salud que no puede ser desconocido sin que con esta actitud se incurra en una grave vulneración del derecho a la salud y de otros derechos que se conectan directamente con él, como son el derecho a la vida en condiciones de dignidad y de calidad y a la integridad física y psíquica. Por consiguiente, no es admisible constitucionalmente abstenerse de prestar el servicio o interrumpir el tratamiento de salud que se requiera bien sea por razones presupuestales o administrativas, so pena de desconocer el principio de confianza legítima y de incurrir en la vulneración del [sic] derechos constitucionales fundamentales”[130].

De la misma manera, esta Corporación ha establecido reglas que deben observar las entidades prestadoras del servicio de salud, para cumplir con la garantía del derecho fundamental a la salud en su componente de continuidad, así: “(i) que las prestaciones en salud, como servicio público obligatorio y esencial, tiene que ofrecerse de manera eficaz, regular, permanente y de calidad; (ii) que las entidades prestadoras del servicio deben ser diligentes en las labores que les corresponde desarrollar, y deben abstenerse de realizar actuaciones ajenas a sus funciones y de omitir el cumplimiento de obligaciones que conlleven la interrupción injustificada de los servicios o tratamientos; (iii) que los usuarios del sistema de salud no pueden ser expuestos a engorrosos e interminables trámites internos y burocráticos que puedan comprometer la permanencia del servicio; y (iv) que los conflictos de tipo contractual o administrativo que se presenten con otras entidades o al interior de la propia empresa, no constituyen justa causa para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y finalización óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados.”[131]

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte Constitucional establece el derecho a que a toda persona le sea garantizada la continuidad del servicio de salud. Es decir, que una vez que se ha iniciado un tratamiento éste no puede ser interrumpido de manera imprevista, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Frente a ello, es importante mencionar que la interrupción de un tratamiento, puede tener origen en la imposibilidad de transporte del paciente.

7. El transporte como medio indispensable para acceder a un servicio de salud. Reiteración de jurisprudencia[132].

7.1. Como se precisó, esta Corporación ha proferido diferentes decisiones del derecho a la salud con base en las obligaciones asumidas por el Estado colombiano en virtud de tratados de derecho internacional incorporados al bloque de constitucionalidad y la doctrina calificada. Entre estos instrumentos legales se encuentra la Observación General número 14 del PIDESC, a partir de la cual se ha desarrollado, en gran medida, el componente de accesibilidad a servicios de salud con el propósito de superar las barreras físicas, económicas o de información que impidan a las personas el acceso a la prestación efectiva de los servicios de salud.

7.2. En la Sentencia T-233 de 2011, se concluyó que “toda persona tiene derecho a que se remuevan las barreras y obstáculos que [le] impidan acceder a los servicios de salud que requiere con necesidad, cuando éstas implican el desplazamiento a un lugar distinto al de su residencia, debido a que en su territorio no existen instituciones en capacidad de prestarlo, y la persona no puede asumir los costos de dicho traslado.” A partir de ello, para la Corte la accesibilidad a los servicios de salud es “el presupuesto mínimo para el goce efectivo del derecho fundamental a la salud”[133].

7.3. Desde esta perspectiva, el transporte cobra relevancia porque debido a la distribución geográfica de las instituciones que prestan el servicio de salud, es imposible que todos los usuarios pueden acceder al mismo en su lugar de residencia. Así las cosas, en algunas ocasiones la entidad de salud responsable se ve obligada a remitir al usuario a una zona geográfica distinta[134]. Con base en el principio de solidaridad (artículo 48 C.P.) desarrollado en el contexto del acceso a los servicios de salud por el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, cuando un usuario del Sistema de Seguridad Social en Salud es remitido a un municipio distinto al de su lugar de residencia, para que le sea practicado algún procedimiento o servicio, los gastos de transporte y estadía -de ser necesarios- deben ser asumidos en principio por el paciente o por su familia[135]. Sin embargo, en situaciones en las cuales los usuarios no tienen recursos económicos para ello, esta Corte ha considerado que “no se les puede exigir que paguen el traslado y la estancia en un sitio distinto al de su residencia, pues el derecho a la salud comprende también la garantía de accesibilidad económica a los servicios ordenados”[136].

En ese sentido, la Corte ha integrado al concepto de derecho fundamental a la salud, el elemento de la accesibilidad económica[137], “con el propósito de garantizar que a los usuarios no se les impongan cargas económicas desproporcionadas para acceder al servicio. Sobre este tema se han expedido múltiples acuerdos y resoluciones en las cuales se ha entendido que el transporte es un medio para acceder a los servicios de salud, permitiendo su autorización en algunos casos”[138].

7.4. En materia legal, el artículo 2º de la Resolución 5261 de 1994[139] del Ministerio de Salud precisa que en el evento en que la entidad responsable de garantizar el servicio de salud no tenga la capacidad para prestar el servicio requerido en el municipio de residencia del usuario, podrá remitirlo al más cercano que tenga la capacidad para ello. Así

mismo, indica que “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 U.P.C.[140] diferencial mayor, en donde todos los gastos de transporte estarán a cargo de la E.P.S.”.

7.5. Con posterioridad, el Acuerdo 306 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (en adelante CNSSS), determinó que el P.O.S. cubría el traslado entre instituciones de personas hospitalizadas que padecían enfermedades de alto costo que por sus condiciones de salud y limitaciones en la oferta de servicios, requerían ubicación en un nivel de atención adecuado, siempre y cuando mediara la remisión de un profesional de la salud. A su vez, garantizó el servicio de transporte de los pacientes ambulatorios y hospitalizados por los cuales las E.P.S. del régimen subsidiado, por el cual recibían prima adicional o unidad de pago por capitación diferencial. En todos los casos, cuando existía limitación de oferta de servicios en un lugar o municipio, se preveía la remisión por parte de un profesional de la salud[141].

7.6. Luego, la Comisión de Regulación en Salud[142], expidió el Acuerdo 029 de 2011, el cual en su artículo 42 determina que el P.O.S. incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los usuarios que requieran un servicio no disponible en la institución remitora. Además señaló que “el servicio debe garantizarse en el área geográfica donde se encuentre el paciente y con base en (i) el estado de salud del paciente, (ii) el concepto del médico tratante y (iii) el lugar de remisión. En principio, la norma consagra que el transporte debe prestarse por medio de una ambulancia, pero posteriormente indica que también podrá disponerse del medio de transporte que esté disponible. A partir de ello se concluye que ‘la ambulancia no es el único medio’”[143]. Además, en su párrafo se establece que si el médico tratante determina que el paciente puede ser atendido por otro prestador o incluso recibir atención médica especializada en su hogar, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud.

7.7. En conclusión, el servicio de transporte para el acceso al derecho fundamental a la salud está incluido en el P.O.S. en los eventos en que: (i) el médico tratante autorice un determinado tratamiento o procedimiento y (ii) no pueda prestarse en la I.P.S. ubicada en

las cercanías del lugar de residencia del usuario, o el paciente no tenga la posibilidad de desplazarse por sus propios medios y requiera un medio de transporte especializado. Además, deberá ser cubierto por las E.P.S. cuando ésta no demuestre que el usuario o las personas que integran su núcleo familiar tengan capacidad económica para pagar el costo del traslado a las entidades prestadoras del servicio.

8. La libertad de los usuarios para escoger el prestador del servicio de salud

8.1. Para esta Corte, el derecho de los usuarios del sistema de salud a escoger de manera libre su E.P.S. y su I.P.S. corresponde al desarrollo del mandato legal estipulado en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y tiene como propósito garantizar a la persona el acceso a servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, al permitir que se desvincule de entidades que no garantizan adecuadamente el goce efectivo de éste derecho, así como garantizar que se afilie a aquellas que están prestando este servicio de manera idónea, oportuna y con calidad.

8.2. Así lo estableció en la Sentencia T-688 de 2010[144], en la cual señaló que el principio de libre escogencia cumple con una doble función (i) ser una característica constitutiva del Sistema General de Seguridad Social; y (ii) garantizar los derechos de los usuarios. En efecto, la disposición legal referida estipula:

“(…)4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta Ley.”[145]

8.3. A su vez, el artículo el literal g) del 156 de la Ley 100 de 1993, expone que “[l]os afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.”

8.5. Sin embargo, el derecho a la libre escogencia no tiene carácter absoluto, pues está condicionado a requisitos necesarios para el correcto funcionamiento del sistema de salud. En la Sentencia T-436 de 2004, se expuso que los afiliados debían cumplir con períodos mínimos de permanencia, los cuales propenden por la sostenibilidad financiera del sistema, sin que ello pueda erigirse en óbice para el incumplimiento de las E.P.S. de sus obligaciones constitucionales de disfrute y goce efectivo del derecho fundamental a la salud (i.e. cuando la prestación del servicio es mala o se suspende el mismo de manera injustificada).

8.6. En el mismo sentido, la Sentencia T-010 de 2004, limita la libertad de escogencia a las condiciones de oferta y servicio, posición reiterada en la Sentencia T-247 de 2005, que concluyó: “el afiliado puede escoger la Institución Prestadora del Servicio de Salud dentro de las opciones ofrecidas por la respectiva E.P.S., esto es, las I.P.S. con que exista contrato o convenio vigente. En efecto, el artículo 178 de la Ley 100 de 1993 establece que las entidades promotoras de salud tienen entre sus funciones “Definir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia.”[146].

8.7 En efecto, la Corte ha expuesto que así como los usuarios tienen la libertad para escoger su E.P.S. y éstas tienen autonomía para decidir con cuáles I.P.S. celebran convenios o contratos, “teniendo en cuenta para ello la clase de servicios que vayan a ofrecer, lo cual implica para los afiliados el derecho de escoger la Institución Prestadora de Servicios de Salud (I.P.S.) dentro de las ofrecidas por aquellas”[147].

8.8. Por tanto, en principio, los afiliados deben acogerse a las I.P.S. a las cuales sean remitidos, aún en el evento en que prefieran otra carente de contrato, siempre y cuando en la I.P.S. receptora se brinde una prestación integral del servicio. Así, solo si se acredita que la I.P.S. asignada no garantiza la prestación integral del derecho a la salud, o lo hace de manera inadecuada o de inferior calidad a la ofrecida por otra, la E.P.S. deberá contratar con otro prestador de servicio.

9. El debido proceso en la etapa de investigación de actos punibles

Habida cuenta que, de otro lado, la peticionaria solicita la protección del debido proceso presuntamente desconocido por la Fiscalía General de la Nación, la Sala procede a hacer algunas consideraciones sobre el mismo.

9.1. El derecho a la consecución de un proceso en un plazo razonable ha sido consagrado de manera expresa en la Convención Americana de Derechos Humanos, como la garantía que tiene toda persona a ser oída “dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”[148].

9.2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha reconocido en reiterada jurisprudencia[149] la necesidad de adelantar procesos judiciales con celeridad, analizando la razonabilidad del plazo al interior del mismo con base en los siguientes criterios: “(i) la complejidad del asunto, (ii) la actividad procesal del interesado y (iii) la conducta de las autoridades nacionales”[150].

9.3. De otra parte, la Corte Constitucional ha señalado que la inobservancia de los términos judiciales, vulnera el derecho fundamental al debido proceso, pues el principio de celeridad es la base fundamental de la administración de justicia. De manera concreta, en la Sentencia T-450 de 1993, se expuso que “[n]i el procesado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado profiera una sentencia condenatoria o absolutoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad.(...) Luego es esencial la aplicación del principio de celeridad en la administración de justicia. Ello se desprende directamente del artículo 228 de la Constitución, e indirectamente del artículo 209, cuando sostiene que el principio de celeridad debe caracterizar la actuación administrativa. Fue pues voluntad manifiesta del constituyente consagrar la celeridad como principio general de los procesos judiciales. Ahora una dilación por una causa imputable al Estado no podría justificar una demora en un proceso penal. Todo lo anterior nos lleva a concluir que frente al desarrollo del proceso penal, se deben aplicar las disposiciones sobre fijación de términos en desarrollo del principio de respeto a la dignidad de la persona, como límite a la actividad sancionadora del Estado”.

9.4. Así las cosas, la dilación injustificada de los procesos penales vulnera el debido proceso, lo cual faculta al afectado a interponer la acción de tutela, pues es deber de las autoridades judiciales cumplir de manera diligente los plazos procesales[151], toda vez que la demora en el trámite de un proceso no tenga justificación.

9.5. Ahora bien ¿Qué debe entenderse por celeridad en la etapa de investigación en procesos que requieren la interposición de querrela por parte del afectado? De manera previa, es importante recordar, que la querrela es una condición de procedibilidad de la acción penal, puesto que se concibe como un requisito que condiciona el inicio del proceso penal en tanto que solo la persona legitimada para el efecto puede autorizar la intervención del Estado para investigar las conductas que son reprochables penalmente"[152].

9.6. Sin embargo, a pesar de que la querrela es una excepción a la regla general según la cual, el Estado debe adelantar de oficio la investigación de los hechos que tienen las características de un delito, ello no implica la inexistencia de un deber de actuar dentro de un término razonable en la investigación de una noticia criminis.

9.7. Al respecto, el legislador consideró que el plazo máximo para imputarle a una persona la comisión de un hecho delictivo con el propósito de llevarlo a juicio, depende del tipo penal. En efecto, el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, señala:

“Duración de los procedimientos. El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación o solicitar la preclusión no podrá exceder de noventa (90) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294 de este código.

El término será de ciento veinte (120) días cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados o cuando se trate de delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados.

La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación.

La audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro de los cuarenta y cinco (45) días

siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria.

Parágrafo. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años”[153] (se resalta fuera del texto)

9.8. Así, como los jueces especializados no conocen de conductas cuya investigación requiere de la interposición de querrela[154], el plazo razonable para la formulación de imputación para aquellos delitos es de dos a tres años, dependiendo la cantidad de imputados y la existencia de un concurso de delitos.

9.9. Por tanto, el funcionario encargado de adelantar la investigación debe adelantar las actuaciones pertinentes y conducentes para formular la imputación dentro del plazo que el legislador consideró razonable para tal fin. Actuar por fuera de ese término, o no actuar de manera diligente dentro del mismo, vulnera el derecho fundamental al debido proceso y faculta al interesado a solicitar el amparo de sus garantías constitucionales por medio de la acción de tutela.

10. El derecho fundamental a la educación en niños y niñas

10.1. El derecho fundamental a la educación en niños y niñas comporta un conjunto de garantías en las cuales el Estado, la sociedad y la familia tienen la obligación de participar. A partir de la lectura de instrumentos de derecho internacional público, es posible identificar mandatos expresos para su implementación que han servido de fuente en nuestro ordenamiento jurídico.

10.1.1. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, se expone la gratuidad de la educación, por lo menos durante la etapa de instrucción elemental (artículo 26), bajo los postulados de igualdad (artículo 1º) y la dignidad (artículo 7º). A su vez, en el artículo 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, se señala que la educación debe tener fundamento en principios como la libertad y solidaridad, y debe garantizar una subsistencia digna y la pretensión de formar personas útiles para la

sociedad.

10.1.2 En sentido similar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exhorta a los Estados Partes a respetar y garantizar, sin distinción alguna (artículo 2º), entre otros, los derechos de todo niño a que se adopten las medidas de protección que su condición requiere y prohíbe cualquier forma de segregación (artículo 26), similar a lo estatuido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 19). De manera más específica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expone el deber del Estado para la adopción de medidas especiales para el amparo de niños y adolescentes, sin discriminación alguna (artículo 10), además de enunciar las garantías mínimas que integran el derecho a la educación (artículo 13), entre las cuales se encuentran: su titularidad personal; la enseñanza primaria gratuita, obligatoria y asequible a todos (literal a, numeral 2º), la oportunidad de seleccionar el lugar donde se impartirá la misma.

10.1.3. Aunado a ello, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), proclama en su artículo 13, el deber de fomentar o intensificar, en la medida de lo posible y como garantía de todos, la educación básica para quienes no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria. A su vez, en su artículo 23 reconoce a los niños su derecho a recibir atención especial, y la obligación estatal de asegurar en la medida de lo posible, la educación gratuita que capacite la rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, para lograr su desarrollo e integración social.

10.1.4. De esta manera, es posible encontrar un consenso en el derecho internacional sobre las obligaciones del Estado, la sociedad y la familia para garantizar el derecho fundamental a la educación en los niños y niñas, las cuales integran nuestro ordenamiento jurídico a través del bloque de constitucionalidad. También están incorporados de manera directa en nuestra Carta Política en los artículos 44 que consagra “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. (...)” y 67 “(...) El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad”.

10.2. Ahora bien, puesto que los niños y niñas son titulares del derecho a la educación debe concluirse, que en virtud del derecho a la igualdad establecido en el artículo 13 superior, aquellos que tienen disminución de su capacidad física, cognitiva o de cualquier otro tipo, son acreedores de esa garantía, máxime si por su especial condición se encuentran en estado de vulnerabilidad.

10.3. Como se expuso en la Sentencia T-826 de 2004, no hay razones para considerar que los niños y las niñas con limitaciones físicas, cognitivas u otras, tengan menos derecho que los demás a recibir educación. Sobre el particular la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad[155] señala que “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”. También estipula que “los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. (...) [y en ese sentido] 3. [l]os Estados Partes brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad”[156].

10.4. Sin embargo, a pesar de los instrumentos de derecho que obligan al Estado colombiano a propender por la igualdad, el derecho de los niños y su garantía a acceder a la educación, no puede desconocerse el trato discriminatorio al que han sido sometidos[157]. Con base en ello, la Corte ha señalado algunas directrices para guiar la aplicación de los derechos de los niños y las niñas a la educación, las cuales han sido sintetizadas en la Sentencia T-139 de 2013.

10.4.1. La primera, se fundamenta en el hecho incontrovertible de la vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y niñas con problemas de discapacidad, debido a la discriminación histórica que han sufrido. Por ello, el Estado, la sociedad y la familia “están obligados a adoptar acciones afirmativas a su favor orientadas a garantizar la integración social y el total disfrute de los derechos”[158].

10.4.2. La segunda, parte de la relación entre discapacidad y los contextos sociales intolerantes, los cuales “dan origen a las situaciones concebidas por la sociedad como

‘discapacitantes’[159].

El literal e) del preámbulo de la Convención sobre las personas con discapacidad, indica que este concepto “resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. A partir de ello, la dimensión “social”, concibe a las personas con discapacidad “como un grupo humano con diversidad funcional que debe ser abordado desde el punto de vista de su capacidad humana y no solamente desde su limitación”[160].

En esa medida, las acciones del Estado y la sociedad deben propender porque esa población alcance el mayor nivel posible de autonomía y participación en todas las decisiones que los afecten. Ello indica que el goce efectivo del derecho a la educación de las personas que presentan una reducción en sus capacidades físicas o cognitivas requiere “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”[161].

Estas modificaciones y adaptaciones necesarias implican el aporte de la sociedad en general para la constitución de un nuevo paradigma de los derechos de personas en condición de discapacidad: el de la participación en la construcción de la sociedad. Como se expuso en la Sentencia T-109 de 2012, la discapacidad era afrontada desde tres perspectivas:

(i) la prescindencia, según la cual la discapacidad era el resultado del castigo de los dioses, por practicar la brujería, razón por la cual la persona quedaba maldita y la sociedad debía condenarla al ostracismo[162] o a su eliminación.

(ii) la marginación, que constituyó a estas personas como seres anormales, sin autonomía que dependen de otros y cuyo cuidado correspondía a un acto de caridad y de asistencia por parte del Estado.

(iii) el enfoque médico o de rehabilitación, “concibe la discapacidad como la manifestación de diversas condiciones físicas, fisiológicas o psicológicas que alteran la normalidad

orgánica de la persona. Desde ese punto de vista, como es natural, las medidas adoptadas se cifran en el tratamiento de la condición médica que se considera constitutiva de la discapacidad”[163].

De esta manera, el antiguo paradigma sobre la discapacidad implicaba etiquetar a las personas con limitaciones físicas o cognitivas “como malditas, incapaces o enfermas y, por lo tanto, incompetentes para vivir en sociedad”[164]. A la luz de los instrumentos internacionales, de la jurisprudencia de esta Corte y de la dogmática moderna, la terminología de discapacidad implica reconocer a estos seres humanos, como sujetos de derechos, libres, iguales y dignos, sobre los cuales la sociedad tiene un deber de solidaridad, para propender que gocen de manera plena de todos sus derechos fundamentales en las condiciones más favorables posibles.

10.4.3. La tercera, se refiere a la prevalencia del modelo inclusivo de educación para niños y niñas con limitaciones físicas o cognitivas frente al especializado, porque “la regla general es la garantía de la posibilidad de acceder al sistema educativo en aulas regulares de estudio (...). La educación especial debe entenderse como la última opción, es decir, debe operar de forma excepcional”[165].

La Convención sobre personas con discapacidad establece en su artículo 24 que con el fin de hacer efectivo el derecho a la educación “sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida (...)” y a su vez, señala que los Estados deben garantizar que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad”.

En materia legal, el artículo 46 de la Ley 115 de 1994, “Ley General de Educación”, estipula que “La educación para personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognoscitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público educativo. || Los establecimientos educativos organizarán directamente o mediante convenio, acciones pedagógicas y terapéuticas que permitan el proceso de integración académica y social de dichos educandos.”.

A su vez, el artículo 11 de la Ley 361 de 1997, “Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones”, señala que “En concordancia con lo establecido en la Ley 115 de 1994, nadie podrá ser discriminado por razón de su limitación, para acceder al servicio de educación ya sea en una entidad pública o privada y para cualquier nivel de formación. // Para estos efectos y de acuerdo con lo previsto en el artículo siguiente, el Gobierno Nacional promoverá la integración de la población con limitación a las aulas regulares en establecimientos educativos que se organicen directamente o por convenio con entidades gubernamentales y no gubernamentales, para lo cual se adoptarán las acciones pedagógicas necesarias para integrar académica y socialmente a los limitados, en el marco de un Proyecto Educativo Institucional. // Las entidades territoriales y el Gobierno Nacional, a través del Sistema Nacional de Cofinanciación, apoyarán estas instituciones en el desarrollo de los programas establecidos en este capítulo y las dotará de los materiales educativos que respondan a las necesidades específicas según el tipo de limitación que presenten los alumnos”.

De conformidad con estos mandatos y en armonía con los principios constitucionales, esta Corporación en Sentencia T-443 de 2004, concluyó que el Estado debe garantizar el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad y solo en casos excepcionales debe brindarla en aulas especializadas.

En ese sentido, estableció un conjunto de reglas para el acceso al servicio de educación inclusiva, esto es, en aulas regulares, las cuales pueden observarse a continuación:

a) La acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores discapacitados.

b) La educación especial se concibe como un recurso extremo, esto es, se ordenará a través de la acción de tutela solo cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor.

c) Si está probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo.

d) En caso de que existan centros educativos especializados y que el menor requiera ese

tipo de instrucción, ésta no solo se preferirá sino que se ordenará.

e) Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se ordenará la prestación del servicio público convencional, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al menor discapacitado.”[166].

A partir de ello, la educación inclusiva constituye la regla general para garantizar este derecho. No obstante, su goce efectivo depende de la satisfacción de los siguientes presupuestos:

b. Acceso: Ello significa la eliminación de barreras económicas y sociales que impiden que las personas con limitaciones físicas o cognitivas puedan ejercer su derecho fundamental a la educación.

c. Aceptabilidad: El Estado debe garantizar que los profesores tengan el conocimiento idóneo para impartir clase a niños y niñas con limitaciones físicas o cognitivas en escuelas ordinarias y especializadas. A su vez, implica que las familias de los menores sean capacitados para facilitar el proceso educativo.

d. Permanencia o adaptabilidad. El Estado debe eliminar las barrera físicas (i.e. rampas para sillas de ruedas) o de lenguaje (educación por lenguaje de señas, lectura braille, etc) en los establecimientos educativos a fin de permitir que los niñas y niñas con limitaciones físicas o cognitivas puedan ejercer su derecho a la educación[167].

En conclusión, los niños y niñas son titulares del derecho fundamental a la educación sin importar las limitaciones físicas o cognitivas que presenten. Por esta razón, de llegarse a presentar una situación que genere discapacidad, el Estado debe eliminar las barreras que impidan el goce y disfrute efectivo de esa garantía, a través de la inclusión en el sistema tradicional, o en el especializado cuando las circunstancias lo ameriten (i.e. cuando sea imposible garantizar la disponibilidad, el acceso, la aceptabilidad, la permanencia o adaptabilidad).

11. Caso concreto

11.1. De conformidad con los hechos expuestos, el joven Andrés Fabián Núñez Clavijo, se encuentra en estado de discapacidad permanente, requiere de tratamiento integral según

prescripción de su médico tratante, quien además recomendó que fuera vinculado en el sistema académico por medio de la modalidad de inclusión escolar en colegio personalizado.

11.2. A su vez, su abuela quien es la persona encargada de su cuidado, manifiesta que no puede continuar con el mismo, debido a su edad y estado de salud, razón por la cual solicita ayuda profesional para atender las necesidades de Andrés Fabián. De otra parte, su familia expone que no tiene dinero para pagar los copagos, así como tampoco para costear la silla de ruedas, la silla para baño y el colchón antiescaras, que resultan importantes para el manejo y recuperación del joven Núñez Clavijo y se queja que el fiscal delegado para la investigación del siniestro del cual fue víctima el representado, no ha actuado de manera diligente.

11.3. Para resolver este caso, la Sala deberá dilucidar de manera previa, la procedibilidad formal de la acción de tutela, esto es, constatar si cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. Frente al primero, es importante recordar que la solicitud de amparo no prevé un término de caducidad, a partir de la interpretación del artículo 86 de la Constitución Política. Esta Corporación ha precisado que dicho mecanismo debe ejercerse dentro de un término justo, oportuno y razonable, toda vez que debe ser un instrumento de reacción judicial eficaz frente a la vulneración o amenaza grave, actual y vigente uno o varios derechos fundamentales. Esta situación obliga al juez de tutela a evaluar la razonabilidad del tiempo transcurrido, con los hechos de cada caso concreto[168], para determinar si el amparo resulta o no improcedente.

Por lo anterior, la orden del juez de tutela “debe estar respaldada por la urgencia e inmediatez, en presencia de las cuales la Constitución lo autoriza a modificar una situación de hecho a través de un proceso sumario y expedito en el tiempo”[169], condiciones que podrían verse desestimadas si el afectado ha dejado pasar un tiempo irrazonable para reclamar sus derechos.

La exigencia de inmediatez responde a necesidades adicionales, toda vez que, la acción de tutela es una vía constitucional cuya potencialidad es considerablemente superior a la de otros medios de defensa judicial, vía que la normatividad superior ha definido de manera sencilla y clara como defensa eficaz, que justifica acudir pronto a un procedimiento que,

precisamente por ello, es preferente y sumario. La Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia, que esta exigencia está encaminada a: i) proteger derechos de terceros que pueden verse vulnerados por una tutela ejercida en un plazo irrazonable[170]; ii) impedir que el amparo se convierta en factor de inseguridad jurídica[171]; y iii) evitar el uso de este mecanismo constitucional como herramienta supletiva de la propia negligencia en la agencia de los derechos[172].

En sentencia T-328 de 2010, esta Corporación señaló que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, en materia de tutela no se puede determinar un plazo a priori, sino de acuerdo con los hechos de cada caso concreto[173]. Es por ello, que dependiendo de las particularidades de cada situación fáctica, se podría declarar la improcedencia de la tutela en un término de seis meses de inactividad; pero, en otros eventos, un término de dos años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela[174].

Bajo esta misma lógica, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que existen casos en los no es procedente alegar la inmediatez en la interposición de la acción de tutela cuando el desconocimiento o vulneración del derecho fundamental subsiste con el paso del tiempo. Esto, en virtud de que la inmediatez no puede ser entendida como una caducidad, toda vez que la Constitución no ha previsto la caducidad de la acción en el artículo 86.

Lo anterior, por cuanto del material probatorio en el presente caso, se desprende que desde la fecha en que ocurrió el accidente de tránsito, esto es el catorce (14) de junio de dos mil doce (2012) hasta el momento en que se instauró la presente acción de tutela, esto es, el veinte (20) de noviembre de dos mil trece (2013), transcurrieron diecisiete (17) meses. Sin embargo, no se pueden desconocer las especiales circunstancias del caso objeto de revisión, a saber:

(i) el estado de salud del joven Núñez Clavijo se encuentra en deterioro grave a causa del accidente de tránsito en el cual resultó lesionado.

(ii) el accionante ha acudido y ha sido atendido por la E.P.S. Salud Total, y aunque ha tenido mejoría aún requiere tratamiento continuo, es decir, persiste la necesidad de garantizar su derecho a la salud.

Teniendo en cuenta además que la parte accionante ha realizado actividades tendientes a que le fuera practicado el tratamiento requerido durante todo el año 2012, registrándose la última actuación en este sentido en febrero diecinueve (19) de dos mil trece (2013) – respuesta al derecho de petición- es decir, dos meses antes de interponer la acción de tutela, la Sala considera que en el presente caso se satisfacen las exigencias propias del requisito de inmediatez.

11.4. En cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, la Sala encuentra que la accionante ha actuado de manera diligente y ha agotado los procedimientos idóneos para lograr la atención integral del joven Andrés Fabián Núñez Clavijo, toda vez que acudió al dictamen del médico tratante por medicina general y especialista, solicitó la prestación de servicios ante el C.T.C., interpuso derecho de petición ante Salud Total E.P.S. y ante la Fiscalía General de la Nación. Así las cosas, la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo y eficaz para solicitar la protección de sus derechos fundamentales, en la medida en que (i) los otros medios, aunque idóneos, han resultado ineficaces y (ii) de persistir las condiciones que originaron la presente solicitud de amparo, puede suceder un perjuicio irremediable.

11.5. Ahora bien, una vez verificada la procedibilidad formal de la presente acción de tutela, la Sala entrará a determinar su procedibilidad material, esto es, estudiará el fondo del asunto sometido a su revisión. Para ello, abordará tres ejes temáticos:

(a) El componente relacionado con la salud, esto es la solicitud de tratamiento integral, la autorización de insumos y servicios no incluidos en el P.O.S. y la exoneración de copagos;
(b) La solicitud de inclusión de Andrés Fabián en un programa de educación escolar personalizada; (c) Los deberes de la Fiscalía General de la Nación en la investigación de presuntas conductas delictivas.

a. Servicios de salud

Para esta Sala, la situación a la que de manera intempestiva ha sido sometido el joven Andrés Fabián Núñez Clavijo, genera repercusiones reales en su vida y en la de su familia. Como se expuso, el derecho fundamental a la salud comprende la relación de la persona con su entorno y ante un suceso que afecte tal dinámica, el Estado, la sociedad y la familia deben realizar acciones afirmativas que pretendan su restablecimiento.

En el caso objeto de revisión, puede constatarse que la afectación a la salud de Andrés Fabián, independientemente del hecho que la originó, genera obligaciones solidarias por parte de su familia, quien ha asumido hasta el máximo posible la función de cuidado y protección que le corresponde, pero que de conformidad con los hechos expuestos en la presente acción de tutela, no son suficientes o generan una carga desproporcionada en cabeza de la misma.

Frente a ello, la Sala encuentra que Salud Total E.P.S. nunca manifestó que el representado no necesitara los insumos y servicios que está solicitando sino que se limitó a decir que los mismos no estaban incluidos en el P.O.S. Así las cosas, se procederá a verificar si en el presente caso se encuentran cumplidos los requisitos para autorizar tratamientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud (Supra página 36, punto 6.1).

Que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiera. En este caso, se verifica esta situación, porque la negación de Salud Total E.P.S. a autorizar los servicios que necesita Fabián Andrés, repercute en su vida pues no le permite relacionarse con la sociedad ni con su entorno de manera plena. Pues en concepto de su médico tratante “ni sus roles ni los de su familia serán los mismos, no pudo continuar con sus estudios, sus actividades principales, padece serios dolores por los traumas ocasionados en el accidente de tránsito como crisis de ansiedad, crisis de estrés, ataques de parálisis, mal humor. A su turno, también padece como secuela de la colisión, a nivel físico: dolores de cabeza permanentes, malestares.”[175].

Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio. Según la historia clínica, Andrés Fabián ha sido tratado con fisioterapia, psicología, neurología y fonoaudiología (supra página 7); no obstante, su médico tratante adscrito a la red de servicios de Salud Total E.P.S. le valoró y al ver que las terapias efectuadas no habían sido eficaces ordenó el tratamiento integral, el cual comprende un conjunto de procedimientos, tratamientos, servicios e insumos que no están contemplados en el P.O.S., los cuales deberán establecerse en el momento en que se efectúe una planeación para restablecer su salud.

Que el afectado no pueda directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no

puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie. A partir de la situación que presenta la familia de Andrés Fabián, la cual no ha sido objeto de debate por Salud Total E.P.S., y a pesar que esta última cuenta con información sobre el valor que mensualmente cotizan sus padres por concepto de salud, se concluye que el núcleo familiar no cuenta con recursos económicos suficientes para pagar los servicios requeridos.

Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo. La médica Mery Laura Ballesteros C. psicóloga especialista en evaluación y diagnóstico, profesional adscrita a la red de servicios de Salud Total E.P.S., por medio de la I.P.S. Retornar S.A.S. solicitó el ingreso de Andrés Fabián al programa de rehabilitación integral.

Así las cosas, al no haber discusión sobre la necesidad del tratamiento integral, pues Salud Total E.P.S. se limitó a indicar que los mismos no se autorizaban por no estar contemplados en el P.O.S., la Sala ordenará que esa entidad autorice todos los procedimientos, tratamientos, servicios e insumos que requiera Andrés Fabián Núñez Clavijo para el restablecimiento de su salud.

Ahora bien, de conformidad con lo expuesto en esta providencia, es importante recordar que la imposibilidad de asistir a los controles médicos por dificultades económicas para transportarse, o por no tener el dinero suficiente para pagar los copagos vulneran el derecho fundamental a la salud en su faceta de acceso. En atención a ello, la Sala evaluará si en el presente caso se cumplen las reglas desarrolladas por la Corte Constitucional para la autorización del servicio de transporte y la exoneración de pagos al sistema de seguridad social en salud.

Respecto a la solicitud de transporte, es importante reiterar que el mismo se encuentra incluido en el P.O.S. (supra página 44) y que su prestación debe obedecer a dos criterios:

(i) el médico tratante autorice un determinado tratamiento o procedimiento. En el caso objeto de estudio es un hecho, no objeto de debate, que se han autorizado diferentes procedimientos en I.P.S. entre ellas la Clínica Retornar, por orden directa del médico tratante, así como la atención especializada en psiquiatría, fisiatría, fonoaudiología y neurología; y

(ii) no pueda prestarse en la I.P.S. ubicada en las cercanías del lugar de residencia del usuario, o el paciente no tenga la posibilidad de desplazarse por sus propios medios y requiera un medio de transporte especializado. En el asunto sometido a estudio de esta Sala, se comprobó esta circunstancia, toda vez que Andrés Fabián debe desplazarse hasta las I.P.S. para su atención, muy lejos de su residencia, ya que, de hecho, la Clínica Retornar está ubicada en la calle 87 con autopista Norte en Bogotá, lugar que resulta bastante alejado del municipio de Soacha.

Lo anterior, sumado a que la actora manifiesta no tener los recursos económicos suficientes para costear los gastos del tratamiento, entre ellos el transporte, hace procedente que el mismo sea cubierto por Salud Total E.P.S. de conformidad con las reglas desarrolladas por esta Corte, según las cuales, “[a]demás, deberá ser cubierto por las E.P.S. cuando ésta no demuestre que el usuario o las personas que integran su núcleo familiar tengan capacidad económica para pagar el costo del traslado a las entidades prestadoras del servicio”[176].

Con base en ello, la Sala ordenará a Salud Total E.P.S. que autorice el transporte que requiera Andrés Fabián Núñez Clavijo para su tratamiento médico.

Ahora bien, respecto a la exoneración de copagos, la Corte ha señalado que “si el peticionario afirma no tener recursos económicos suficientes para costear la prestación del servicio de salud requerido, tal hecho debe presumirse cierto”[177]. En el caso objeto de debate, Salud Total E.P.S. no desvirtuó las afirmaciones efectuadas por la accionante, respecto a su falta de capacidad económica, para pagar el tratamiento que necesita Andrés Fabián Núñez Clavijo. En efecto, la madre del menor aportó como prueba la copia del registro civil de sus dos hijas Gabriela Núñez Clavijo de 15 años[178] y Lizeth Núñez Clavijo de 17 años[179], copia del recibo del servicio de acueducto donde consta que reside en estrato 1, Certificación Laboral donde prueba que ella labora en actividades domésticas desde el día 21 de julio del presente, dos días a la semana y que devenga un salario de cuarenta mil pesos (\$ 40.000) y una declaración juramentada donde consta que ella es una mujer cabeza de familia madre de tres hijos[180]. Por tal razón, aunado a la inactividad de Salud Total E.P.S. se tendrá como probada la falta de recursos alegada por la parte accionante y se ordenará a esa entidad que exonere de cualquier pago que se genere por el tratamiento del representado.

Finalmente, frente a la solicitud de que la Fundación Teletón sea la encargada de realizar el tratamiento integral al menor, es importante recordar que si bien el usuario tiene derecho a elegir su E.P.S., aquella tiene la facultad de contratar con las I.P.S. que considere conveniente toda vez que garantice los servicios y tratamientos que necesiten sus usuarios. No obstante, de llegarse a comprobar que la I.P.S. asignada no preste el servicio, o lo haga arriesgando la salud del usuario podrá exigirse el cambio de la misma, situación que en este caso no se evidencia pues a pesar de que la accionada no autorizó el tratamiento integral, no puede decirse que éste o sus contratadas actuaron de manera negligente pues de conformidad con el material probatorio, han brindado los servicios incluidos en el P.O.S. con periodicidad y eficiencia.

Por tal razón, este Tribunal no puede obligar a Salud Total E.P.S. a contratar el servicio de rehabilitación con la fundación Teletón. En consecuencia, se negará tal pretensión.

b. Educación

De conformidad con el diagnóstico proferido por la médica tratante de Andrés Fabián Núñez Clavijo[181] (evaluación Neuropsicológica proferido por la Clínica Retornar del 26 de octubre de 2013) es necesario que el representado ingrese al programa de rehabilitación integral[182] y sea vinculado “al sistema académico por medio de la modalidad de inclusión escolar, sin embargo es importante mencionar que requiere de supervisión permanente en los desplazamientos fuera del hogar, dado el compromiso motor y de comportamiento; como también vinculación en colegio personalizado.”[183].

Para determinar la procedibilidad de la pretensión reclamada por medio del mecanismo de amparo, la Sala estudiará las particularidades del caso sometido a su revisión, frente a las reglas desarrolladas por esta Corporación sobre tal materia (Sentencia T-443 de 2004).

a) La acción de tutela es un mecanismo judicial idóneo para la protección del derecho a la educación de los menores discapacitados. En este caso, se trata de un menor de edad cuya disminución en sus capacidades físicas y las repercusiones que ello tiene sobre su vida, ameritan la intervención inmediata del juez de tutela.

b) La educación especial se concibe como un recurso extremo, esto es, se ordenará a través de la acción de tutela solo cuando valoraciones médicas, psicológicas y familiares la

consideren como la mejor opción para hacer efectivo el derecho a la educación del menor. En el dictamen médico se expone que el joven requiere de educación personalizada, con supervisión permanente debido al compromiso motor y la afectación en su comportamiento.

c) Si está probada la necesidad de una educación especial, esta no puede ser la excusa para negar el acceso al servicio público educativo. Ahora bien, si las circunstancias fácticas descritas en el literal b) no fueran un impedimento para su inclusión en el servicio público de educación, mal haría esta Corte en erigir una barrera para que el joven Andrés Fabián Núñez Clavijo, no pudiera acceder al mismo, toda vez que él y su familia, orientados por su médico tratante, consideren que ello es adecuado.

d) En caso de que existan centros educativos especializados y que el menor requiera ese tipo de instrucción, ésta no solo se preferirá sino que se ordenará. En razón a ello, en el caso objeto de revisión se ordenará que la Secretaría de Educación y Cultural del municipio de Soacha lo incluya en una institución de educación especial. Toda vez que a partir de la evaluación neuropsicológica del periodo comprendido entre julio y octubre de 2013, que se le practicó que el agenciado “presenta compromiso en fluidez verbal en cuanto a funciones ejecutivas, desempeño por debajo de lo esperado, pérdida del equilibrio al caminar, discapacidad intelectual leve, memoria a corto y largo plazo comprometida, dificultades en la comprensión de información y déficit de escritura”[184]. Situación que amerita, según el concepto médico, que se preste el servicio de educación especializada, la cual solo se suspenderá si Andrés Fabián y su familia, orientados por su médico tratante, determinan que es preferible optar por un programa de educación regular.

e) Ante la imposibilidad de brindar una educación especializada, se ordenará la prestación del servicio público convencional, hasta tanto la familia, la sociedad y el Estado puedan brindar una mejor opción educativa al menor discapacitado. En el caso objeto de estudio, tal premisa no es oponible a la orden de incluir a Andrés Fabián en un programa educativo especial, pues la Secretaría de Educación y Cultura del municipio de Soacha, no manifestó oportunamente, dentro del proceso de la referencia, que se encuentra en imposibilidad absoluta para garantizar el derecho fundamental a la educación al agenciado.

Con base en ello, la Sala ordenará que se preste el servicio de educación especial al menor

y se brinden las condiciones necesarias para el acceso al mismo, esto es, el pago del servicio de transporte de ser necesario y los materiales de trabajo en clase sean necesarios para garantizar de manera integral y completa su derecho fundamental a la educación.

c. Debido proceso

Con relación a la presunta vulneración del derecho al debido proceso por la demora injustificada en la realización de la audiencia de imputación de cargos, la Sala considera que, de conformidad con las pruebas aportadas y valoradas en esta revisión, el proceso llevado a cabo por la Fiscalía Segunda Local del municipio de Soacha ha sido desarrollado de manera diligente, dentro de los plazos establecidos por la ley y en armonía con la metodología establecida para la conducta investigada.

En el caso objeto de estudio, el tipo penal que la parte actora pretendía se imputara al actor era lesiones personales culposas, conducta que de conformidad con el artículo 175 del Código de Procedimiento Penal, modificado por el artículo 49 de la Ley 1453 de 2011, podía ser investigada por un período de dos años, a partir del conocimiento, por parte de la Fiscalía, del hecho que generó su intervención: “Parágrafo. La Fiscalía tendrá un término máximo de dos años contados a partir de la recepción de la noticia criminis para formular imputación u ordenar motivadamente el archivo de la indagación. Este término máximo será de tres años cuando se presente concurso de delitos, o cuando sean tres o más los imputados. Cuando se trate de investigaciones por delitos que sean de competencia de los jueces penales del circuito especializado el término máximo será de cinco años”[185].

Como el hecho que suscitó la investigación ocurrió el 14 de junio de 2012, el plazo para imputar cargos al ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés venció el 14 de junio de 2014, fecha para la cual se había desistido de la acción penal como se observa en el material probatorio:

“En efecto, el día 19 de mayo de 2014, acudió al Despacho de la Fiscalía 2 Local de Soacha, la señora Claudia Patricia Clavijo Arias, en calidad de madre y representante legal de la víctima ANDRES FABIAN NUÑEZ CLAVIJO y en compañía del apoderado de las víctimas DR. JESUS DAVID SOTO PARRA, en calidad de querellante y de otra parte como querrellado se hizo presente el señor CARLOS HUMBERTO LOZANO MANJARRES en compañía del Dr. KENNETH FRANCIS HENRIQUEZ MARTINEZ, quienes realizaron un acuerdo conciliatorio.

El acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes, se encuentra debidamente suscrito por quienes intervinieron en él, y en el mismo la señora CLAUDIA PATRICIA CLAVIJO y el Dr. JESUS DAVID SOTO PARRA, en calidad de apoderado y Representante de Víctimas, reciben tres (3) títulos valores (letras de cambio) como medio de pago y en dicho acuerdo también presentaron Desistimiento de la acción Penal y manifestando que en caso de incumplimiento por parte del querellado acudirían a las Jurisdicción Civil.”[186].

Así las cosas, la Sala concluye que no se vulneraron los derechos fundamentales de Andrés Fabián Núñez Clavijo por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que esa entidad demostró que efectuó actividad investigativa y citó a tres audiencias de conciliación, actuando de manera diligente, dentro del plazo que la ley le faculta para valorar los hechos y las pruebas con anterioridad a la imputación del delito de lesiones personales culposas.

De otra parte, tampoco se probó vulneración alguna por parte de Seguros del Estado S.A., pues esa entidad actuó de conformidad con las obligaciones que le generan este tipo de sucesos “efectuó 4 pagos al Hospital de Kennedy con ocasión del siniestro, por los gastos en que incurrió para la atención del agenciado por un valor total de nueve millones cuatrocientos ochenta y un mil pesos (\$9.481.000)”[187]. Así las cosas, esa compañía no está facultada para ordenar pagos relacionados con la prestación de servicios de salud, como lo establece el Decreto 4747 de 2007, es decir, en atenciones de víctimas por accidentes de tránsito, pues ellos actúan como administradoras de recursos de un plan de beneficios, de conformidad con la Sentencia T-111 de 2003.

Finalmente, la Sala desestimaré el argumento según el cual el ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés, vulneró los derechos fundamentales del accionante, pues de conformidad con lo expuesto en esta sentencia, su accionar fue objeto de estudio de la Fiscalía General de la Nación, trámite en el cual se concluyó que la parte actora desistía de la acción penal.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretada por medio de Auto del cinco (5) de agosto de dos mil catorce (2014), proferido por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, para decidir el asunto de la referencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE las sentencias proferidas por la Subsección A de la Sección Segunda, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veintidós (22) de noviembre de dos mil trece (2013) en primera instancia y por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014) en sede de apelación, mediante los cuales se resolvió la acción de tutela promovida por la Luz Marina Arias Páez como agente oficiosa de su nieto Andrés Fabián Núñez Clavijo contra la Fiscalía General de la Nación, las entidades Seguros del Estado y Salud Total E.P.S., y el ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés y en su lugar CONCEDER sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud y a la educación.

TERCERO: ORDENAR a Salud Total E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice y asigne una cita médica al joven Andrés Fabián Núñez Clavijo en la cual se efectúe una valoración completa sobre su actual estado de salud. Así mismo, a partir de su diagnóstico, deberá autorizar de manera inmediata el suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación y realización de exámenes de diagnóstico, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el restablecimiento de su salud, a los cuales no podrán oponerse consideraciones respecto a la inclusión del servicio dentro del P.O.S. u otras consideraciones de orden administrativo.

QUINTO: ORDENAR a Salud Total E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice y preste el servicio de transporte al joven Andrés Fabián Núñez Clavijo, desde su residencia hasta la I.P.S., que le sea asignada para asistir a todas las citas médicas que le sean programadas para el tratamiento de su patología.

SEXTO: ORDENAR a Salud Total E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, EXONERE del pago de copagos, cuotas moderadoras o cualquier otro pago que se genere por los tratamientos, procedimientos,

medicamentos e insumos, que requiera el menor Andrés Fabián Núñez Clavijo con ocasión a su patología y durante todo el tiempo que persista la misma.

SÉPTIMO: ORDENAR a la Secretaría de Educación y Cultura del municipio de Soacha que preste el servicio de educación especial y personalizada al menor Andrés Fabián Núñez Clavijo, de conformidad con las indicaciones, recomendaciones y necesidades específicas que su médico tratante en psicología y neuropsicología, considere pertinente, para la recuperación de su salud, por medio de las instituciones de las cuales dispone para tal propósito. En el evento, en que tal entidad no cuente con un centro de educación que cumpla con las especificaciones proferidas por el médico tratante, deberá suscribir un contrato con una entidad que satisfaga completamente con tales requerimientos.

Una vez presentado el concepto por parte del médico tratante, la Secretaría de Educación y Cultura del municipio de Soacha dispondrá de quince (15) días calendario para informar a la familia sobre las opciones educativas disponibles para Andrés Fabián Núñez Clavijo, quienes en compañía de su médico tratante decidirán cuál de las opciones propuestas es de su preferencia.

Si ninguna de las instituciones propuestas por la Secretaría de Educación y Cultura del municipio de Soacha cumple con las especificaciones proferidas por el médico tratante, esa entidad deberá suscribir el contrato referido en esta orden en un plazo no superior a sesenta (60) días calendario posteriores a la notificación de esta sentencia.

La Secretaría de Educación y Cultura además deberá garantizar las condiciones materiales necesarias para acceder al servicio de educación de manera plena, esto es, deberá proporcionar servicio de transporte de ser necesario, así como todos los materiales, libros de texto, cuadernos y cualquier elemento que sea necesario para la rehabilitación y educación del menor Andrés Fabián Núñez Clavijo.

OCTAVO: ORDENAR a Salud Total E.P.S., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, autorice el servicio de enfermería tiempo completo al menor Andrés Fabián Núñez Clavijo, para que lo acompañe en su lugar de residencia y en el lugar donde tendrá lugar el programa de educación especial personalizada.

NOVENO: ORDENAR a Salud Total E.P.S. que programe un plan de seguimiento al estado de salud del joven Andrés Fabián Núñez Clavijo, que incluya controles periódicos y valoración por especialista para analizar la evolución de su enfermedad.

DÉCIMO: CONFIRMAR el fallo proferido por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, el trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014) en segunda instancia, mediante el cual se resolvió la acción de tutela promovida por la Luz Marina Arias Páez como agente oficiosa de su nieto Andrés Fabián Núñez Clavijo contra la Fiscalía General de la Nación, las entidades Seguros del Estado y Salud Total E.P.S., y el ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés, ÚNICAMENTE por las razones expuestas en esta sentencia, relativas a la inexistencia de mora judicial por parte de la Fiscalía Segunda del municipio de Soacha, la responsabilidad de Seguros del Estado S.A., y la vulneración de garantías fundamentales al menor por parte del ciudadano Carlos Humberto Lozano Manjarrés.

DÉCIMO PRIMERO: DECLARAR que la Fiscalía Segunda del municipio de Soacha, Seguros del Estado S.A., y Carlos Humberto Lozano Manjarrés, no vulneraron los derechos fundamentales del menor Andrés Fabián Núñez Clavijo, en los términos expuestos en esta sentencia.

DÉCIMO SEGUNDO: RECONOCER que Salud Total E.P.S., puede recobrar en el FOSYGA las sumas de dinero en las que incurra y que no sean su obligación, para garantizar el tratamiento integral al joven Andrés Fabián Núñez Clavijo, previa presentación de la respectiva cuenta de cobro y verificación por parte del FOSYGA de la prestación de los servicios relacionados en la misma.

DÉCIMO TERCERO: Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-791/14

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a EPS para brindar atención integral exige que el juez de tutela valore ciertos criterios que elimine el carácter general y futuro de la prestación que se concede (Salvamento parcial de voto)

DERECHO A LA EDUCACION INCLUSIVA DE PERSONA EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Orden a Secretaría de Educación prestar servicio de educación especializada, debió apoyarse en datos ciertos sobre las dificultades y necesidades de joven con discapacidad permanente (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Octava de Revisión, procedo a explicar las razones que me impiden acompañar, en su integridad, el fallo de la referencia.

Mi disenso, como explicaré a continuación, tiene que ver con dos aspectos puntuales: con el hecho de que la Sentencia T-791 de 2014 no haya identificado ni resuelto el dilema constitucionalmente relevante en relación con la infracción del derecho fundamental a la salud de Andrés Fabián y con que le haya imputado a la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha una responsabilidad en la vulneración de su derecho a la educación, tras

vincularla al trámite constitucional en condición de accionada, pese a que no hay indicios de que dicha entidad haya llevado a cabo alguna conducta trasgresora de ese derecho fundamental. Paso, entonces, a precisar mis objeciones al respecto.

1. En la oportunidad correspondiente, le advertí a la Sala que los problemas jurídicos formulados no lograban reflejar el debate que planteaba la acción de tutela. Me opuse, por ello, a que la Sentencia T-791 de 2014 se propusiera establecer si una EPS vulnera el derecho fundamental a la salud “cuando se niega a autorizar procedimientos que un usuario necesita, argumentando que no se encuentran en el POS”, pese a que, en realidad, el estudio de la eventual infracción del derecho a la salud de Andrés Fabián exigía resolver dos interrogantes concretos, como, de hecho, lo hicieron los fallos objeto de revisión: i) si Salud Total podía negarse a autorizar los insumos y los servicios No Pos solicitados en la tutela (silla de ruedas, silla de baño, colchón antiescaras, transporte y enfermería) porque no habían sido prescritos por el médico tratante y porque su ausencia no representaba una amenaza para los derechos fundamentales de Andrés Fabián y ii) si podía negarse a brindarle el tratamiento integral de su enfermedad, sobre el supuesto de que este podía ser sustituido por las alternativas POS, como lo estableció su comité técnico científico.

2. El fallo del que me aparto no respondió a esos interrogantes, no se pronunció sobre lo alegado por la EPS, sobre el dictamen del Comité Técnico Científico ni sobre lo decidido por los jueces de instancia. Tampoco justificó la orden de brindar el tratamiento integral, pese a que, en reciente decisión (T-619 de 2014[188]), esta misma Sala de Revisión advirtió que la orden de prestar un tratamiento integral exige que el juez de tutela valore ciertos criterios que eliminen el carácter general y futuro de la prestación que se concede, es decir, que eviten que la orden que se imparta se torne indeterminada. Esto implica describir las patologías del paciente, las prestaciones que requiere para su diagnóstico y recuperación y otros aspectos relevantes para el efecto, como su calidad de sujeto de especial protección. La Sentencia T-791 de 2014 no satisface esas cargas mínimas[189], siendo esto lo que me impide acompañarla.

3. Mi segunda objeción con el fallo tiene que ver con que le haya atribuido a la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha una responsabilidad en la infracción del derecho fundamental a la educación de Andrés Fabián, pese a que no se vislumbra, a partir de los referentes fácticos y del material probatorio al que se alude en el fallo, algún indicio que

conduzca a atribuirle a dicha entidad alguna acción u omisión trasgresora de los derechos fundamentales amparados. La sentencia no indica, siquiera, que la agente oficiosa de Andrés, la señora Luz Marina Arias, se hubiera pronunciado al respecto. La señora Arias solicitó que se le brindara a Andrés atención en un instituto especial para jóvenes con condiciones de salud similares. No alegó, en ningún momento, que hubiera acudido a la Secretaría de Educación y Cultura de Soacha con ese objetivo, ni que esta se hubiera negado a brindarle el servicio.

4. En esos términos, considero que la decisión de vincular a la Secretaría al trámite constitucional como accionada fue arbitraria. Lo mismo opino respecto de las órdenes que se le impartieron en relación con la garantía del derecho a la educación de Andrés Fabián, solamente, con fundamento en que “no manifestó la imposibilidad absoluta” de garantizar ese derecho. A mi juicio, lo que en ese sentido se resuelve redundante en una trasgresión del debido proceso de la Secretaría, cuya respuesta debió ser requerida, en ejercicio de las amplias facultades con que cuenta el juez constitucional para el efecto.

5. Por último, estimo que la orden de prestarle el servicio de educación personalizada al agenciado debió apoyarse en datos ciertos sobre las dificultades que ha tenido para continuar sus estudios, su situación actual de salud y sus necesidades concretas. La ausencia de una labor de recaudo probatorio consecuente con la importante tarea que cumple esta corporación en el trámite de revisión de tutelas me impide acompañar las órdenes que en ese sentido se impartieron.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Folio 30.

[2] Folio 10.

[3] Folio 6.

[4] Folio 19.

[5] Folio 30.

[6] Folio 33.

[8] Cuaderno Anexo 1. Folio 47.

[9]Folio 40 - 41 del cuaderno de segunda instancia.

[10]Folio 11 - 15 del cuaderno de segunda instancia.

[11] Folio 3.

[12] Folio 7.

[13] Folio 8.

[14] Folio 9.

[15] Folio 10 y 12.

[16] Folio 11.

[17] Folio 13.

[18] Folio 15 - 16.

[19] Folio 17.

[20] Folio 19.

[21] Folio 20.

[22] Folio 21.

[23] Folio 22 - 23.

[24] Folio 24 - 28.

[25] Folio 102.

[26] Folio 103.

[27] Folio 104 - 106.

[28] Folio 107.

[29] Copia del proceso penal correspondiente al expediente 257546108002201280947, donde aparece como indiciado Carlos Humberto Lozano Manjarrés, por el delito de lesiones culposas contra el menor Andrés Fabián Núñez Clavijo (68 folios).

[30] Cuaderno dos. Folio 1 - 4.

[31] Cuaderno dos. Folio 23.

[32] Cuaderno dos. Folio 24.

[33] Cuaderno dos. Folio 26.

[34] Cuaderno dos. Folio 25.

[35] Cuaderno dos. Folio 9 - 11.

[36] Cuaderno dos. Folio 15.

[37] Cuaderno dos. Folio 27.

[38] Cuaderno dos. Folio 31.

[39] Cuaderno dos. Folio 37.

[40] Cuaderno dos. Folio 40.

[41] Cuaderno dos. Folio 48.

[42] Cuaderno dos. Folio 50.

[44] Cuaderno dos. Folio 66 - 67.

[45] Cuaderno dos. Folio 70 - 71.

[46] Cuaderno dos. Folio 69.

[47] Folio 140.

[48] Folio 141.

[49] Folio 142.

[50] Folio 143.

[51] Folio 144.

[52] Folio 28.

[53] Folio 142 - 143.

[54] Folio 146 - 147.

[55] Cuaderno Corte. Folio 14.

[56] Cuaderno Corte Folio 36 - 42.

[57] Cuaderno Corte. Folio 44.

[58] La Sala reiterará las consideraciones expuestas en la sentencia T- 054 de 2014.

[59] Ver Sentencia T-724 de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil

[60] Énfasis añadido.

[61] Énfasis añadido.

[62] Corte Constitucional, Sentencia T-531 de 2002.

[63] Decreto 2591 de 1991. Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos

cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. || Artículo 46. Legitimación. || El Defensor del Pueblo podrá sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión. Artículo 47. Parte. Cuando el Defensor del Pueblo interponga la acción de tutela será, junto con el agraviado, parte en el proceso.

[64] Ver sentencia T-859 de 2003. Para entonces, se acudió a los criterios dogmáticos establecidos en la sentencia T-227 de 2003 para resolver que el derecho a la salud es fundamental. Allí se señaló que son derechos fundamentales: “(i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo”. La tesis del derecho a la salud como fundamental, ha sido considerablemente reiterada en las Sentencias T-760 de 2008, T-820 de 2008, T-999 de 2008, T-184 de 2011, T-321 de 2012 y T-214 de 2013, entre otras.

[65] Sentencia T-760 de 2008.

[66] El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. Cfr. Sentencia T-355 de 2012 y T-214 de 2013, entre otras.

[67] Aunque las observaciones generales no tienen carácter vinculante, deben entenderse como parámetros para el cumplimiento de los tratados suscritos por Colombia. Así, por ejemplo, la Observación General No. 14 que desarrolla el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece unas directrices para el “disfrute del más alto nivel posible de salud”, estipulada en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[68] La Corte Constitucional ha entendido que los tratados y convenios internacionales a los que hace referencia el artículo 93 superior, integran la Carta Política en la medida en que sus disposiciones tienen la misma jerarquía normativa de las reglas contenidas en el texto constitucional. Tales preceptos internacionales complementan la parte dogmática de la Constitución, conformando el llamado bloque de constitucionalidad, que está constituido por aquellas normas y principios que sin aparecer expresamente en el articulado de la Constitución, han sido integrados a ella por diversas vías, incluyendo el reenvío que la misma Carta realiza a través del artículo 93 superior. El bloque de constitucionalidad no solamente está integrado por las normas protectoras de los derechos humanos, sino también en los casos de conflicto interno o externo, por aquellas que componen el llamado Derecho Internacional Humanitario (DIH), por lo que la figura ha logrado conciliar en nuestro sistema jurídico el principio de la supremacía de la Constitución con el reconocimiento de la prelación en el orden interno de los tratados internacionales referidos (Art. 93 C.P.), y para que opere la prevalencia de tales instrumentos internacionales en el orden interno, es necesario que se den dos supuestos a la vez: de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción. Sentencia C-240 de 2009.

[69] Firmado por el Estado colombiano el 21 de diciembre de 1966, ratificado el 29 de octubre de 1969 e incorporado mediante la Ley 74 de 1968.

[70] Ver párrafo introductorio.

[71] Párrafo 12. Observación General No. 14.

[72] Con independencia de referencias precisas en medidas provisionales y en opiniones consultivas, resultan relevantes las siguientes sentencias: Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C No. 246; Caso Vera y otra Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011, Serie C No. 226; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214; Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C No. 171, y Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149.

[73] Cfr. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra; Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C No. 125; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, y Caso de los “Niños de la Calle”(Villagrán Morales y Otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

[74] Cfr. Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C No. 226; Caso Vera y otra, supra; Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218; Caso del Penal Miguel Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, y Caso “Instituto de Reeducción del Menor”.

[75] Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Suárez peralta vs. Ecuador. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Voto recurrente Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

[76] *Ibíd.*

[77] “Artículo 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno [...]”.

[78] “Artículo 35. I. El Estado, en todos sus niveles, protegerá el derecho a la salud, promoviendo políticas públicas orientadas a mejorar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso gratuito de la población a los servicios de salud. II. El sistema de salud es único e incluye a la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

[79] “Artículo 196. La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”.

[80] “Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

[81] “Artículo 46. [...]Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias”.

[82] “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: ... 9. El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado...”.

[83] “Artículo 32. La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin

exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional”.

[84] “Artículo 65. La salud de los habitantes de la República constituye un bien público. El Estado y las personas están obligados a velar por su conservación y restablecimiento”.

[86] “Artículo 19. El Estado tiene la obligación absoluta de garantizar el derecho a la vida, la salud y el respeto de la persona humana de todos los ciudadanos sin distinción alguna, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”.

[87] “Artículo 145. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. El deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad. El Estado conservará el medio ambiente adecuado para proteger la salud de las personas”.

[88] “Artículo 4. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”. Véase el reciente estudio de Carbonell, José y Carbonell, Miguel, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, UNAM-IIJ, 2013.

[89] “Artículo 59. Los nicaragüenses tienen derecho, por igual, a la salud. El Estado establecerá las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación. Corresponde al Estado dirigir y organizar los programas, servicios y acciones de salud y promover la participación popular en defensa de la misma. Los ciudadanos tienen la obligación de acatar las medidas sanitarias que se determinen”.

[90] “Artículo 109. Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social”.

[91] “Artículo 68. Del derecho a la salud. El Estado protegerá y promoverá la salud como

derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes. Toda persona está obligada a someterse a las medidas sanitarias que establezca la ley, dentro del respeto a la dignidad humana”.

[92] “Artículo 70. Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

[93] “Artículo 61.- Derecho a la salud. Toda persona tiene derecho a la salud integral. En consecuencia: 1) El Estado debe velar por la protección de la salud de todas las personas, el acceso al agua potable, el mejoramiento de la alimentación, de los servicios sanitarios, las condiciones higiénicas, el saneamiento ambiental, así como procurar los medios para la prevención y tratamiento de todas las enfermedades, asegurando el acceso a medicamentos de calidad y dando asistencia médica y hospitalaria gratuita a quienes la requieran; 2) El Estado garantizará, mediante legislaciones y políticas públicas, el ejercicio de los derechos económicos y sociales de la población de menores ingresos y, en consecuencia, prestará su protección y asistencia a los grupos y sectores vulnerables; combatirá los vicios sociales con las medidas adecuadas y con el auxilio de las convenciones y las organizaciones internacionales”.

[94] “Artículo 36.- Toda persona tiene derecho a una buena salud. El Estado promoverá el cuidado general de la salud mediante la mejora sistemática de las condiciones de vida y de trabajo y dará información sobre la protección de la salud”.

[95] “Artículo 44.- El Estado legislará en todas las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país.

Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes.” (énfasis añadido)

[96] Artículo 83.- La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República.”

[97] Sentencia T-201 de 2014.

[98] Cfr. Sentencia T-201 de 2014.

[99] Sentencia T-206 de 2013.

[100] *Ibíd.*

[101] Sentencias T-170 y 663 de 2010.

[102] Sentencia T-206 de 2013.

[103] Constitución Política, artículo 50: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

[104] Cfr. Sentencia T-201 de 2014.

[105] Ver: sentencia T-859 de 2003

[106] Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008, T-631 de 2007, T-837 de 2006, en este caso la Corte consideró que “(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S..., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...).” En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en

el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporragia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante. Próximamente, se sancionará la ley estatutaria por la cual se regula el derecho fundamental de salud, que fue revisada por la Corte en la Sentencia C-313/14.

[107] Sentencia T-575 de 2013.

[109] Sentencia T-575 de 2013.

[110] *Ibíd.*

[111] Frente a este requisito, esta Corporación, en la sentencia T-044 de 2007, señaló que “no basta con que el accionante cuente con los recursos para sufragar el medicamento requerido, sino que se hace necesario que el juez valore si con la compra de este se compromete el derecho al mínimo vital para acceder a un nivel de vida digno”. Además, en la sentencia T-1024 de 2010, se estableció que “el asunto de la incapacidad económica está condicionado a la sana crítica que de las pruebas haga el juez, factor que debe nutrirse de las reglas en la materia, las cuales parten de un principio general de inexistencia de una tarifa legal al respecto y la ubicación de la carga de la prueba en cabeza de la E.P.S. o E.P.S.-S correspondiente. Consideración adicional se hace respecto de la presunción, en cabeza de los beneficiarios del SISBEN, sobre su falta de capacidad de pago”.

[112] Sentencia T-760 de 2008.

[113] Sentencia T - 760 de 2008.

[114] *Ibíd.*

[115] *Ibíd.*

[116] En sentencia T 683 de 2003, se expuso que en la acción de tutela, no existe tarifa legal para que el accionante pruebe la incapacidad económica que alega. La Corte Constitucional ha precisado que los medios probatorios señalados en la sentencia SU-819 de 1999 no son taxativos, y que el accionante dispone de completa libertad para utilizar otros medios probatorios que estén a su alcance, para demostrar que no tiene los medios económicos suficientes para pagar el valor que se le exige, para acceder a un servicio

médico determinado. En el mismo sentido, ver también la sentencia T-906 de 2002.

[117] Sentencia T-150 de 2012.

[118] Cfr. Sentencia T-289 de 2013, en la cual se reitera lo expuesto en Sentencia T-760 de 2008.

[119] Sentencia T-760 de 2008.

[120] Ver Sentencia T-970 de 2008, cuya posición es reiterada en la Sentencia T-388 de 2012.

[121] Cfr. Sentencia T-418 de 2013.

[122] Sentencia T-050 de 2010.

[123] Cfr. Sentencias T-760 de 2008; T-050 de 2010, T-047 de 2010, T-717 de 2009; T-725 de 2007; T-020 de 2013, T-468 de 2013, T-201 de 2014.

[124] Continuidad: Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.

[125] Al respecto ver en otras la Sentencia T-214 de 2013.

[126] Cfr. Sentencia T-418 de 2013. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud || Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. || Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

[127] Cfr. Sentencia T-1198 de 2003, cuya posición ha sido reiterada en las sentencias

T-164 de 2009, T-479 de 2012, T-505 de 2012 y T-214 de 2013, entre otras.

[128] Ver Sentencia T-214 de 2013, en la que se ratifica lo considerado en las Sentencias T-140 de 2011 y T-573 de 2005, respecto a que la buena fe constituye el fundamento de la confianza legítima, y garantiza que a los usuarios del servicio de salud no les sea suspendido su tratamiento una vez haya iniciado.

[129] Estos se encuentran consagrados en el artículo 83 de la Constitución Política, como se transcribe a continuación: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”

[130] Sentencia T-586 de 2008.

[131] Entre otras Sentencias T-060 de 1997, T-829 de 1999, T-680 de 2004, T-170 de 2002 y T-380 de 2005.

[132] En el presente capítulo se reiterarán las consideraciones de la sentencia T-395 de 2014.

[133] *Ibíd.*

[134] Cfr. Sentencia T-339 de 2013

[135] Sentencia T-173 de 2012.

[136] *Ibíd.*

[137] Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003, T-739 de 2004, T-223 de 2005, T-905 de 2005, T-1228 de 2005, T-1087 de 2007, T-542 de 2009, T-550 de 2009 y T-736 de 2010.

[138] Sentencia T-395 de 2014.

[139] “Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

[140] La Unidad de Pago por Capitación (U.P.C.) es el valor per cápita que reconoce el

Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada E.P.S. por la organización y garantía de la prestación de los servicios de salud contenidos en el Plan Obligatorio de Salud, sin distinción o segmentación alguna por niveles de complejidad o tecnologías específicas. La U.P.C. tiene en cuenta los factores de ajuste por género, edad y zona geográfica, para cubrir los riesgos de ocurrencia de enfermedades que resulten en demanda de servicios de los afiliados a cualquiera de los regímenes vigentes en el país. Fuente: <http://www.minsalud.gov.co/salud/P.O.S./Paginas/Proyecto-P.O.S.-U.P.C.aspx>.

En la sentencia C-978 de 2010 se explicó con claridad el concepto de la U.P.C., en los siguientes términos: “La jurisprudencia de esta Corporación ha destacado la relevancia de la denominada Unidad de Pago por Capitación -U.P.C.-, en tanto eje del equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La U.P.C. es un valor per capita que paga el Estado a la E.P.S. “por la organización y garantía de la prestación de los servicios incluidos” en el P.O.S. para cada afiliado. Esta unidad se establece en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por la Comisión de Regulación en Salud -CRES-,[esta entidad fue suprimida con la expedición del Decreto 2560 de 2012 y las funciones expuestas en este comentario fueron asumidas por el Ministerio de Salud y Protección Social] ente que recogió algunas de las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud -CNSSS- , teniendo en cuenta para ello los estudios técnicos hechos por el Ministerio de Salud (hoy Ministerio de Protección Social). De esta manera, para cubrir los costos de los servicios que ofrece el Sistema de Seguridad Social en Salud a sus usuarios, el legislador diseñó la Unidad de Pago por Capitación -U.P.C.- para el régimen contributivo y la U.P.C.-S para el subsidiado, como valor fijo mediante el cual se unifican los costos del paquete básico de los servicios en salud que ofrece el sistema: el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) para el contributivo y el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.-S) para el subsidiado. Así, se entiende que la U.P.C. corresponde, en uno y otro régimen, al valor del aseguramiento per cápita que da derecho al usuario a recibir del sistema la atención en salud que requiera, dentro de los parámetros del P.O.S., independientemente de su capacidad económica y de su aporte al sistema. Para el efecto, mensualmente cada E.P.S. recibe, por cada afiliado el valor de una U.P.C. o U.P.C.-S, que proviene de las cotizaciones de trabajadores y empleadores en el caso del régimen contributivo, y parcialmente subsidiada por el Sistema de Salud, en el del Régimen Subsidiado de Salud. Tal como lo ha destacado la jurisprudencia de esta Corte, la Unidad de

Pago por Capitación no representa simplemente el pago por los servicios administrativos que prestan las E.P.S., sino que plasma, en especial, el cálculo de los costos para la prestación del servicio de salud en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, lo cual significa “la prestación del servicio en condiciones de homogenización y optimización”. Dicha unidad es el reconocimiento de los costos que acarrea la puesta en ejecución del Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) por parte de las Empresas Promotoras de Salud. De este modo, la U.P.C. tiene carácter parafiscal, puesto que su objetivo fundamental es financiar en su totalidad la ejecución del P.O.S. De ahí que la Corte haya considerado que la U.P.C. constituye la unidad de medida y el cálculo de los mínimos recursos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud requiere para cubrir, en condiciones de prestación media, el servicio de salud tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado.”

[141] Cfr. Sentencia T-395 de 2014.

[142] El artículo 42 del Acuerdo 029 de 2011, establece: “Transporte o traslado de pacientes. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención de un servicio no disponible en la institución remitora. El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente. Parágrafo. Si a criterio del médico tratante el paciente puede ser atendido por otro prestador, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria”.

[143] Sentencia T-173 de 2012.

[145] Ley 100 de 1993. Artículo 153, numeral 4º.

[146] Énfasis añadido.

[147] Sentencia T-688 de 2010.

[148] Artículo 8.1

[149] Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador., Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala., Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua., Caso Forneron e Hija Vs. Argentina, Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña Vs. Bolivia, Caso Vélez Looor Vs. Panamá, Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala., Caso López Mendoza Vs. Venezuela., Caso Fleury y otros Vs. Haití., Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile., Caso Pacheco Teruel y otros Vs. Honduras

[150] Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador: 67. Con respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, este Tribunal ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales”. Cfr. Caso Tibi, supra nota 20, párr. 175; Caso Ricardo Canese. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 141; y Caso 19 Comerciantes, supra nota 15, párr. 190. En igual sentido cfr. Wimmer v. Germany, no. 60534/00, §23, 24 Febrero 2005; Panchenko v. Russia, no. 45100/98, § 129, 08 Febrero 2005; y Todorov v. Bulgaria, no. 39832/98, § 45, 18 Enero 2005.

[151] Sentencia T-647 de 2013.

[152] Sentencia C-425 de 2008.

[153] Énfasis añadido.

[154] De conformidad con el artículo 35 del Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004, los jueces especializados conocen exclusivamente de: 1. Genocidio. 2. Homicidio agravado. 3. Lesiones personales agravadas. 4. Los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. 5. Secuestro extorsivo o agravado. 6. Desaparición forzada. 7. Apoderamiento de aeronaves, naves o medio de transporte colectivo. 8. Tortura. 9. Desplazamiento forzado. 10. Constreñimiento ilegal. 11. Constreñimiento para delinquir agravado. 12. Hurto de hidrocarburos o sus derivados cuando se sustraigan de un oleoducto, gasoducto, naftaducto o poliducto, o que se encuentren almacenados en fuentes inmediatas de abastecimiento o plantas de bombeo.

13. Extorsión en cuantía superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. 14. Lavado de activos cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales. 15. Testaferrato cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales. 16. Enriquecimiento ilícito de particulares cuando el incremento patrimonial no justificado se derive en una u otra forma de las actividades delictivas a que se refiere el presente artículo, cuya cuantía sea o exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales. 17. Concierto para delinquir agravado. 18. Entrenamiento para actividades ilícitas. 19. Terrorismo. 20. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas. 21. Instigación a delinquir con fines terroristas. 22. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos con fines terroristas. 23. Fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas. 24. Empleo, producción y almacenamiento de minas antipersonales. 25. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonales. 26. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico con fines terroristas. 27. Conservación o financiación de plantaciones ilícitas cuando la cantidad de plantas exceda de 8.000 unidades o la de semillas sobrepasen los 10.000 gramos. 28. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, agravada según el numeral 3 del artículo 384 del mismo código. 29. Destinación ilícita de muebles o inmuebles cuando la cantidad de droga elaborada, almacenada o transportada, vendida o usada, sea igual a las cantidades a que se refiere el literal anterior. 30. Delitos señalados en el artículo 382 del Código Penal cuando su cantidad supere los cien (100) kilos o los cien (100) litros en caso de ser líquidos. 31. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje.

[155] Art. 1 “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” // Artículo 28 “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular (...)”.

[156] Artículo 24.

[157] Ver Sentencia T-826 de 2004.

[158] Sentencia T-139 de 2013. Además pueden consultarse las sentencias T-495 de 2012, T-1248 de 2008 y T-608 de 2007, entre otras.

[159] Sentencia T-109 de 2012.

[160] Sentencia T-139 de 2013.

[161] Artículo 2º de la Convención sobre las personas con discapacidad.

[162] Excluir a la persona de la comunidad.

[163] Sentencia T-109 de 2012.

[164] *Ibíd.*

[165] Sentencia T-974 de 2010.

[166] Sentencia T-443 de 2004.

[167] Cfr. Sentencia T-139 de 2013.

[168] Sentencias T-792 de 2007, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre otras

[169] Sentencia T-158 de 2006. Reiterada por la sentencia T-691 de 2009.

[171] Sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-692 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-825 de 2007, T-299 de 2009, T-691 de 2009 y T-883 de 2009, entre otras.

[172] Sentencia T-594 de 2008. En el mismo sentido sentencias T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-1009 de 2006, T-299 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, entre otras.

[173] En este sentido las sentencias T-016 de 2006, T-158 de 2006, T-654 de 2006, T-890 de 2006, T-905 de 2006, T-1009 de 2006, T-1084 de 2006, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-189 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, entre otras.

[174] Sentencia T-328 de 2010

[175] Folio 30.

[176] Supra página 45.

[177] Supra página 37.

[178] Registro Civil de Nacimiento 29387909 de Gabriela Núñez Clavijo aportado por su progenitora. (fl.140)

[179] Registro Civil de Nacimiento 29387915 de Lizeth Núñez Clavijo aportado por su progenitora. (fl. 141)

[180] Recibo del servicio de acueducto correspondiente al periodo facturado de abril 13 a junio 11 de junio de 2014, estrato 1. Folio 143.

[181] Folio 20.

[182] Folio 144.

[183] Folio 28.

[184] Folio 25.

[185] Énfasis añadido.

[186] Cuaderno Corte. Folio 40.

[187] Cuaderno Anexo 1. Folio 47.

[188] M.P. María Victoria Sáchica.

[189] El fallo se limita a indicar que Andrés Fabián ha sido tratado con fisioterapia, psicología, neurología y fonoaudiología y que el médico tratante consideró que tales tratamientos eran insuficientes.