



Referencia: Expediente T-6.846.414.

Acción de tutela formulada por Olma Juliana Pajoy Basto, en representación de su hija menor de edad María Valentina Quintero Pajoy contra Nueva EPS.

Procedencia: Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán (Cauca).

Asunto: Derecho a la salud de niña en situación de discapacidad mental.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., trece (13) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de única instancia, dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán (Cauca), que negó la acción de tutela en el proceso promovido por Olma Juliana Pajoy Basto, en representación de su hija menor de edad María Valentina Quintero Pajoy en contra de Nueva EPS.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia¹.

I. ANTECEDENTES

Olma Juliana Pajoy Basto, en representación de su hija menor de edad María Valentina Quintero Pajoy, formuló acción de tutela en contra de Nueva EPS,

¹ El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Siete de la Corte Constitucional, conformada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y el Magistrado Alberto Rojas Ríos el 27 de julio de 2018, de acuerdo con el criterio orientador del proceso de selección de carácter subjetivo, denominado '*Urgencia de proteger un derecho fundamental*'.

por considerar que dicha entidad vulneró los derechos fundamentales de su representada a la vida, a la dignidad humana, a la educación y a la salud, debido a la presunta omisión de autorizar un examen de coeficiente intelectual requerido para que la niña pueda acceder a la educación, así como en razón del aumento de la tarifa de copago que sufraga para las terapias físicas que la menor de edad necesita.

A. Hechos y pretensiones

1. La accionante relata que su hija María Valentina Quintero Pajoy (quien actualmente tiene 6 años de edad) desde hace varios meses presenta *“dificultades en el aprendizaje y rendimiento escolar respecto a los niños de su misma edad por lo que el año pasado tuvo que ser desescolarizada hasta tanto no tuviera un diagnóstico que permitiera escoger su tipo de educación”*².

2. El 2 de noviembre de 2017, la niña fue valorada por una especialista en neurología pediátrica. En esa oportunidad, la médica tratante indicó que la paciente procedía de la zona rural del municipio de La Plata (Huila) y que fue enviada a dicha consulta por el pediatra, ante las dificultades en su rendimiento académico³.

En la copia de la historia clínica, se añade que el médico que remitió a la menor de edad informó que aquella *“no es capaz de articular palabras completamente inteligibles (...) no memoriza lo que se le enseña”*⁴. Así mismo, la madre manifiesta que en ocasiones no responde cuando se le llama y que ha presentado *enuresis* frecuente⁵ y un caso de *encopresis* durante las actividades académicas⁶. En razón de lo anterior, la neuróloga pediátrica ordenó que se le practicara a la niña un examen de coeficiente intelectual⁷.

Por otra parte, en cuanto a los antecedentes psicosociales, la historia clínica señala que existen dificultades en las relaciones familiares, e indica que se ha presentado violencia intrafamiliar con agresiones físicas y verbales frecuentes entre sus miembros, de los cuales la niña ha sido víctima⁸.

3. Asevera la actora que en el mes de febrero de 2018 acudió al Hospital Universitario San José de Popayán para que se aplicara a la niña la prueba de coeficiente intelectual, ordenada por la neuróloga pediatra. No obstante, afirma que en dicha institución se le informó que carecían de los implementos

² Folio 1, Cuaderno No. 1.

³ Folio 18, Cuaderno No. 1.

⁴ Folio 18, Cuaderno No. 1.

⁵ Este término hace referencia a la incontinencia urinaria (Folio 18, Cuaderno No. 1).

⁶ Este término hace referencia a la incontinencia fecal (Folio 18, Cuaderno No. 1).

⁷ A folio 17, Cuaderno No. 1, figura la copia del formato de *“solicitud y justificación de procedimiento no incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS)”*. Igualmente, a folio 19 del Cuaderno No. 1 obra la copia de la orden de la médica tratante.

⁸ A folio 18 del Cuaderno No. 1 figura la copia de la historia clínica de la menor de edad, en la cual se anota: *“Malas relaciones familiares, vivienda zona rural con servicios básicos, vive con padres y hermanos, madre artesana, padre agricultor. El padre sostiene en la casa en conjunto con la madre. Hermana mayor embarazo adolescente 16 años, por que (sic) la madre no era garante de sus derechos y la niña es retornada a su familia en mayo de 2016 y la hermana mayor en septiembre de 2016. Hay violencia intrafamiliar con violencia física la última vez hace 2 meses y agresión verbal frecuente”*.

necesarios para realizar el examen, por lo cual se remitió a la niña María Valentina al Hospital Psiquiátrico del Valle del Cauca.

4. Agrega que, según lo informado telefónicamente por el Hospital Psiquiátrico del Valle del Cauca, el examen debe ser programado personalmente, consta de varias sesiones y dura aproximadamente una semana. Sin embargo, manifiesta que carece de los recursos económicos para sufragar sus gastos y los de su hija, por concepto de transporte, alojamiento y alimentación en la ciudad de Cali.

5. Así mismo, la accionante explica en su escrito de tutela que se ordenaron tres sesiones semanales de fisioterapia para la menor de edad, las cuales deben realizarse en la clínica Rehabilitar de Popayán. Pese a lo anterior, manifestó que el copago de \$8.300 que anteriormente cancelaba fue incrementado a \$22.300, suma que, según afirma, no tiene capacidad de sufragar.

6. Por último, la actora señala que se encuentra afiliada al Régimen Contributivo de salud, en el “*rango 1*”⁹.

B. Actuación procesal en única instancia

Mediante auto del 4 de abril de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán (Cauca) avocó conocimiento del asunto y solicitó a la entidad accionada el informe correspondiente.

Respuesta de Nueva EPS

La entidad accionada solicitó declarar improcedente la acción de tutela y ser absuelta de toda responsabilidad, por cuanto no vulneró los derechos fundamentales de la representada. Sostuvo que el servicio de transporte no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, motivo por el cual la EPS no debe asumirlo. De igual modo, señaló que la patología que padece la niña María Valentina Quintero Pajoy no está exenta del cobro de copagos, de acuerdo con lo dispuesto por la normativa vigente.

Finalmente, aseguró que no se ha presentado negativa expresa de los servicios requeridos por la paciente, se opuso al reconocimiento del tratamiento integral respecto de hechos futuros y manifestó que no puede entregar servicios médicos sin la orden de un profesional de la salud adscrito a la red de prestadores de la entidad.

C. Sentencia de única instancia¹⁰

El 17 de abril de 2018, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán negó la acción de tutela de la referencia. El juez consideró que, de conformidad con el Acuerdo 260 de 2004 del Consejo Nacional de Seguridad

⁹ Folio 1, Cuaderno No. 1.

¹⁰ La Sala considera pertinente anotar que esta decisión no fue impugnada por ninguna de las partes.

Social en Salud, “*la pretensión de la EPS, de exigirle a la agenciada (sic) el desembolso del copago correspondiente a los servicios prestados, prima fase (sic) se evidencia que se encuentra ajustado a lo establecido en la normatividad que regula la materia, desconociendo el despacho el valor de los servicios prestados por las IPS a la EPS*”¹¹.

Al respecto, añadió que no existe evidencia de que la accionante haya puesto en conocimiento de la Nueva EPS su solicitud de exoneración de copagos, por lo cual debe elevar tal petición ante dicha entidad, en lugar de acudir directamente al amparo constitucional.

Por otra parte, en cuanto a la solicitud de transporte y viáticos, el juzgador indicó que no es posible evaluar si en el caso de la menor de edad representada se cumplen los requisitos previstos por la jurisprudencia constitucional, toda vez que no existe orden de remisión a otra ciudad para tratamiento o examen alguno. Por ende, no resulta posible analizar el riesgo efectivo para la salud o la vida de la niña. Aunado a ello, insistió en que la actora no ha realizado ninguna petición ante la EPS, por lo cual no puede predicarse una negativa de la entidad demandada respecto de los servicios médicos pretendidos.

En consecuencia, el juez concluyó que “*no es posible para el juez de tutela emitir órdenes en sentido genérico, sin orden médica que respalde la petición y sin acto por parte de la entidad tendiente a negar o retardar injustificadamente el servicio médico*”¹².

El fallo de tutela no fue objeto de impugnación.

D. Actuaciones llevadas a cabo por la Corte Constitucional en sede de revisión

1. Auto de 11 de septiembre de 2018

En el mencionado proveído, la Magistrada Sustanciadora decretó pruebas con el fin de contar con elementos de juicio adicionales para resolver el asunto sometido a consideración de la Corte. En particular, solicitó a la **accionante** información acerca del estado actual de salud y escolaridad de su hija menor de edad, así como en relación con los servicios médicos solicitados ante la EPS accionada y ante las IPS Hospital Universitario San José de Popayán ESE y Hospital Departamental Psiquiátrico Universitario del Valle ESE.

Así mismo, se requirió a **Nueva EPS** para que se pronunciara específicamente en relación con los hechos expuestos por la tutelante y que describiera las actuaciones que ha realizado para establecer la posible vulneración de los derechos fundamentales de la niña María Valentina Quintero Pajoy.

¹¹ Folio 38. Cuaderno No. 1.

¹² Folio 39. Cuaderno No. 1.

También, se vinculó a la **IPS Hospital Universitario San José de Popayán ESE**, por considerar que podría tener interés en el resultado del presente proceso¹³. Además, se indagó a esta institución acerca de su presunta negativa a practicar el examen de coeficiente intelectual que, al parecer, requiere la menor de edad representada.

De igual modo, se solicitó a la **IPS Hospital Departamental Psiquiátrico Universitario del Valle ESE** que informara acerca de las condiciones en las cuales se realiza el examen de coeficiente intelectual ordenado por la médica tratante. En particular, se pidió que estableciera la duración de la prueba y el tiempo que debería permanecer la accionante en la ciudad de Cali, en caso de que se practicara dicho procedimiento.

Por último, se ofició al **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar** para que, en el marco de sus funciones constitucionales y legales, informara acerca de los trámites administrativos o judiciales que han involucrado a la menor de edad María Valentina Quintero Pajoy, para que esta Corporación pueda establecer las condiciones propias de su entorno social, económico y familiar. Específicamente, se requirió información acerca del estado actual de dichos procesos y las actuaciones que se han desplegado para la protección y garantía de los derechos fundamentales de la niña representada.

Respuesta de la IPS Hospital Departamental Psiquiátrico Universitario del Valle ESE

La institución informó que el procedimiento que se realiza para practicar el examen de coeficiente intelectual, “*técnicamente conocido como test de escala de inteligencia para adultos Wechsler (Wais)*”¹⁴ consiste generalmente en dos sesiones que pueden ser aplicadas en un mismo día, pero que dichas condiciones pueden variar de acuerdo con la situación clínica del paciente.

Adicionalmente, destacó que “*en el caso de la menor MARIA VALENTINA QUINTERO PAJOY, este examen fue practicado en nuestra institución el día 25 de junio de 2018, en dos (2) secciones (sic), que se realizaron el mismo día*”¹⁵.

Respuesta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La entidad manifestó que, a partir de los resultados de la búsqueda efectuada en el Sistema de Información Misional (SIM), la niña ha tenido tres peticiones registradas en el sistema y atendidas principalmente por el Centro Zonal La Plata de la Regional ICBF Huila. Dichas situaciones involucraron los siguientes hechos:

¹³ Al respecto, la providencia del 11 de septiembre de 2018 señaló: “En efecto, la accionante afirma que esta institución negó la práctica del procedimiento diagnóstico requerido por la niña María Valentina Quintero Pajoy. Por tanto, el resultado de la presente acción de tutela puede tener efectos respecto de dicha entidad, en caso de que se concluyera su responsabilidad.”

¹⁴ Cuaderno de Revisión de la Corte Constitucional (en adelante Cuaderno No. 2), Folio 35.

¹⁵ Cuaderno No. 2, Folio 35.

1. Una solicitud de la señora Olma Juliana Pajoy Basto, del 9 de agosto de 2013, para que su hija María Valentina Quintero Pajoy fuera beneficiada por el programa de desayunos. Así mismo, pidió que no fuera efectuado ningún cobro por dicho concepto, en razón de su condición de víctima de desplazamiento forzado.

2. Una denuncia formulada por los padres de la señora Olma Juliana Pajoy Basto y abuelos de las niñas Yenifer Natalia y María Valentina Quintero Pajoy el 24 de agosto de 2015, quienes indicaron que las menores de edad eran descuidadas por sus progenitores. En dicha ocasión, el ICBF realizó la correspondiente verificación de derechos el 12 de noviembre de 2015 y concluyó que no se encontraban situaciones de vulnerabilidad que pusieran en riesgo la integridad de las niñas.

3. El 10 de febrero de 2016, se inició proceso administrativo de restablecimiento de derechos en favor de las menores de edad Yenifer Natalia y María Valentina Quintero Pajoy. En el caso de la primera de ellas, se le informó al ICBF que ella se encontraba en estado de embarazo, motivo por el cual se dispuso medidas de protección en favor de María Valentina y su hermana, por considerar que se hallaban en una situación de riesgo de vulneración de derechos. Ambas niñas fueron ubicadas en un hogar sustituto.

Así mismo, el ICBF explicó que en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos se realizaron intervenciones socio familiares, acompañamiento y seguimiento a la familia. Por ende, el 24 de mayo de 2016, la Defensora de Familia ordenó el reintegro de las niñas María Valentina Pajoy y Yenifer Natalia Quintero Pajoy al medio familiar con sus progenitores.

Respecto de dicho procedimiento, el ICBF realizó cuatro seguimientos al reintegro familiar y se concluyó que las niñas se encontraban *“vinculadas de forma estable a medio familiar nuclear, con presencia de ambos padres en la crianza, residencia en sector rural; a su vez la familia se encuentra en ajuste atendiendo a las orientaciones dadas dentro del proceso de restablecimiento de derechos desarrollado en el ICBF CZ La Plata”*¹⁶.

En razón de lo anterior, el proceso administrativo anteriormente referido fue cerrado el 17 de marzo de 2017, *“por cumplimiento de objetivos y restablecimiento de derechos de la niña María Valentina Quintero Pajoy”*¹⁷.

Finalmente, en relación con los hechos y pretensiones de la presente acción de tutela, es oportuno referir el concepto originado en la valoración psicológica que tuvo lugar en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, según el cual *“se evidencia (...) un desarrollo cognitivo acorde a la edad cronológica de María Valentina, presenta funciones ejecutivas, mantiene*

¹⁶ Cuaderno No. 2, Folio 41.

¹⁷ Cuaderno No. 2, Folio 42.

la atención a voluntad; establece relaciones con sus pares y adultos adecuados, está siguiendo las reglas dentro y fuera del hogar. Tiene interiorizado hábitos de aseo y presentación personal, se observa dificultad en el lenguaje sin embargo se reportan avances, la niña ha ampliado su léxico notablemente y logra una fluidez más espontánea”¹⁸.

Respuesta de Nueva EPS

La administradora de salud manifiesta que ha cumplido con la atención médica requerida por María Valentina, puesto que autorizó la aplicación de la prueba de inteligencia SOD, la prueba neuropsicológica, así como consultas con neurología pediátrica, oftalmología, pediatría y oftalmología pediátrica. Para ello adjunta cuadro explicativo de los procedimientos que se han efectuado, así como las autorizaciones de medicamentos.

A partir de esta comprobación, la entidad accionada considera que la tutela es improcedente, en la medida en que no existe evidencia alguna sobre omisión en la atención a la menor de edad. De esta forma, requiere a la Corte para que se le exonere de responsabilidad sobre la materia.

2. Auto de 3 de octubre de 2018

Luego de vencido el término probatorio, la Magistrada Sustanciadora evidenció que no se había recibido respuesta a algunas de las solicitudes formuladas o que era necesario recabar mayor información, a partir de las respuestas presentadas ante la Corte en virtud del auto anterior. Por ende, se ofició (i) al IPS Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle ESE, con el fin que informara detalladamente sobre el examen realizado a la menor de edad y si el mismo había sido asumido por Nueva EPS; (ii) a la IPS Hospital Universitario San José de Popayán, para que expresara cuál fue su respuesta al accionante a la solicitud de realización del referido examen; (iii) a la accionante, con el fin que respondiera el cuestionario formulado sobre su condición socioeconómica; y (iv) a Nueva EPS, con el objeto de que explicara cómo ha atendido los requerimientos médicos realizados por la actora. Por ende, a través del mencionado auto se les requirió bajo los apremios legales, a efectos que remitiesen la información respectiva.

Ante este requerimiento, se recibió respuesta por parte de la Gerente de la IPS Hospital Universitario San José de Popayán, en la cual informa que en esa institución obra únicamente una consulta ambulatoria del 2 de noviembre de 2017, la cual valoró el estado general de salud de la paciente, concluyéndose que era necesario realizar el examen de coeficiente intelectual, procedimiento que no podía realizar el hospital, al carecer de los insumos para ello.

Igualmente, fue recibida comunicación suscrita por el Jefe a la Oficina Jurídica del Hospital Departamental Psiquiátrico del Valle, en donde se informa que

¹⁸ Cuaderno No. 2, Folios 41 y 42.

María Valentina fue atendida los días 24 y 25 de mayo de 2018 por el servicio neuropsicología. En dichas sesiones, le fue aplicada la prueba de inteligencia Welscher para niños (WISC-IV). A partir de los hallazgos encontrados, el reporte de neuropsicología concluyó que *“no es posible establecer criterios para discapacidad cognitiva, por lo cual se recomienda tener en consideración los hallazgos de la valoración neuropsicología completa, para tomar decisiones terapéuticas.”* Con todo, revisado el reporte en mención, se encuentra que la menor de edad presenta índices por debajo de lo esperado para su edad y escolaridad en los ítems de comprensión verbal, razonamiento perceptual, memoria de trabajo y velocidad de procesamiento.

Del mismo modo, informó que se expidió factura sobre los servicios mencionados, con cargo a Nueva EPS.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia.

1. Con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 - numeral 9°- de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

Problema jurídico y metodología de la decisión.

2. La actora, en su condición de representante legal de su hija menor de edad, María Valentina Quintero Pajoy, consideró que Nueva EPS vulneró su derecho a la salud, debido a que negó la práctica de una prueba para definir si sufría de un trastorno cognitivo. De la misma forma, advierte que su hija requiere terapias, por lo que solicita que se ordene tratamiento integral a su favor, exonerándosele de los copagos y prestándosele el servicio de transporte.

El juez de tutela negó el amparo al considerar que la actora no había reclamado ante la entidad demandada los procedimientos mencionados. Además, la exigencia de copagos tenía origen legal, por lo que no era viable acceder a la pretendida exoneración. Del mismo modo, no existía evidencia de las órdenes por terapias y transporte, razón por la cual no era viable conceder el amparo de manera genérica y al margen de la comprobación de órdenes adoptadas por el médico tratante.

Una vez adelantada la actuación probatoria en sede de revisión, tanto la empresa promotora de salud como las instituciones prestadoras vinculadas al trámite sostienen que la vulneración alegada es inexistente, puesto que el examen fue efectivamente llevado a cabo.

3. Conforme a lo expuesto, la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulnera el derecho a la salud de una menor de edad cuando la empresa promotora de salud se niega a practicar un examen de diagnóstico para evaluar

un posible déficit cognitivo, así como niega la exoneración de copagos, transporte y tratamiento integral a su favor?

Con todo, luego de advertidas las pruebas recaudadas por la Corte, es necesario analizar preliminarmente si se está ante un hecho superado. Esto debido a que solo si la respuesta a ese interrogante es negativa, procederá el análisis de fondo sobre el asunto.

Asunto preliminar. Existencia de hecho superado.

4. De conformidad con los antecedentes expuestos, se encuentra que la actora formuló acción de tutela en razón a que consideraba que se había vulnerado el derecho a la salud de su hija menor de edad, debido a la omisión de la entidad demandada en el suministro de prestaciones médico asistenciales, particularmente la práctica de una prueba de diagnóstico sobre su desarrollo cognitivo, así como de sesiones de algunas terapias, respecto de las cuales no se aportó documentación alguna sobre su prescripción, más allá de lo expresado en el escrito de tutela. Con todo, en el mismo se pretende que se ordene a Nueva EPS que brinde tratamiento integral a la niña María Valentina Quintero Pajoy.

De las pruebas recaudadas en sede de revisión, se evidencia que, en lo que respecta a los exámenes de diagnóstico, los mismos ya fueron realizados. En efecto, según fue informado a esta Corporación por la IPS Hospital Departamental Psiquiátrico Universitario del Valle ESE, el pasado 25 de junio de 2018 fue llevado a cabo el examen de evaluación sobre coeficiente intelectual. Asimismo, las pruebas presentadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar demuestran que en una de las visitas a la menor de edad y su familia, adelantada en el marco del proceso administrativo de restablecimiento de derechos, se acreditó su adecuada condición psicológica y cognitiva.

5. A partir de estas condiciones, es necesario dilucidar de manera preliminar si se está ante la existencia de un hecho superado en el asunto de la referencia. Por ende, la Corte en primer lugar determinará si se cumplen con las condiciones formales de procedencia de la acción de tutela en el presente caso. Superado ese análisis reiterará el precedente sobre la comprobación del hecho superado, a partir de una de sus recapitulaciones más recientes realizadas por esta Sala de Revisión¹⁹. Luego, a partir de las reglas que se deriven de ese análisis, resolverá la mencionada materia preliminar, con el fin de definir si es necesario abordar el análisis sobre los problemas jurídicos sustantivos del caso.

Análisis sobre la procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa²⁰

¹⁹ Sentencia T-387 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁰ Consideraciones extrapoladas de la Sentencia T-235 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

6. Según el artículo 86 de la Constitución, toda persona, puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados.

Respecto de la legitimidad para el ejercicio de la acción de tutela, de conformidad con el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, esta puede ser ejercida (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) mediante un agente oficioso.

En el presente asunto, se encuentra que la acción de tutela fue presentada por Olma Juliana Pajoy Basto, madre de la menor de edad María Valentina y, en consecuencia, persona habilitada para formular el amparo en virtud de ejercer la representación legal de quien se busca proteger por resultar amenazada en sus derechos fundamentales.

Legitimación por pasiva

7. La legitimación pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando esta resulte demostrada²¹. Según el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 5° y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra acciones y omisiones de particulares cuando aquellos estén encargados de la prestación del servicio público de salud, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental²².

La Sala encuentra que Nueva EPS se encuentra legitimada como parte pasiva en la presente acción de tutela, dada su calidad de ente privado encargado de la prestación del servicio público de salud, y en la medida en que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales en discusión. Idéntica conclusión se predica de las demás instituciones vinculadas al trámite, en la medida en que son prestadoras del mismo servicio.

Inmediatez

8. La Corte ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “*en todo momento*” porque carece de término de caducidad²³. No obstante, la jurisprudencia constitucional también es consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales²⁴.

El requisito de la inmediatez pretende entonces que exista “*una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los*

21 Sentencia T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

22 Sentencia C-134 de 1994. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

23 Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

24 Sentencia T-038 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

derechos fundamentales”²⁵, de manera que se preserve la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda protección efectiva y actual de los derechos invocados²⁶.

La Sala considera que, en este caso, la solicitud de amparo cumple con el requisito de inmediatez debido a que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. En efecto, el amparo se presentó el 3 de abril de 2018, fecha para la cual aún no se había autorizado el examen de diagnóstico cognitivo, evidenciándose la actualidad del requerimiento en salud.

Subsidiariedad²⁷

9. Por último, es preciso señalar que la utilización de la acción de tutela, como mecanismo orientado a la defensa de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por una autoridad pública o un particular, es excepcional y su interposición solo es jurídicamente viable cuando no se encuentre un medio ordinario eficaz para la protección de los derechos y, por tanto, no exista un mecanismo judicial que brinde un amparo oportuno y evite una afectación grave e irreversible de las garantías constitucionales.

El artículo 86 de la Constitución Política establece expresamente que solo procede la tutela cuando *“el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”*. Con base en esta disposición, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa²⁸, ni mucho menos a los jueces competentes en la jurisdicción ordinaria o contencioso-administrativa²⁹.

La inobservancia de tal principio es causal de improcedencia de la tutela, a la luz de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991³⁰, declarado exequible en la **Sentencia C-018 de 1993**³¹. La consecuencia directa de ello es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado si no se cumple con el requisito de subsidiariedad.

10. En los casos en que existen medios principales de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación identifica dos excepciones a la improcedencia. Cada una tiene implicaciones sobre la forma en la que ha de concederse el amparo constitucional, en caso de que sea viable hacerlo.

25 Sentencia SU-241 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

26 Sentencia T-091 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

27 Consideraciones extrapoladas de la Sentencia T-598 de 2017 de este despacho.

28 Sentencia T-480 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

29 Sentencia SU-424 de 2012, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

30 *“Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (...) Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”*.

31 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- i) Si bien, en abstracto, existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, desde la perspectiva de la relación entre el mecanismo y el fin constitucional perseguido por el actor, aquel no tiene la virtualidad de conjurar un *perjuicio irremediable*. De tal forma, la acción de tutela procede como mecanismo *transitorio*, mientras el interesado acude a la vía ordinaria para discernir el caso o esta resuelve definitivamente el asunto y, momentáneamente resguarda sus intereses.
- ii) Aunque existe otro medio de defensa judicial, este no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera *definitiva*. El análisis sobre la eficacia del medio ordinario se encuentra determinada por el contraste entre este y las condiciones particulares del accionante.

En el segundo supuesto, la Corte sostiene que para determinar si los medios de defensa judicial que existen son eficaces es necesario revisar “*que los mecanismos tengan la capacidad para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona*”³². En especial, resulta imperativo verificar si el reclamo de quien merece especial protección constitucional puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria, o si por su situación particular, no puede acudir a dicha instancia³³.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad cuando se trata de *sujetos de especial protección constitucional*, esta Corporación ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en tales casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que este se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones³⁴. En este sentido, la jurisprudencia constitucional expresa cómo el juez debe hacer una evaluación más amplia del requisito de subsidiariedad. Por ende, “*debe valorar las condiciones específicas del beneficiario del amparo, por cuanto la presencia de sujetos de especial protección constitucional como los niños y niñas, las personas que padecen alguna discapacidad, las mujeres embarazadas y los adultos mayores, entre otros, flexibiliza el examen general de procedibilidad de la acción, como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional*”³⁵.

11. Ahora bien, tratándose de acciones de tutela en donde se pretende el suministro de prestaciones médico asistenciales, la **Sentencia T-425 de 2017** definió que, para determinar si la acción de tutela desplaza la competencia jurisdiccional asignada a la Superintendencia Nacional de Salud, se debe llevar a cabo un estudio de cada caso con el fin de determinar: “*(i) si existen circunstancias que ponen en riesgo los derechos a la vida, a la salud o la*

32 Sentencia T-087 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

33 Ibidem.

34 Sentencias T-662 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-527 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

35 Sentencia T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

integridad de las personas que solicitan la protección de sus derechos fundamentales y (ii) si el mecanismo para garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social es idóneo y eficaz”³⁶. Esta misma decisión resaltó que dichas condiciones deben evaluarse incluso bajo consideraciones de carácter práctico y geográfico. Así, “se hace imperioso que el juez de tutela tenga en cuenta que la Superintendencia no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales. Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan presentar las demandas por función jurisdiccional al correo funcionjurisdiccional@supersalud.gov.co y adelantar el procedimiento vía internet.”

12. A partir de estas reglas, la Corte concluye que el mecanismo consistente en acudir a la Superintendencia Nacional de Salud no resultaba un mecanismo eficaz para atender la pretensión de la actora a favor de su hija menor de edad. En primer término, la afectada pertenece a la categoría de sujetos de especial protección constitucional, no solo por su condición de niña, sino por sus características que involucran diferencias en su desarrollo psicológico, el cual incide tanto en su condición de salud, como en su inserción al ámbito escolar. De otro lado, se encuentra que su familia tiene condiciones socioeconómicas de alta vulnerabilidad, pues no de otro modo se explica la pretensión de la exclusión de copagos, incluso cuando las sumas a las que ascienden continúan siendo modestas para la mayoría de los colombianos.

De otra parte, la Sala encuentra que debido a la naturaleza de la prueba solicitada por la actora, el mecanismo de exigibilidad ante la Superintendencia no se mostraría adecuado. En efecto, el literal a. del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 incorpora dentro de la función jurisdiccional de esa entidad la resolución de asuntos relacionados con la “cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario”. Para el presente caso, puede válidamente afirmarse que la prestación requerida se vincula no solo con el estado de salud de la menor de edad, sino también con la vigencia de su derecho a la educación. Por ende, no encuadraría con precisión en el ámbito competencial mencionado.

Bajo estas condiciones, es claro que exigir que se acuda a la Superintendencia Nacional de Salud para lograr el suministro del examen de diagnóstico requerido constituiría una carga desproporcionada e incluso impertinente. Por lo tanto, la acción de tutela se muestra procedente en el caso concreto, en tanto mecanismo excepcional para la protección de los derechos fundamentales. No obstante, como se anunció en precedencia, es necesario verificar si en el asunto de la referencia se está ante un hecho superado que impida un pronunciamiento de fondo.

36 Sentencia T-425 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Verificación del hecho superado en el caso

13. La acción de tutela tiene como finalidad lograr la protección de los derechos fundamentales que están siendo amenazados o vulnerados por entidades públicas o privadas. No obstante, el juez constitucional ha reconocido que, mientras se da trámite al amparo, pueden surgir algunas circunstancias que lleven al juzgador a concluir que la amenaza o vulneración que motivó la presentación de la acción de tutela ha desaparecido³⁷.

En este supuesto, cualquier orden que el juez de tutela pueda dar respecto del caso se vuelve inocua y no surtirá efecto debido a que no existe ninguna amenaza o perjuicio a evitar, situación que desvirtúa el objeto esencial para el que la acción de tutela fue creada³⁸. Por ello, en esos casos, *“el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”*³⁹. Este fenómeno ha sido denominado carencia actual de objeto y se puede originar por diferentes motivos, a saber: (i) el hecho superado; (ii) el daño consumado y (iii) cualquier otra circunstancia que permita concluir que la orden del juez de tutela sobre la solicitud de amparo sería inútil⁴⁰.

Cuando se presenta esta hipótesis, el juez debe abstenerse de impartir orden alguna y declarar la *“carencia actual de objeto”*. No obstante, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991⁴¹, el juez de tutela podrá prevenir a la entidad accionada sobre la obligación de proteger el derecho en próximas ocasiones, pues el hecho superado implica aceptar que si bien dicha vulneración cesó durante el trámite de la acción de tutela, se transgredieron los derechos fundamentales del accionante.

14. De una parte, esta Corporación ha señalado que la carencia actual de objeto por **hecho superado** se presenta cuando desaparecen los actos que amenazan la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, la **Sentencia T-096 de 2006** estableció:

“Cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el

37 Sentencia T-290 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

38 Sentencia T-323 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

39 Sentencia T-096 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

40 Sentencia T-703 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

41 Artículo 24. Prevención a la autoridad. *“Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido”*.

juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”⁴²

15. De otra parte, la carencia actual de objeto también se puede presentar como **daño consumado**, el cual “supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela”⁴³. En estos eventos, la Corte ha afirmado que es perentorio que el juez de tutela se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en el recurso de amparo pues, a diferencia del hecho superado, en estos casos la vulneración nunca cesó y ello llevó a la ocurrencia del daño⁴⁴.

16. Del mismo modo, también existen casos en los que opera la carencia actual de objeto porque la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales cesó **por cualquier otra causa**, la cual no necesariamente debe estar enmarcada dentro de los dos supuestos antes mencionados anteriormente⁴⁵. Así, cuando esto ocurre, la Corte ha dicho que “(...) no tendría sentido cualquier orden que pudiera proferir [la] Corte con el fin de amparar los derechos del accionante, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia”⁴⁶.

En particular, sobre la hipótesis de carencia actual de objeto por hecho superado, la **Sentencia T-238 de 2017** determinó que deben verificarse ciertos criterios por parte del juez de tutela a fin de examinar si se configura o no este supuesto:

“1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.

2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.

3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado”.

La Corte Constitucional ha sostenido en varias ocasiones que, aunque el juez de tutela no está obligado a pronunciarse de fondo sobre el caso que estudia cuando se presenta un hecho superado, sí puede hacerlo cuando “*considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo*

42 Sentencia T-096 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

43 Sentencia T-170 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

44 Ibidem.

45 Sentencia T-309 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

46 Ver Sentencia T-972 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

considera”⁴⁷. Es decir, el juez constitucional está autorizado para ir más allá de la mera declaratoria de la carencia actual de objeto por hecho superado, y a emitir órdenes “*que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991*”⁴⁸.

17. Con base en los argumentos planteados, se evidencia que en el presente caso se está ante la carencia actual de objeto por hecho superado. En efecto, si bien al momento en que se presentó la acción de tutela, la prueba solicitada no había sido realizada, ello se verificó durante el trámite de revisión, como se explicó en los antecedentes de la presente sentencia.

Ahora bien, en lo que respecta a las demás solicitudes realizadas por la accionante, la Corte encuentra que no existe dentro del expediente evidencia de las órdenes relativas a las terapias requeridas, ni siquiera a partir de prueba sumaria sobre el particular. Por ende, es acertado el razonamiento del juez de tutela, en el sentido en el que no es viable acceder a la tutela del derecho a la salud respecto de prestaciones médico asistenciales que no han sido prescritas por el médico tratante o cuando no se compruebe que las entidades de salud han omitido su deber de diagnosticar las dolencias padecidas por el afiliado o que se está ante un hecho notorio respecto del vínculo entre lo requerido y la dignidad humana del usuario del sistema de salud⁴⁹. En el presente caso, fue realizada la prueba cognitiva respecto de la cual existía orden del médico tratante e, igualmente, se demostró que María Valentina ha recibido tratamiento subsiguiente por parte de la red de servicios de Nueva EPS.

Además, se advierte que las pretensiones relativas a la disminución en el monto de los copagos y el suministro de transporte están vinculadas a la realización del examen de diagnóstico. Por ende, puede concluirse válidamente que resuelto el asunto principal, aquellas materias accesorias también recaen en la carencia actual de objeto antes explicada. De esta manera, no habría lugar a adoptar, por parte de la Sala de Revisión, una decisión particular sobre dichas solicitudes.

En todo caso, también es importante resaltar por parte de la Corte que la comprobación acerca de la carencia actual de objeto, en modo alguno significa una exoneración para Nueva EPS respecto de la autorización de las demás prestaciones que requiera la menor de edad y que sean ordenadas por el personal médico. Esto bajo el entendido que la prueba de diagnóstico requerida, aunque no fue concluyente acerca de la existencia de déficit cognitivo, demostró que la niña María Valentina presenta valores por debajo del promedio en varias habilidades, asunto que sería susceptible de atención

47 Sentencia T-070 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

48 Sentencia T-047 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

49 Sentencias T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero, T-1024 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

clínica ulterior, conforme a las previsiones propias del sistema de seguridad social en salud.

18. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que aunque el procedimiento solicitado fue practicado, ello tuvo lugar luego del fallo de tutela, lo que implica que al momento en que fue formulado el amparo, la vulneración del derecho a la salud de la menor de edad era actual. A este respecto se encuentra que si bien desde febrero de 2018 la actora había requerido la práctica de la prueba diagnóstica para su hija, la misma fue negada sin motivo aparente y solo hasta junio del mismo año, una vez se había acudido a la jurisdicción constitucional, el examen fue llevado a cabo. Por ende, advierte la Sala que concurrió un lapso durante el cual se negó la prestación de servicios médicos asistenciales contenidos en el plan de beneficios.

En consecuencia, la Corte revocará parcialmente el fallo de tutela, el cual negó ordenar la práctica de la prueba, y conminará a Nueva EPS para que en lo sucesivo se abstenga de negar injustificadamente el suministro de las prestaciones médico asistenciales de sus afiliados, en especial cuando los mismos son sujetos de especial protección constitucional. De la misma manera, ordenará que por Secretaría General se remita copia del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud, con el fin que se determine si se incurrió en responsabilidad administrativa por parte de Nueva EPS, en razón de los hechos que motivaron la acción de tutela de la referencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 17 de abril de 2018 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán. En su lugar, **NEGAR** la tutela del derecho a la salud de María Valentina Quintero Pajoy, representada por Olma Juliana Pajoy Basto. Ello exclusivamente por las razones expuestas en esta sentencia y vinculadas a la comprobación de la carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO: CONMINAR a Nueva EPS para que, en lo sucesivo, se abstenga de negar injustificadamente procedimientos y demás suministros médico asistenciales a sus afiliados, en particular cuando los mismos son niños, niñas, adolescentes o, en general, sujetos de especial protección constitucional.

TERCERO: A través de la Secretaría General, **REMITIR** copia de esta sentencia y del expediente a la Superintendencia Nacional de Salud. Ello con el fin que dicha entidad evalúe si Nueva EPS incurrió en responsabilidad administrativa en virtud de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela

formulada por Olma Juliana Pajoy Basto, en representación de María Valentina Quintero Pajoy.

CUARTO: Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General