

ACCION DE TUTELA-Improcedencia cuando hay caducidad de la acción principal/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DEL NIÑO-Atención de menor quemada en incubadora en hospital público

La controversia planteada entre la demandante y el Hospital, corresponde claramente a los supuestos a que alude el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa. Debe tenerse en cuenta sin embargo que el ordenamiento jurídico sí establece un mecanismo idóneo para reparar el daño, mecanismo que la demandante no utilizó en su oportunidad. Cabe anotar que dicha circunstancia hace improcedente la protección constitucional solicitada, puesto que la acción de tutela no tiene como fin revivir los términos procesales. Al respecto cabe resaltar además que en este caso no se está en presencia de una situación en la que la menor se encuentre en la imposibilidad absoluta de obtener atención por parte del sistema general de seguridad social en salud, en la medida en que como lo recordó el juez de instancia, de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 583 de 1999, ella se encuentra vinculada a dicho sistema transitoriamente y por ello está siendo atendida en los hospitales públicos mientras se le aplica la encuesta SISBEN.

Referencia: expediente T-389426

Acción de tutela instaurada por Luz Viviana Díaz Medina en representación de su hija Karen Julieth Marín Díaz contra el Hospital de Tunjuelito E.S.E. y la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS.

Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo adoptado por el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Luz Viviana Díaz Medina en representación de su hija Karen Julieth Marín Díaz contra el Hospital de Tunjuelito E.S.E. y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda de tutela

La señora Luz Viviana Díaz Medina en representación de su hija Karen Julieth Marín Díaz formuló acción de tutela contra el Hospital de Tunjuelito E.S.E. y

la Secretaria Distrital de Salud de Bogotá por estimar vulnerados sus derechos

fundamentales a la salud, a la integridad física y a la protección de los menores, ante la negativa de estas entidades de ordenar, o de asumir, en su totalidad, el costo de los exámenes, procedimientos quirúrgicos y postoperatorios necesarios para la recuperación de la menor de las quemaduras que sufrió en mayo de 1996 en su dedo meñique derecho y en su antebrazo por el funcionamiento defectuoso de la incubadora en que fue atendida en dicho hospital.

La menor nació prematuramente en el Hospital de Tunjuelito E.S.E. el 21 de mayo de 1996, por lo que fue mantenida en incubadora durante varias horas. Debido al mal estado del aparato y a la falta de control por parte de los responsables del hospital la menor sufrió lesiones, según se determinó en la investigación administrativa adelantada al respecto por la Secretaría Distrital de Salud, entidad que mediante resolución 001236 del 21 de diciembre de 1998 sancionó con multa de dos millones treinta y ocho mil doscientos sesenta pesos al Hospital de Tunjuelito E.S.E.

Ningún trámite judicial para obtener el resarcimiento de perjuicios fue adelantado contra la entidad, pues los demandantes consideraron que “dada la buena fe de los funcionarios que la han atendido, lo requerido sería cubierto por dicho centro hospitalario”.

Haciendo caso de la recomendación de los galenos que la atendieron, inmediatamente

después de los hechos, en el mismo Hospital de Tunjuelito E.S.E. y en el Hospital Simón Bolívar E.S.E. al cual fue remitida y en el que permaneció durante 20 días, los padres de la menor decidieron esperar a que ésta creciera para continuar el tratamiento.

El 12 de julio de año 2000 elevaron en este sentido una petición al Hospital de Tunjuelito E.S.E., el cual señaló que prestaría los servicios que se requirieran “de acuerdo con el nivel de complejidad, la afiliación y vinculación al sistema general de seguridad social en salud y el estrato socioeconómico”.

Dicha entidad valoró a la menor, y la remitió al servicio de cirugía plástica del Hospital el Tunal E.S.E., en el que se señaló la necesidad de una serie de exámenes, la programación de una cirugía, así como la posterior remisión al ortopedista para la rehabilitación consiguiente.

Ninguno de estos procedimientos se llevaron a cabo por cuanto de acuerdo con la madre de la menor, demandante en este proceso, ella está en incapacidad de pagar las sumas exigidas por dicho hospital para proceder a efectuarlos.

Al respecto señala concretamente que el nivel 3 en que fue inscrita “en el Sisben” por el Hospital de Tunjuelito E.S.E. de acuerdo con la encuesta que esta entidad le realizó, determina unos porcentajes de pago a su cargo demasiado altos que está en imposibilidad de cubrir.

Por ello solicita que se tutelen los derechos fundamentales a la salud, la integridad física y la protección de los menores y se ordene al Hospital de Tunjuelito E.S.E. y/o a la Secretaría de Salud el cubrimiento de la totalidad de los costos necesarios para la recuperación de su hija Karen Julieth Marín Díaz.

Respuesta de la entidades demandadas.

El gerente del Hospital de Tunjuelito E.S.E. confirma en su escrito de respuesta, los hechos señalados en la demanda en cuanto a la sanción impuesta por la Secretaría Distrital de Salud, así como en relación con las gestiones realizadas para inscribir a la accionante en el sistema general de seguridad social y su clasificación en el estrato socioeconómico 3, lo que implica para esta última la obligación de asumir el 30% del valor de los servicios.

Enfatiza que la acción de reparación directa es la vía idónea para obtener el resarcimiento de perjuicios y no la acción de tutela, y del mismo modo señala que si la accionante no utilizó los mecanismos de defensa judicial correspondientes, el servicio requerido sólo puede ser prestado dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la afiliación al Sistema de selección de beneficiarios para programas sociales SISBEN.

Al respecto señala que no está probado que los ingresos del núcleo familiar sean mínimos ya que el estudio respectivo determinó la clasificación de la accionante en el nivel 3.

Así mismo afirma que no está probado “científicamente ni por medio idóneo a través del Instituto de Medicina Legal ni las secuelas ni la urgencia del tratamiento médico”.

Por su parte la Secretaría Distrital de Salud señala en su respuesta que en relación con ella no existe la “legitimatío ad procesum por pasiva”, por cuanto no es un ente prestatario del servicio de salud, sino una dependencia de carácter administrativo del Distrito Capital encargada de la vigilancia y control para su adecuada prestación, al tiempo que es una de las usuarias del Sistema de selección de beneficiarios para programas sociales SISBEN con el fin de focalizar el gasto social en salud dirigido a la población más pobre y vulnerable.

Enfatiza que es el Departamento Administrativo de Planeación Distrital la entidad encargada según el Decreto 283 de 1999 de programar y aplicar la encuesta SISBEN. En este sentido señala que, revisados los archivos correspondientes, no aparece ningún registro de solicitud sobre aplicación de la encuesta SISBEN por parte de la tutelante, la cual puede en cualquier momento solicitar su realización ante la autoridad competente.

Afirma que sin el cumplimiento de dicho requisito ordenar incluirla como beneficiaria del régimen subsidiado para que se le preste el servicio de salud, como lo pretende la demandante, implicaría un abuso de autoridad y presuntamente tipificaría además “el delito de peculado por aplicación oficial diferente”.

Recuerda en todo caso que si una persona no se encuentra afiliada a los regímenes establecidos por la ley, será atendida por los hospitales públicos adscritos o no adscritos a la Secretaría Distrital de Salud, que tengan contrato con el Fondo Financiero Distrital de Salud, como temporalmente vinculada, mientras se le aplica la encuesta SISBEN.

2. La Sentencia objeto de revisión

El Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, mediante providencia del 9 de Octubre de 2000, negó el amparo solicitado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Para el juez de instancia se debe tener en cuenta en primer término el carácter extraordinario de la acción de tutela y la imposibilidad de suplir con ella los medios ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico. En este sentido considera que la actora contaba claramente con la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., de la cual no hizo uso en su oportunidad. Situación que hace necesariamente improcedente la acción instaurada cuya naturaleza es esencialmente subsidiaria, por lo que en consecuencia no puede mirarse como una herramienta adicional para conseguir lo que de otra manera no se consiguió o no se intentó conseguir.

El Juzgado para corroborar la improcedencia de la acción, se basa además en que la naturaleza del tratamiento médico requerido, sin desconocerse su necesidad, ni la doctrina constitucional al respecto, no puede calificarse como urgente ni de una entidad que haga peligrar la vida de la menor. Adicionalmente señala que no existe prueba en el expediente de que los padres estén en la total incapacidad económica para sufragar la cuota de recuperación del 30% exigida por el Hospital el Tunal E.S.E., entidad que por cierto no aparece como demandada en el expediente.

Finalmente señala que ni la señora LUZ VIVIANA DIAZ MEDINA ni su núcleo familiar, contrario a lo que ella afirma en su solicitud y lo que refiere el gerente del Hospital de Tunjuelito E.S.E., no se encuentra afiliada al sistema General de Seguridad Social en Salud, ni en el régimen contributivo ni en el régimen subsidiado, sino que se encuentra incluida en forma temporal como vinculada transitoriamente y por ello está siendo atendida en los hospitales públicos mientras se le aplica la encuesta SISBEN de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 583 de 1991.

Recuerda que las personas así vinculadas al régimen subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, están obligadas a pagar una cuota de recuperación que para el nivel 1 equivale al 5%, sin exceder un salario mínimo, para el nivel 2, 10 % sin exceder dos salarios mínimos, para el nivel 3, 30% sin exceder el equivalente a tres salarios mínimos legales vigentes para la atención de un mismo evento.

En tal orden de ideas señala que la accionante podrá solicitar que le sea aplicada la encuesta SISBEN por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, para que una vez vinculada al régimen subsidiado y de acuerdo con el nivel que se le asigne le sea prestado el servicio, asumiendo necesariamente el correspondiente copago de acuerdo con la categoría fijada por la encuesta respectiva. Si la accionante no cuenta con el dinero suficiente para sufragar la cuota de recuperación o los copagos, según sea el caso deberá efectuar la petición de exoneración correspondiente ante la entidad que ordene y que vaya a practicar el tratamiento quirúrgico.

Pruebas que obran dentro del expediente de la acción de tutela

3.1. Copia de la Resolución 001236 del 21 de Diciembre de 1998, expedida por la Secretaría Distrital de Salud “por la cual se decide una investigación administrativa radicada bajo el número 041/97 y se impone una sanción a la institución HOSPITAL DE TUNJUELITO”. (folios 2-14)

3.2. Copia de la comunicación dirigida por Orlando Marín Rubio y Luz Viviana Díaz Medina a la Gerente del Hospital de Tunjuelito E.S.E. el 12 de julio de 2000 y su respuesta del 24 de julio del mismo año. (folios 15 y 16)

3.3. Copia del derecho de petición elevado por Orlando Marín Rubio y Luz Viviana Díaz Medina ante la Gerente del Hospital de Tunjuelito E.S.E. el 28 de agosto de 2000 y su respuesta de septiembre 11 del mismo año. (folios 17 y 58)

3.4. Historia clínica de la menor Karen Julieth Marín Díaz Hospital de Tunjuelito E.S.E. (folios 59-73)

3.5. Comunicación del Director de Aseguramiento de la Secretaría Distrital de Salud al Magistrado ponente en cumplimiento del auto del 20-03-2001 (folios 103-108).

3.6. Comunicación del 22 de marzo de 2001 de Orlando Marín Rubio y Luz Viviana Díaz Medina al Magistrado Ponente en cumplimiento del auto del 20-03-2001. (folios 126 y 127).

3.7. Comunicación del 28 de marzo de 2001 del gerente del Hospital Simón Bolívar E.S.E. al Magistrado Ponente en cumplimiento del auto del 20-03-2001. (folio 135).

3.8 Comunicación del 11 de julio de 2001 del gerente del Hospital Simón Bolívar E.S.E. al Magistrado Ponente en cumplimiento del requerimiento contenido en el auto del 05-07-2001. (folios 141 a 145).

3.9. Comunicación del 27 de julio de 2001 de Orlando Marín Rubio y Luz Viviana Díaz Medina al Magistrado Ponente en referencia al auto del 20-03-2001. (folio 147).

II. Consideraciones y fundamentos

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 (arts. 33 al 36) y, en cumplimiento del auto de fecha 24 de noviembre de 2000, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Once de esta Corporación.

1. La materia sujeta a examen

Corresponde a la Sala de revisión establecer, si como lo afirma la actora, fueron violados los derechos fundamentales a la salud y a la protección de los menores, por el Hospital de Tunjuelito E.S.E. y/ o por la Secretaría Distrital de Salud al no asumir el costo del tratamiento y de la intervención quirúrgica requeridos por la menor Karen Julieth Marín Díaz programados inicialmente para realizarse en el Hospital el Tunal E.S.E. en septiembre del año 2000, teniendo en cuenta que las lesiones que hacen necesaria la intervención en su dedo meñique derecho y en su antebrazo fueron producidas por una falla en la prestación del servicio por parte del Hospital de Tunjuelito E.S.E. al momento del nacimiento de la menor en mayo de 1996, razón por la cual dicho hospital fue sancionado con una multa por la Secretaría Distrital de Salud.

El Juez de instancia negó el amparo, señalando que para dirimir dicha controversia existía otro medio de defensa judicial, pues la presunta violación debía haber sido debatida a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante la acción de reparación directa, amén de no encontrarse probado en el expediente el carácter irremediable del perjuicio alegado que permitiera concederla como mecanismo transitorio.

Por consiguiente, en el presente caso, la Sala debe determinar si asiste o no razón al Juez de instancia en relación con la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, así como sobre la ausencia de un perjuicio irremediable que haría improcedente la tutela instaurada .

1. La actuación surtida en sede de revisión

Mediante auto del 20 de Marzo de 2001 y con el fin de reunir mayores elementos de juicio para resolver el presente asunto, el Magistrado Ponente ordenó oficiar a los padres de la menor Karen Julieth, Luz Viviana Díaz Medina y Orlando Marín Rubio, al Secretario Distrital de Salud, al Director del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses y al director del Hospital Simón Bolívar E.S.E.

Mediante auto del 5 de julio del 2001 se ordenó requerir al Director del Hospital en mención para reclamar el envío de la historia clínica respectiva y continuar el trámite ordenado ante el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Con base en la información recogida, esta Sala procede a examinar los argumentos expuestos en la decisión objeto de revisión.

1. La improcedencia de la acción instaurada

Esta Corporación ha señalado reiteradamente que, dada su naturaleza subsidiaria, la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Al respecto, la Corte ha hecho énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección que no debe superponerse ni suplantar los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Así ha dicho esta Corporación en relación con el contenido del inciso 3° del artículo 86 de la Constitución que:

“El sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que

la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico” 2.

En este sentido, el desconocimiento del principio de subsidiaridad que rige la acción de tutela implica necesariamente la desarticulación del sistema jurídico. La garantía de los derechos fundamentales está encomendada en primer término al juez ordinario y solo en caso de que no exista la posibilidad de acudir a él, cuando no se pueda calificar de idóneo, vistas las circunstancias del caso concreto, o cuando se vislumbre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es que el juez constitucional está llamado a otorgar la protección invocada. Si no se dan estas circunstancias, el juez constitucional no puede intervenir.

De otro lado, cabe recordar que esta Corporación ha hecho igualmente énfasis en que las personas afectadas por la violación de sus derechos no pueden quedar sometidas al alea de una decisión de tutela, o, lo que es peor, a su eventual selección por la Corte Constitucional, lo que en cierta forma podría implicar el desconocimiento del derecho a la igualdad en la aplicación del derecho (art. 13 C.P.). Así al recordar la obligación que corresponde al juez ordinario en la protección de los derechos fundamentales la Corporación explicó que :

(...)la Corte ha sido enfática en que la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, ya que este puede ser suficiente para restablecer el derecho atacado, situación que solo podrá determinarse por el juez de tutela, en el caso concreto y frente a los hechos y material probatorio correspondiente.(...)

No debe olvidarse sin embargo que “en el Estado Social de Derecho, el funcionario judicial no puede dejar de aplicar el derecho legislado a partir de las normas principios y valores contenidos en el texto constitucional”³. (...)

El respeto de la supremacía de la Constitución y, por lo mismo, su fuerza normativa, necesariamente lleva, en consecuencia, a que el juez ordinario estudie, aplicando la Constitución y las leyes, la legalidad del despido. Solo si dicha decisión judicial desconoce los derechos constitucionales de los trabajadores, la tutela se convertiría en mecanismo indispensable de protección.

Así las cosas la Corte ha de insistir en que ‘el primer llamado a proteger los derechos constitucionales no es el juez de tutela, sino el ordinario. La tutela está reservada para enfrentar la absoluta inoperancia de los distintos mecanismos dispuestos para la protección de los derechos de las personas, no para suplirlos. De otra manera tendría que aceptarse que, más temprano que tarde, la acción de tutela perdería completamente su eficacia’⁴. Es necesario en efecto evitar así darle a la acción de tutela ‘un enfoque y alcance equivocados, particularmente en lo que tiene que ver con los criterios jurídicos de procedibilidad, los cuales atendiendo a lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, determinan el carácter eminentemente subsidiario de este mecanismo de defensa judicial’⁵.”⁶

Todo ello, lleva a afirmar que en el presente caso de comprobarse la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo, o en su defecto, la ausencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela resultaría improcedente pues en ningún caso sería posible aceptar su utilización para suplir los medios judiciales ordinarios. (art. 86 C.P. y 6 del Decreto 2591 de 1991)

1. La existencia de otro medio de defensa judicial

Ahora bien, como lo señaló el Juez de instancia y como lo reconoció la propia demandante (folios 29 y 126), en el presente caso existía otro medio de defensa judicial para proteger los derechos fundamentales invocados en la demanda.

En efecto, la controversia planteada entre la demandante y el Hospital de Tunjuelito E.S.E., corresponde claramente a los supuestos a que alude el artículo 86 del Código Contencioso

Administrativo que consagra la acción de reparación directa.

Las conclusiones en las que se basa la Resolución 001236 del 21 de diciembre de 1998 mediante la cual se sancionó al centro hospitalario, según las cuales las lesiones sufridas por la menor Karen Julieth en mayo de 1996 son atribuibles a “una clásica falla en la organización del servicio, por falta de mantenimiento adecuado de los equipos y falta de continuidad en la atención”, (folio 9) no dejan ninguna duda al respecto.

En su momento, sin embargo, no se acudió ante la autoridad judicial para obtener la reparación del daño señalado, por lo que la acción respectiva caducó.

La pretensión de la demandante en octubre de 2000 para que mediante acción de tutela se obligara al centro hospitalario a cubrir en su totalidad los costos de la intervención quirúrgica y del tratamiento, tendiente al restablecimiento de la menor de acuerdo con el diagnóstico médico realizado en otro centro hospitalario, a saber el Hospital del Tunal E.S.E., resultaba entonces claramente improcedente.

Dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, asistió razón al Juez de instancia al considerar que no era este el mecanismo idóneo para obtener la reparación del daño causado a la menor, que no fue declarado judicialmente, al haberse dejado caducar precisamente la acción respectiva.

La atención reclamada del Hospital de Tunjuelito E.S.E., en estas circunstancias sólo podía inscribirse dentro de los parámetros de “nivel de complejidad, afiliación y vinculación al sistema general de seguridad social en salud y al estrato socioeconómico” a que aludió la entidad en su respuesta a la demandante.

Ahora bien, establecida la existencia de otro mecanismo judicial idóneo que no fue utilizado por la demandante, lo que hace improcedente la tutela como mecanismo definitivo, debe la Sala examinar si cabría en este caso invocar un perjuicio irremediable que la hiciera procedente como mecanismo transitorio, circunstancia que sin embargo, como se verá a continuación, tampoco resulta posible.

1. La imposibilidad de invocar un perjuicio irremediable

En primer término, la Corte constata que los elementos del presunto perjuicio que pudiera ser invocado en este caso no se ajustan a aquellos que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación configuran el perjuicio irremediable⁷. En este sentido asistió razón igualmente al Juez de instancia al considerar que la naturaleza del tratamiento médico que requiere la menor no es de aquellos en los que se encuentra involucrado el derecho a la vida, o de aquellos en los que esta Corporación ha hecho prevalecer los derechos de los menores ante la ausencia de cualquier tipo de plan de salud o régimen de seguridad social⁸.

De otro lado, es pertinente señalar que no es dable invocar un perjuicio irremediable por quien teniendo a su disposición mecanismos ordinarios de protección no los utiliza o que pudiendo evitarlo los deja caducar, como claramente lo señaló esta Corporación en la Sentencia SU-111 de 1997. En esa ocasión dijo la Corte:

“Si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional.” ⁹.

Al no recurrir al mecanismo judicial ordinario establecido en la ley, la demandante en realidad cerró la vía a la posibilidad de invocar la acción de tutela como mecanismo transitorio, por lo que para la Corte no cabe duda en este caso de la improcedencia la acción instaurada.

Al respecto podría alegarse una incongruencia en el sistema jurídico consistente en que a pesar de haber sido multado el centro hospitalario como consta dentro del expediente por la falla en la prestación del servicio a su cargo, dicha sanción no tenga ninguna incidencia en la posibilidad de reparar directamente el daño a la menor afectada y se le limite con ello su acceso al servicio de salud, tomando en cuenta la precaria situación económica alegada por la demandante.

Debe tenerse en cuenta sin embargo que el ordenamiento jurídico sí establece un mecanismo idóneo para reparar el daño, mecanismo que la demandante no utilizó en su oportunidad. Cabe anotar que dicha circunstancia hace improcedente la protección

constitucional solicitada, puesto que la acción de tutela no tiene como fin revivir los términos procesales. Al respecto cabe resaltar además que en este caso no se está en presencia de una situación en la que la menor se encuentre en la imposibilidad absoluta de obtener atención por parte del sistema general de seguridad social en salud, en la medida en que como lo recordó el juez de instancia, de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 583 de 199910, ella se encuentra vinculada a dicho sistema transitoriamente y por ello está siendo atendida en los hospitales públicos mientras se le aplica la encuesta SISBEN.

La demandante ha podido y podrá solicitar en todo momento que le sea aplicada la encuesta SISBEN por el Departamento Administrativo de Planeación Distrital, para que una vez vinculada al régimen subsidiado y de acuerdo con el nivel que se le asigne le sea prestado el servicio, asumiendo necesariamente el correspondiente copago de acuerdo con la categoría fijada por la encuesta respectiva.

Por otra parte, debe señalarse que el juez de tutela no está facultado para ordenar que se otorgue una determinada clasificación a la actora y a su menor hija en el sistema SISBEN, y ello por cuanto no se puede remplazar a la administración en la toma de decisiones de tal naturaleza que corresponden a elementos objetivos previamente establecidos por el sistema jurídico y que por tanto no pueden ser desconocidos por el juez constitucional.

Ahora bien, en caso de no contar con el dinero suficiente para sufragar la cuota de recuperación o los copagos, según sea el caso, deberá efectuar la petición de exoneración correspondiente ante la entidad que ordene y que vaya a practicar el tratamiento quirúrgico necesario para el restablecimiento de la menor.

No debe olvidarse de otro lado que en materia de derechos de la niñez la Constitución consagra claramente en el artículo 44 a la familia, a la sociedad y al Estado como corresponsables de la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. a protección especialísima que el Constituyente de 1991 quiso dar a los menores al establecer que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” no es responsabilidad exclusiva del Estado. Corresponde igualmente a la familia asumir en debida forma sus obligaciones en este campo.

En el presente caso una vez efectuada la correspondiente encuesta SISBEN se determinará

el grado de contribución que corresponderá a la familia o al Estado de acuerdo con la capacidad económica de aquella y sus particulares circunstancias.

1. La acción de tutela no puede utilizarse para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en defensa de sus derechos.

Finalmente, la Sala de Revisión considera necesario recalcar que como lo ha señalado la Sala Plena de esta Corporación:

“La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos. Si se llegara a admitir la posición contraria, pasaría la tutela a sustituir todos los demás medios judiciales y la jurisdicción constitucional entraría a asumir responsabilidades que no le corresponden, todo ello en detrimento de los demás órganos judiciales”¹¹.

Ya en la Sentencia T-01 del 3 de abril de 1992 se había dicho al respecto que:

“...la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce”.

Más recientemente la Corte ratificó su posición al respecto en la Sentencia SU 961 de 1999 cuyos apartes finales resultan plenamente pertinentes:

Por todas estas razones la Sala confirmará la decisión proferida por el Juzgado 12 Civil

Municipal y rechazará por improcedente la tutela instaurada.

III. DECISION

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:

CONFIRMAR por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia la Sentencia proferida por el Juzgado 12 Civil Municipal de Bogotá, mediante la cual se decidió negar por improcedente la tutela instaurada.

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

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

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 “las entidades del área social del Distrito, no podrán supeditar la atención de servicios públicos que protejan derechos fundamentales a la aplicación del la Encuesta SISBEN; por

lo tanto deberán adoptar las medidas a que haya lugar para la definición de criterios subsidiarios cuando quien solicita un servicio a cargo de la entidad no se encuentra clasificado en el SISBEN. Las solicitudes que impliquen la atención de servicios públicos a que hace referencia el inciso anterior , serán remitidas a la entidad competente, sin perjuicio de su inclusión en la base de datos en lista de espera para encuesta.

2 Sentencia T-106 /93 M.P. Antonio Barrera Carbonell

3 Salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis a la Sentencia SU 1067/2000 M.P. Fabio Morón Díaz, en la que se tutelaron los derechos de asociación sindical y negociación colectiva.

4 Ibidem.

5 Salvamento de voto de los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz, Vladimiro Naranjo Mesa y Álvaro Tafur Galvis a la Sentencia SU 998/2000 M. P. Alejandro Martínez Caballero, en la que se tutelaron los derechos de asociación y libertad sindical.

6 Sentencia T-069/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis

7 Ver Sentencia T-225 del 15 de junio de 1993.M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

8 Ver Sentencia SU-043/95 M.P. Fabio Morón Díaz

10 “las entidades del área social del Distrito, no podrán supeditar la atención de servicios públicos que protejan derechos fundamentales a la aplicación del la Encuesta SISBEN; por lo tanto deberán adoptar las medidas a que haya lugar para la definición de criterios subsidiarios cuando quien solicita un servicio a cargo de la entidad no se encuentra clasificado en el SISBEN. Las solicitudes que impliquen la atención de servicios públicos a que hace referencia el inciso anterior , serán remitidas a la entidad competente, sin perjuicio de su inclusión en la base de datos en lista de espera para encuesta.

11 Sentencia SU-111/97 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

12 Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo No. T-520. 16 de Septiembre de 1992.

13 Sentencia SU-961/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa