

Sentencia T-187-09

Referencia: expediente T-2.130.074

Acción de tutela instaurada por Marisol Rincón Puentes, en representación de Heidy Tatiana Gordo Rincón, contra Salud Total E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2.009)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA ELENA REALES GUTIERREZ, LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo proferido por el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá el once (11) de noviembre de dos mil ocho (2008), en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El veintinueve (29) de octubre de dos mil ocho (2008), Marisol Rincón Puentes, obrando en representación de su menor hija, presentó acción de tutela contra Salud Total E.P.S. por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la salud, vida, integridad personal y protección a la niñez.

Los hechos relatados por la parte demandante en la acción de tutela se resumen así:

1. Manifestó que su hija Heidy Tatiana Gordo, quien tiene cuatro años de edad, padece

de “(...) una dermatitis seborreica severa”, surgida de una intervención quirúrgica en la que se le retiró parcialmente un pulmón.

2. Indicó que debido a esto, le formulan medicamentos, según la EPS, excluidos del Plan Obligatorio de Salud (POS) y que constantemente son variados.

3. Enfatizó que “(...) en la actualidad [su] pequeña se encuentra hospitalizada y le han formulado otros medicamentos (...) los cuales son muy costosos, aparte de algunos exámenes que también son costosos que no están al alcance de [sus] recursos económicos”.

2. Solicitud de tutela

Considerando que las actuaciones de la EPS demandada conculcan los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y salud, así como que contradicen el mandato superior de protección a la niñez, la demandante solicitó al juez de derechos fundamentales que ordenara a Salud Total EPS “(...) cubrir en su totalidad los gastos de las intervenciones que sean necesarias, [así como] el suministro sin costo alguno de los medicamentos formulados durante [el] tratamiento hasta que la niña se recupere totalmente (...)”.

3. Intervención de la parte demandada

El gerente y representante judicial de la empresa demandada intervino dentro del término legal para ejercer su derecho de defensa, oponiéndose a las pretensiones de la demandante.

Indicó que “(...) la menor Heidy Tatiana Gordo, es una paciente de 4 años de edad, quien padece de dermatitis seborreica severa, a quien (refieren en documento de tutela) al parecer le han solicitado autorización para algunos medicamentos y servicios de acuerdo a su patología, sin embargo se realiza verificación en SIGS, NAP, Transruta, sin encontrar autorizaciones radicadas, pendientes o rechazadas en esta EPS”.

Así mismo, manifestó que “(...) se sugiere puntualizar la solicitud realizando acercamiento con la usuaria y adjuntar soportes médicos para dar claridad al caso y gestionar las autorizaciones de los servicios requeridos (...)” y dijo que

“(...)todas las autorizaciones de servicios médicos requeridos por la paciente hasta el momento han sido autorizadas por esta EPS sin que a la fecha existan reportes en Salud Total de servicios médicos negados a la usuaria”.

En conclusión, solicitó denegar el amparo solicitado, ya que la demandante no ha presentado solicitudes de autorizaciones pendientes y todos los servicios hasta el momento requeridos le han sido prestados.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Fotocopia de cédula de ciudadanía de Edith Marisol Rincón Puentes. (Cuad. 1, folio 1)

a. Copia de carné de afiliación a Salud Total de Edwin Andrés Gordo Pedraza, con rango salarial “A”. (Cuad. 1, folio 2)

a. Fotocopia de Cédula de Ciudadanía de Edwin Andrés Gordo Pedraza. (Cuad. 1, folio 2)

a. Fotocopia del registro civil de nacimiento de Heidy Tatiana Gordo Rincón, en el que consta el 26 de abril de dos mil cuatro (2004) como fecha de nacimiento (Cuad. 1, folio 3)

a. Fórmula médica suscrita el 22 de octubre de 2008 por Manuel Darío Franco, dermatólogo, en la que aduce que Tatiana Gordo “requiere el manejo con Fototerapia de Uva-1”. (Cuad. 1, folio 4)

a. Fotocopia de dos fórmulas médicas suscritas el 22 de octubre de 2008 en la que se

requiere los siguientes medicamentos: Emolin, Sineczem, Ungüento emoliente, Xalar”.
(Cuad. 1, folio 6)

a. Oficio No 6132 expedido por la DIAN, del seis (6) de octubre de dos mil ocho (2008), donde se indica que “(...) a la señora Rincón Puentes Eduth Marisol (...) hasta el momento de la presente solicitud no le figuran declaración [de renta] presentada.”
(Cuad. 1, folio 17)

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Conoció de la causa el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal de Bogotá, que mediante sentencia del once (11) de noviembre de dos mil ocho (2008) resolvió denegar el amparo solicitado.

Consideró la autoridad judicial que en el caso bajo estudio se observa que “(...) la accionante no ha realizado trámite alguno frente a la entidad accionada para obtener la autorización, lo que conlleva a evidenciar que la EPS no ha vulnerado de manera alguna los derechos fundamentales de la menor (...) circunstancia que no permite a este despacho judicial conceder el amparo, pues no existe actuación alguna que viole los derechos constitucionales de la accionante”.

Finalmente, indicó que la demandante solicita un tratamiento integral para la enfermedad que padece su hija, pero hasta el momento, de los medios probatorios aportados al proceso, no se evidencia que la demandada haya dejado de tratarla o prestarle los servicios requeridos.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Doce, mediante Auto del doce (12) de diciembre de dos mil ocho (2008), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

De los hechos narrados y probados en el proceso, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la acción de tutela interpuesta es procedente en ausencia de la prueba de la omisión o de acción por parte de la demandada. Igualmente se habrá de analizar si la EPS Salud Total ha conculcado los derechos fundamentales de la menor Heidy Tatiana Gordo Rincón.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno a: (i) el derecho a la salud y la continuidad en la prestación del servicio, (ii) la carga de la prueba en materia de tutela, (iii) la improcedencia de la acción de tutela ante la falta probatoria de omisión o deficiente acción por parte de la autoridad pública o particular demandados y (iv) los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional. Posteriormente, se entrará a resolver el caso en concreto.

2.1 El derecho a la salud y la continuidad en la prestación del servicio. Reiteración de jurisprudencia.

El derecho fundamental a la salud está funcionalmente dirigido a lograr la dignidad humana,¹ y su prestación debe darse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En este orden de ideas, por mandato constitucional contenido en el artículo 49 de la Carta, existe una obligación jurídica del Estado, así como de los particulares que prestan el servicio público de salud, de garantizar la recuperación de la misma – bajo ciertas modalidades y requisitos –, cuando quiera que ésta se vea afectada.² Este deber está estrechamente ligado al principio de eficiencia.

Por este motivo, la continuación en la prestación del servicio es esencial y se ha indicado en la jurisprudencia de esta Corporación que se conculca el derecho a la salud si

no se respeta la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o se deja sin servicio a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional. En efecto, reiterando sus decisiones en sede de tutela, en sentencia T-635 de 2007, esta Corporación indicó:

“[E]n consideración al derecho a estar afiliado al sistema (en virtud del carácter universal y progresivo de la seguridad social) de Seguridad Social en Salud, no se [puede] suspender el servicio de salud a los beneficiarios de los aportantes, sin dar alternativas reales y efectivas para continuar incluido en dicho sistema. Esto, por cuanto (i) no se puede suspender la continuidad en la aplicación de tratamientos y/o medicamentos, en tanto existe un derecho en dicho sentido, y (ii) no pueden quedar desamparados de las prestaciones del derecho fundamental a la salud, las personas que por su condición, son sujetos de especial protección constitucional.

2.2 La carga de la prueba en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 3º del Decreto 2591 de 1991 establece como uno de los principios rectores de la acción de tutela “(...) la prevalencia del derecho sustancial (...)”.³ Por este motivo, una de las características de esta acción es su informalidad.

Así, en materia probatoria, es posible demostrar los hechos aludidos por ambas partes mediante cualquier medio que logre convencer a la autoridad judicial, ya que no existe tarifa legal.⁴ Esta informalidad probatoria llega hasta el punto de que la autoridad judicial, al momento de analizar los medios probatorios aportados al proceso, pueda – cuando llegue al convencimiento de la verdad procesal – dejar de practicar algunas de las pruebas solicitadas, tal como se dispone en el artículo 22 del Decreto 2591 de 1991.

De esta forma, la libertad probatoria en sede de tutela es amplia, pero esto no significa que no exista una carga mínima de la prueba en cabeza de quien alega la vulneración de algún derecho fundamental, ya que las reglas probatorias generales aplican también para la acción de tutela. Es decir, si bien es cierto que basta al juez tener la convicción de la vulneración del derecho constitucional fundamental para ampararlo, también lo es que debe acreditarse en el expediente la transgresión, para que dicha protección constitucional se pueda obtener. Para ello el juez dispone, además, de amplios poderes

oficiosos, los cuales a su turno también se encuentran limitados por la idoneidad en su utilización. Así, en principio, quien alude un hecho tiene el deber de aportar los medios para convencer a la autoridad judicial de que en efecto ha sucedido o de aportar los elementos necesarios que sugieran razonablemente al juez la utilización idónea de sus poderes oficiosos en la prueba.

2.3 Improcedencia de la acción de tutela ante la falta probatoria de omisión o ausencia de acción por parte de la autoridad pública o particular demandado. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 86 de la Constitución establece que toda persona tiene la facultad de interponer acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos “(...) resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...) [o de] particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

En este sentido, como se desprende del texto constitucional, para que la acción de tutela sea procedente, se requiere que exista una actuación o una omisión por parte de la demandada, pues la mera conjetura o suposición de afectación de los derechos fundamentales no es suficiente.⁵ Al respecto, frente a la ausencia de acción u omisión por parte de las autoridades públicas, en la sentencia T-066 de 2002 se indicó:

“(...) acudir a la acción de tutela bajo la suposición o conjetura de que se vulnerarán derechos fundamentales por actos negativos de la administración, sin darle a ésta siquiera la oportunidad de pronunciarse en ese o en otro sentido. No se puede llegar al absurdo de acudir a la acción de tutela sobre la base de actos que no se han proferido, esto no solo viola el debido proceso de las entidades públicas, que, valga repetirlo, también lo tienen, sino que, atentaría contra uno de los fines esenciales del Estado, cual es el de asegurar la vigencia de un orden justo. (...)”

“(...) [S]egún lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela requiere como presupuesto necesario de orden lógico-jurídico la vulneración al demandante de un derecho fundamental o, por lo menos, la amenaza seria y actual de

su vulneración, circunstancia que en el caso concreto hasta ahora no se ha presentado.”

Evidentemente, esta regla es análoga para aquellos casos en los cuales los particulares han actuado o dejado de hacerlo, pues el presupuesto lógico necesario es el mismo: una amenaza o violación concreta y no hipotética de los derechos fundamentales. Aunque la certeza del daño se presenta diferentemente en la acción de tutela y en las acciones ordinarias, lo cierto es que también en aquéllas se exige, así sea bajo la noción de la inminencia de la lesión, que se establezca que ésta ha iniciado o está a punto de serlo, debido a la acción o a la omisión de la autoridad o del particular.

2.4 Los niños y las niñas como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

El constituyente de 1991 fue claro en señalar que los niños y las niñas son sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual el Estado y los particulares tienen la obligación de velar para que sus derechos sean respetados. Sólo así, la República Colombiana asegurará “(...) un orden político, económico y social justo (...)”, que garantice la justicia social, tal como lo establece el preámbulo de la Carta Política.

De acuerdo con el artículo 44 de la Constitución, entre los derechos fundamentales de los niños y las niñas se encuentran la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social; teniendo la familia, la sociedad y el Estado la obligación de asistir y proteger al menor para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio de sus derechos, que prevalecen sobre los derechos de los demás.⁶

Adicionalmente y con base en la mencionada disposición constitucional, esta Corporación, en reiteradas oportunidades,⁷ ha señalado que la protección del derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas no sólo obedece a su condición de sujeto de especial protección constitucional -dada la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran-, sino a la necesidad de que la familia, la sociedad y el Estado den cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad que orientan la construcción del Estado Social de Derecho.⁸

En este sentido, la Corte Constitucional ha afirmado que los jueces constitucionales

tienen el deber de garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud de los niños y las niñas, en los casos en que su núcleo esencial se encuentre amenazado o vulnerado,⁹ esto es, cuando el menor se halle ante “a) la existencia de un atentado grave contra la salud (...); b) la imposibilidad de evitar la actitud que se reprocha; c) el riesgo potencial y cierto del derecho a la vida y de las capacidades físicas o psíquicas del niño.”¹⁰

3. Caso concreto

3.1 Obrando en representación de su menor hija, la señora Marisol Rincón Puentes interpuso acción de tutela contra la EPS Salud Total, por considerar que esta empresa conculcaba los derechos fundamentales a la salud, vida, integridad y protección a la niñez de su descendiente. Así, al momento de interponer la acción de tutela relató que su hija, de cuatro años de edad, padece “(...) una dermatitis seborreica severa” (Cuad. 1, folio 7). Por esta razón se encuentra hospitalizada y le han formulado medicamentos y ordenado tratamientos, que, además de ser costosos, varían constantemente.

Con fundamento en estos hechos, la demandante solicitó al juez de derechos fundamentales que ordenara a la EPS demandada el cubrimiento total de las intervenciones, así como de los medicamentos necesarios para atender la enfermedad que padece su hija.

Por su parte, la empresa accionada, al momento de ejercer su derecho de defensa, se opuso a las pretensiones de la demandante, enfatizando que al padecer la menor la mencionada enfermedad la EPS ha dado “(...) todas las autorizaciones de servicios médicos requeridos por la paciente hasta el momento (...) sin que a la fecha existan reportes en Salud Total de servicios médicos negados a la usuaria”. (Cuad. 1, folio 21)

La jueza de instancia resolvió denegar el amparo solicitado, señalando que de los medios probatorios no se evidencia que la empresa demandada haya dejado de prestar los tratamientos o servicios requeridos por la hija de la accionante, por lo que no puede concluirse que Salud Total amenace o vulnere los derechos fundamentales invocados.

3.2 Considera la Sala que de los hechos narrados y probados en el proceso no puede constatar que la EPS demandada haya actuado, o dejado de hacerlo, de forma tal que transgreda los derechos fundamentales de la hija de la demandante. En efecto, en ningún momento la señora Rincón Puentes aportó medios probatorios mínimos que permitan evidenciar que la empresa haya negado algún servicio o dejado de entregar algún medicamento. De igual forma, de las pruebas obrantes en el proceso sólo puede concluirse que la menor padece la enfermedad mencionada y que está recibiendo tratamiento, incluso que le han formulado los medicamentos Emolin, Sineczem, Ungüento emoliente, Xalar” (Cuad. 1, folio 6). El hecho de que los tratamientos sean costosos y varíen frecuentemente, no supone que la lesión del derecho se ha producido o esté a punto de serlo. En el evento en que ello llegase a ocurrir se darían, ahí sí, los elementos necesarios para que proceda la protección.

3.3 Como fue indicado en las consideraciones generales de esta sentencia, la procedencia de la acción de tutela requiere, como presupuesto lógico necesario, que exista una amenaza seria y actual o una vulneración concreta. Probar esto corresponde, en principio, a la parte demandante que alega que tal situación se ha presentado. También puede corresponder al juez cuando el caso concreto requiera la utilización de sus poderes oficiosos, lo cual se echa de menos en el caso concreto, en el cual lo costoso y variable de los tratamientos futuros no supone la utilización de los mencionados poderes. Al no haberse efectuado esto y en consideración de que la mera conjetura o suposición de afectación de los derechos fundamentales por parte de la demandante no es suficiente para amparar los derechos invocados, la Sala concluye que la presente acción es improcedente.

3.4 En suma, la Sala comparte la decisión adoptada por el Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal en el asunto de la referencia, por lo que confirmará la sentencia proferida por dicha autoridad judicial.

3.5 Con todo, tratándose de una niña de cuatro años de edad (Cuad. 1, folio 3) y considerando que por mandato constitucional – conforme a lo expuesto en el fundamento normativo de esta sentencia – el juez de tutela tiene el deber de velar por que los derechos de los niños y las niñas sean respetados, la Sala prevendrá a la empresa demandada para que, en el futuro, no incurra en ningún comportamiento que pueda llegar

a afectar el derecho fundamental a la salud de Heidy Tatiana Gordo Rincón.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Segundo: PREVENIR a la E.P.S Salud Total para que se abstenga de incurrir en cualquier comportamiento que afecte el derecho fundamental a la salud de Heidy Tatiana Gordo Rincón.

Tercero: LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrado (E)

LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-666 de 2004.

2 El inciso primero del artículo 49 de la Constitución establece: “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 (...)".

4 Al respecto, puede consultarse la sentencia T-744 de 2004.

5 Al respecto, puede consultarse la sentencia T-013 de 2007.

6 Con relación a las obligaciones del Estado colombiano en materia de protección del derecho a la salud, se pueden consultar, entre otros, la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 12 de 1991; y, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 74 de 1968. En el mismo sentido, se puede consultar la Observación General No. 14 (-E/C.12/2000/4) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

7 Sentencias T-289 de 2007, T-393 de 2005, T-360 de 2005, T-268 de 2004, T-112 de 2004, T-819 de 2003, T-388 de 2003, T-970 de 2001, T-792 de 2001 y T-796 de 1998.

8 Sentencia SU 225 de 1998.

9 Sobre el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños y niñas, ver entre otras las sentencias: T-974 de 2000, T-864 de 1999, T-727 de 1998, T-415 de 1998.

10 Sentencia T-864 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero.