

Sentencia T-197/11

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Reiteración de jurisprudencia/AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Requisitos

Es evidente que la acción de tutela no necesariamente debe incoarla el titular legítimo del derecho que se considera vulnerado, sino que también existe la posibilidad de ser solicitada por quien no lo es, cuando quien vea vulnerado sus derechos se encuentre en un estado físico y/o mental que le impida interponer personal y autónomamente la acción. De manera que para poder accionar en nombre de otro, debe tenerse el consentimiento expreso de quien no puede hacerlo por sí mismo, y, además, acreditar que se encuentra en un estado de imposibilidad, que le impide presentar la acción de tutela, y manifestar que se obra en tal calidad. Esta Corporación en varios fallos ha establecido los dos requisitos que deben cumplirse cuando una persona quiera constituirse como agente oficioso de un tercero. Entonces, las reglas para la agencia oficiosa, cuando se trata de la acción de tutela, están en acreditar la imposibilidad del titular del derecho para solicitar la protección y, la manifestación expresa que se actúa como tal en un caso específico.

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Requisitos no tienen aplicación

Cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes, los requisitos no tienen aplicación, pues esta Corporación ha explicado que éstos son sujetos de especial protección, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia están obligados a su protección, razón por la que cualquier persona está llamada a actuar como agente oficioso de sus derechos, aún existiendo representante legal, pues puede acontecer que éste, por negligencia, ignorancia o simplemente porque es el vulnerador del derecho, no hace uso de los instrumentos jurídicos diseñados para lograr el amparo de quien se encuentra bajo su representación. Es por ello, que corresponde al juez de tutela en cada caso concreto, analizar el papel del agente oficioso. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha explicado que, “la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa y por tanto no interesa realmente una especial calificación del sujeto que promueve la solicitud de amparo”.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Reiteración de jurisprudencia sobre hecho superado y daño consumado

La acción de tutela fue concebida para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas ante la vulneración o amenaza de los mismos. Pero, si durante el trámite de la misma los motivos que generan esa vulneración o amenaza, cesan o desaparecen por cualquier causa, la tutela pierde su razón de ser ya que no existe ningún objeto jurídico sobre el cual pronunciarse. Cuando se presenta esta situación, estamos ante el fenómeno de carencia actual de objeto, el cual a su vez, se concreta a través de dos eventos: hecho superado y el daño consumado.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental autónomo

Es evidente que cuando está de por medio la salud de un niño, niña o adolescente por el simple hecho de serlo, es merecedor de todas las garantías en materia de salud en aras de su desarrollo físico y mental, sin que ninguna entidad encargada de prestar dicho servicio pueda dilatar injustificadamente la prestación del mismo, pues ello implicaría la vulneración directa de un derecho fundamental. En conclusión, con fundamento en la normatividad y la jurisprudencia constitucional, es claro que el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes es autónomo e independiente, en observancia del principio de interés superior, por disposición expresa de la Constitución Política.

Referencia: expediente T-2.870.723

Acción de Tutela instaurada por Luís Efrén Leyton Cruz, personero municipal de Planadas (Tolima), como agente oficioso de la niña Taliana Delgado Varón en contra de Salud Vida EPS.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil once (2011).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente.

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010), por el Juzgado Primero Civil Municipal de Piedras, que negó la tutela incoada por Luis Efrén Leyton Cruz -Personero municipal de Piedras (Tolima)- como agente oficioso de la niña Taliana Varón Páramo contra Salud Vida EPS.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. SOLICITUD

En representación de Taliana Delgado Varón, de 9 meses de edad, el personero municipal de Piedras (Tolima), solicitó al juez de tutela la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, al interés superior del niño y a la salud, vulnerados presuntamente por Salud Vida EPS, con base en los siguientes:

1. Hechos y argumentos de derecho

1.1.1.1. Señala que la señora Vitalina Varón Páramo, madre de Taliana Delgado Varón, es cotizante en la EPS Salud Vida desde el año 2003.

1.1.1.2. Indica que el 24 de febrero de 2010, la médica Leidy Tatiana Torres, perteneciente al Hospital San Sebastián de Piedras, le ordenó a la niña un examen de cadera en abducción y ablucción.

1.1.1.3. La EPS Salud Vida se negó a atender a la menor alegando que no se encontraba en la

base de datos del sistema.

1.1.1.4. El agente oficioso señala que la madre de la niña ha cotizado a la entidad prestadora de salud, tal como lo demuestra la planilla integrada de autoliquidación de aportes. Situación por la cual no se puede aceptar el argumento de la accionada para no prestar el servicio.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1. RESPUESTA DE SALUD VIDA EPS.

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Primero Municipal de Piedras (Tolima) la admitió y ordenó correr traslado al representante legal de Salud Vida EPS, quien, dentro del término correspondiente, contestó con los siguientes argumentos:

La Gerente Zonal de Salud Vida EPS, responde al escrito de tutela manifestando que:

“1. Una vez revisada la Base de Datos se pudo constatar que la señora VITALINA VARON PARAMO identificada con cedula (sic) de ciudadanía No. 65.773.398, NO se encuentra afiliada a SALUDVIDA EPS.

2. La señora VITALINA VARON PARAMO se encuentra afiliada a CONVIDA EPS desde el 7 de diciembre de 2009”.

En virtud de lo anterior, la entidad solicitó ser desvinculada del proceso de tutela.

1.2.2. RESPUESTA DE CONVIDA EPS.

A través de su oficina jurídica, informaron que la accionante no estaba afiliada a dicha entidad, por cuanto sólo prestan sus servicios en Cundinamarca y algunos municipios del Meta, y la usuaria reside en Piedras - Tolima.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

1. Documentos obrantes dentro del expediente

Obran en el expediente, entre otros, los siguientes documentos:

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Vitalina Varón Páramo.

1. Copia de la Planilla de Autoliquidación de Aportes No. 7704568, fechada el 9 de julio de 2010.

1. Copia de la Fórmula Médica No. 85824 del Hospital San Sebastián de Piedras (Tolima), en donde se ordena el examen “RX de Caderas en abducción y ablucción”, fechado el 24 de febrero de 2010 y suscrito por la médica Leidy Tatiana Torres.

1. Copia del carné de afiliación de la señora Vitalina Varón Páramo en calidad de cotizante a la entidad Salud Vida EPS desde el 1 de septiembre de 2003.

2. DECISIONES JUDICIALES

2.1. SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA - JUZGADO PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE IBAGUÉ.

2.1.1. Consideraciones

Mediante sentencia proferida el veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010), el Juzgado Primero Civil Municipal de Ibagué negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la accionante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Realiza un recuento general del artículo 86 de la Constitución y lo que ha dicho esta Corporación sobre éste, concluyendo que la eficacia de la tutela radica en la protección

inmediata de un derecho fundamental presuntamente vulnerado o amenazado por la acción u omisión de la autoridad pública o de un particular en los casos expresamente señalados por la ley.

Considera que las circunstancias que rodean el caso, no encajan dentro de lo que podría verse como una vulneración de derechos fundamentales. Por otro lado, el juez señala que no existe petición escrita alguna por parte de la demandante de la cual pueda inferirse que por lo menos acudió ante la entidad accionada para solicitar la prestación del servicio. Ahora bien, señala que la madre de la bebé, al estar afiliada actualmente a Convida EPS, es ante esa entidad a la que debe dirigirse para obtener la autorización del procedimiento que requiere la niña. Finalmente, expresa que al observar la planilla de autoliquidación de aportes, no se detalla con exactitud a cuál EPS pertenece el código que aparece allí, lo que es imposible de establecer para el juzgado.

El personero no impugnó la anterior decisión.

2.2. Actuaciones realizadas por el despacho del Magistrado Ponente.

El 17 de febrero de 2011, el despacho procedió a comunicarse telefónicamente con la señora Vitalina Varón Páramo, madre de la niña, quien manifestó que desde noviembre de 2010 se trasladó de Salud Vida EPS a Coomeva EPS, por cuanto estaba incomoda con las excusas de la primera entidad para prestarle el servicio. Cuando se le indagó acerca del estado de salud de hija, señaló que la llevó a un pediatra particular, el cual, le indicó que la niña se encontraba en buen estado de salud. Finalmente, la madre expresó que su hija caminaba con normalidad, sin complicación alguna.

3. CONSIDERACIONES.

3.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela proferido en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección que efectuó la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

1. PROBLEMA JURÍDICO

El agente oficioso de la niña Taliana Delgado Varón manifiesta que Salud Vida EPS vulneró los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su agenciada, al no practicarle un examen de cadera en abducción ordenado por la médica tratante del Hospital San Sebastián de Piedras (Tolima). La entidad por su parte manifestó que la menor no estaba incluida en su base de datos como beneficiaria de la madre y que la entidad a la que pertenecía era Convida EPS.

El juez de instancia determinó que al no existir una petición formal ante la entidad accionada, era contradictorio deducir la vulneración de derecho fundamental alguno de la niña por parte de Salud Vida EPS. Además, que en la planilla de autoliquidación de aportes, no se observaba con claridad la EPS a la cual cotizaba la madre de la niña, por cuanto lo que allí aparece es un código.

Durante el trámite de revisión, el despacho del Magistrado sustanciador se comunicó telefónicamente con la señora Vitalina Varón Páramo, quien manifestó haberse cambiado de Salud Vida EPS a Coomeva EPS en noviembre de 2010. Sostuvo, además, que llevó a la niña a un pediatra particular quien le señaló que la niña no requería tratamiento alguno para sus caderas.

A raíz de lo anterior, la Sala detecta que en el caso objeto de estudio se configura el fenómeno jurídico de carencia actual de objeto por daño consumado, en tanto la solicitud de tutela iba encaminada a que Salud Vida EPS procediera a practicarle el examen de cadera a la niña, pero, ante la negativa de la entidad, la madre procedió a cambiarse a Coomeva EPS. En consecuencia, de proferirse un pronunciamiento que ordenase a Salud Vida EPS practicarle a la niña el examen, éste carecería de total eficacia en razón a la desafiliación actual de la madre de la menor a esa entidad.

No obstante, con el fin de abordar los temas relevantes del proceso, la Sala se referirá en primer lugar a la representación judicial de los niños, niñas y adolescentes mediante la figura de la agencia oficiosa. Como segundo tema a tratar, reiterará la jurisprudencia relacionada con la configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado. En tercer, lugar

señalará brevemente lo concerniente al derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional y finalmente desarrollará el caso concreto.

3.2.1. Agencia oficiosa de los niños, niñas y adolescentes en la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política en su artículo 86 dispone: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento

y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, 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.” (Resaltado fuera del texto original).

En concordancia, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 10º establece:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.” (Resaltado fuera del texto original).

Es evidente que la acción de tutela no necesariamente debe incoarla el titular legítimo del derecho que se considera vulnerado, sino que también existe la posibilidad de ser solicitada por quien no lo es, cuando quien vea vulnerado sus derechos se encuentre en un estado físico y/o mental que le impida interponer personal y autónomamente la acción. De manera que para poder accionar en nombre de otro, debe tenerse el consentimiento expreso de quien no puede hacerlo por sí mismo, y, además, acreditar que se encuentra en un estado de imposibilidad, que le impide presentar la acción de tutela, y manifestar que se obra en tal calidad.

Esta Corporación en varios fallos ha establecido los dos requisitos que deben cumplirse cuando una persona quiera constituirse como agente oficioso de un tercero. Estos son:

“4.7 En este sentido, la Corte ha reiterado que la presentación de la solicitud de amparo a través de agente oficioso, tiene lugar cuando: (i) el agente oficioso manifiesta actuar en tal sentido; y, (ii) de los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden su interposición directa.”¹

4.8 Adicionalmente, la Corte ha precisado que, en todo caso, el cumplimiento de las condiciones normativas y jurisprudenciales para el ejercicio legítimo de la agencia oficiosa en materia de tutela, deben ser valoradas por el juez constitucional a la luz de las circunstancias particulares del caso puesto a su consideración.²” (Subrayas y negrilla fuera del original).

Entonces, las reglas para la agencia oficiosa, cuando se trata de la acción de tutela, están en acreditar la imposibilidad del titular del derecho para solicitar la protección y, la manifestación expresa que se actúa como tal en un caso específico.

No obstante, esas reglas, cuando se trata de agenciar derechos fundamentales de niños, niñas o adolescentes, no tienen aplicación, pues esta Corporación ha explicado que éstos son sujetos de especial protección, frente a los cuales el Estado, la sociedad y la familia están obligados a su protección, razón por la que cualquier persona está llamada a actuar como agente oficioso de sus derechos, aún existiendo representante legal, pues puede acontecer que éste, por negligencia, ignorancia o simplemente porque es el vulnerador del derecho, no hace uso de los instrumentos jurídicos diseñados para lograr el amparo de quien se encuentra bajo su representación. Es por ello, que corresponde al juez de tutela en cada caso concreto, analizar el papel del agente oficioso. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha explicado que, “la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa y por tanto no interesa realmente una especial calificación del sujeto que promueve la solicitud de amparo”³4.

Sobre el particular, esta Corporación manifestó que “Cualquier persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal.” Igualmente, sostiene que “La ausencia de los representantes legales del menor, o la inminencia del daño a sus derechos fundamentales, son circunstancias, entre otras, cuya mención en el escrito de tutela bastaría para habilitar el

agenciamiento de sus derechos". (Negrillas propias). Entonces, ante cualquiera de las dos situaciones anteriormente señaladas, una persona puede interponer acción de tutela cuando detecte la inminente violación de los derechos fundamentales de niños, pero, como se expuso con anterioridad, no sería acorde con el principio del interés superior del menor, hacer un análisis riguroso de la correcta utilización de la agencia oficiosa cuando no es propiamente el representante legal quien actúa en su nombre, puesto que, la finalidad de esta figura jurídica consiste en salvaguardar, ante todo, los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección.

3.2.2. Carencia actual de objeto: Hecho superado y daño consumado.

La acción de tutela fue concebida para la protección de los derechos constitucionales fundamentales de las personas ante la vulneración o amenaza de los mismos. Pero, si durante el trámite de la misma los motivos que generan esa vulneración o amenaza, cesan o desaparecen por cualquier causa, la tutela pierde su razón de ser ya que no existe ningún objeto jurídico sobre el cual pronunciarse. Cuando se presenta esta situación, estamos ante el fenómeno de carencia actual de objeto, el cual a su vez, se concreta a través de dos eventos: hecho superado y el daño consumado.

3.2.2.1. Hecho superado.

Al respecto, la Corte ha entendido que el hecho superado se presenta cuando "en el entre tanto de la interposición de la demanda de tutela y el momento del fallo del juez de amparo, se repara la amenaza o vulneración del derecho cuya protección se ha solicitado"⁵

Igualmente, la sentencia T-096 de 2006 expuso lo siguiente:

"(C)uando 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 juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción."

3.2.2.2. Daño consumado.

El daño consumado, está consagrado en el numeral 4 del artículo 6 del decreto 2591 de

1991, según el cual, una de las causales de improcedencia de la acción de tutela se configura cuando “sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado”. Con base en este precepto legal, se tiene que una consecuencia necesaria de la ocurrencia del daño consumado es la improcedencia de la acción de tutela. Cabe ahora citar textualmente lo que en varias oportunidades ha expresado esta Corporación:

En la sentencia T-449 de 2008, se señala el concepto de daño consumado:

“... hay una carencia actual de objeto por la presencia de un daño consumado cuando, al igual que en la hipótesis anterior, se constata que las condiciones de hecho que generan la supuesta amenaza o violación de los derechos fundamentales del accionante cesan, desaparecen o se superan pero, sin existir una reparación del derecho.”

Por otro lado, la sentencia T-612 de 2009, indicó:

“Ahora bien, la carencia de objeto por daño consumado 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.”

De otro lado, se habla de daño consumado cuando efectivamente la amenaza al derecho fundamental se materializa, aún estando en trámite la solicitud de amparo, generando consecuencias negativas sobre los derechos del solicitante, situación que precisamente se buscaba evitar con el mecanismo de protección constitucional. Al ser una situación que de hecho recae sobre la persona, haciéndola irreversible, un pronunciamiento de fondo por parte del juez de tutela con el objetivo de proteger el derecho sería inocuo en tanto ya se ha generado un daño, que si bien puede ser reparado, el objetivo principal era evitarlo.

Debe tenerse en cuenta que las premisas que sustentan el fenómeno jurídico de la carencia actual de objeto y sus dos posibles consecuencias, hecho superado y daño consumado, si bien son producto de un mismo supuesto [carencia de objeto], presentan características disímiles que las hacen distintas. Por un lado, el hecho superado se presenta cuando cesa la violación del derecho fundamental o el hecho que amenazaba vulnerarlo, es decir, en el curso del proceso de tutela las situaciones de hecho generadoras de la vulneración o presunta vulneración desaparecen o se solucionan; por el otro, en el daño consumado, la amenaza de vulneración se perfecciona, configurándose un perjuicio para el actor. Tanto el

hecho superado como el daño consumado se deben presentar durante el trámite de la acción de tutela.

3.2.2.3. El fallo judicial en sede de revisión frente al hecho superado y el daño consumado.

La Corte Constitucional ha sido enfática en establecer la diferencia entre hecho superado y daño consumado, valorando principalmente si tendría sentido emitir un pronunciamiento de fondo, en tanto se ha presentado una circunstancia de hecho concomitante al trámite de tutela, como lo es por ejemplo, la muerte del accionante⁶ o la garantía efectiva del derecho fundamental por parte del accionado, por mencionar sólo algunos ejemplos.

Al abordar el tema de la carencia actual, la Corte ha sostenido que la tutela debe declararse improcedente, por cuanto cualquier orden que se pudiera pronunciar sería ineficaz para la defensa y protección de los derechos fundamentales, finalidad última del recurso de amparo.

No obstante, en virtud del papel de la Corte Constitucional como intérprete del alcance de los derechos fundamentales establecidos en la Carta Política, cuando se presenta un hecho superado, la función de las salas de revisión debe ir más allá de declarar la improcedencia de la acción de tutela, por lo que les es imperativo “que la providencia judicial incluya la demostración de que en realidad se ha satisfecho por completo lo que se pretendía mediante la acción de tutela, esto es, que se demuestre el hecho superado⁷, lo que autoriza a declarar en la parte resolutive de la sentencia la carencia actual de objeto y a prescindir de orden alguna, con independencia de aquellas 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.”⁸

Bajo el mismo presupuesto anteriormente señalado, frente al daño consumado, la Corte expresó:

“En estos casos resulta perentorio que el juez de amparo, tanto de instancia como en sede de Revisión, se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en la demanda, y sobre el alcance de los mismos. Igualmente, debe informar al demandante o a los familiares de éste, sobre las acciones jurídicas de toda índole, a las que puede acudir para la reparación

del daño, así como disponer la orden consistente en compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los demandados cuya acción u omisión causó el mencionado daño”⁹

De acuerdo con lo anterior, la ocurrencia de un daño consumado por carencia actual de objeto no necesariamente debe conducir al juez constitucional a declarar improcedente la acción de tutela. No. Por el contrario, debe evaluar de fondo las alternativas que pueden llevar a solucionar la continuidad del daño o detenerlo, o en caso de ser materialmente imposible, tomar las medidas necesarias tendientes a que se investigue y determine la responsabilidad de los autores del mismo, de acuerdo con las características particulares de cada situación, y más aún si se trata de un Tribunal Constitucional, cuyas facultades exceden a las de un juez ordinario con el fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales vulnerados.

3.2.3. El derecho a la salud es fundamental autónomo y prevalente cuando se trata de los niños¹⁰, niñas y adolescentes.

3.2.3.1. El derecho a la salud y su protección por vía de tutela. Dentro del catálogo de garantías y derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de 1991, encontramos el derecho a la salud expresado en varios artículos (48 y 49); cuya prestación está a cargo del Estado, orientado bajo los principios de solidaridad, universalidad y eficacia. A pesar de ser un derecho de carácter prestacional, es susceptible de protección por vía de tutela en tanto se relaciona directamente con el derecho a la vida y a la dignidad humana. Al respecto esta Corporación ha señalado tres eventos en que procede dicho amparo:

“el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera, ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda, ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando, en general, la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la

Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna”¹¹

Uno de los presupuestos para exigir la protección del derecho a la salud, consiste en acudir a la tesis de la conexidad, según la cual, el derecho vulnerado debe tener relación directa con uno de rango fundamental¹². No obstante, de manera progresiva, esta Corporación a lo largo de sus decisiones superó el concepto en que el derecho a la salud se hacía exigible por conexidad con uno de rango superior como el derecho a la vida, la integridad física o la dignidad humana y dispuso su amparo de manera autónoma, más aún cuando se trata de la protección de los derechos de sujetos de especial protección constitucional, como lo son las madres cabeza de familia, ancianos, personas discapacitadas, niños, entre otras. Así, el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental autónomo,” cuando quiera que se concrete en una garantía subjetiva, prevista en una norma de naturaleza constitucional, legal o de otra especie, que cree y estructure el sistema nacional de salud, en el que se delinearán los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”¹³.

3.2.3.2. El derecho a la salud: fundamental y autónomo frente a la protección de niños, niñas y adolescentes.

La Constitución Política en virtud del artículo 44, protege el derecho a la salud de los niños por ser sujetos de especial protección constitucional, debido a las condiciones de indefensión y vulnerabilidad que los caracteriza. En este sentido, la Corte ha señalado que dicha protección va encaminada a hacer efectivo el principio del interés superior¹⁴, logrando así el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales de manera autónoma, es decir, al ser los niños, niñas y adolescentes sujetos de especial protección y al prevalecer sus derechos sobre los derechos de los demás, la garantía constitucional se torna inmediata en tanto todos los derechos que les son inherentes adquieren el carácter de fundamentales.

De conformidad con lo anterior, esta Corporación ha señalado de manera reiterada la prevalencia que tienen los derechos de los niños, niñas y adolescentes en nuestra sociedad, sobre los demás. En la sentencia T-953 de 2003¹⁵ señaló lo siguiente:

“También la Corte se ha detenido en la aplicación real y efectivo de los derechos de los niños previstos en el artículo 44 de la Carta, en cuanto esta disposición, entendida conjuntamente con los artículos 5° y 13 constitucionales, indica que no puede plantearse un conflicto de

intereses en cuyo extremo se encuentre la protección integral de un menor, porque cuando se trata de los derechos de los niños estos prevalecen sin otra consideración¹⁶.

Igualmente, ha manifestado en este sentido:

“El derecho a la salud ha sido catalogado como derecho fundamental autónomo frente a menores de edad. La Constitución Política establece cláusulas de especial protección constitucional. Frente a ellos, la protección del derecho a la salud es reforzada debido al grado de vulnerabilidad e indefensión que, en ocasiones, deben afrontar¹⁷.”

Del mismo modo, la sentencia SU-225 de 1998¹⁸ realizó un análisis sobre la protección especial de los derechos de los niños en especial en lo referido a la salud, estableciendo que el artículo 44 Superior dispuso:

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

Así las cosas, es evidente que cuando está de por medio la salud de un niño, niña o adolescente por el simple hecho de serlo, es merecedor de todas las garantías en materia de salud en aras de su desarrollo físico y mental, sin que ninguna entidad encargada de prestar dicho servicio pueda dilatar injustificadamente la prestación del mismo, pues ello implicaría la vulneración directa de un derecho fundamental

En conclusión, con fundamento en la normatividad y la jurisprudencia constitucional, es claro que el derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes es autónomo e independiente, en observancia del principio de interés superior, por disposición expresa de la Constitución Política.

3.3. CASO CONCRETO

3.3.1. Presentación del caso.

El personero municipal de Piedras (Tolima), en uso de las facultades que le otorga la ley 19, interpuso acción de tutela contra Salud Vida EPS, agenciando los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la niña Taliana Delgado Varón. Manifestó que dicha entidad vulneró los derechos fundamentales de ésta al no practicarle un examen de cadera que había sido ordenado por la médica Leidy Tatiana Torres, vinculada al Hospital San Sebastián de Piedras (Tolima). Por su parte, la entidad manifestó que la niña no se encontraba en su base de datos, afirmando que la madre se encontraba afiliada a Convida EPS. En vista de tal respuesta, el juez de instancia ordenó vincular a dicha entidad para que se pronunciara al respecto, quien señaló que presta sus servicios solamente en el departamento del Meta y algunos municipios de Cundinamarca y no en el Tolima.

3.3.2. Objeto de la tutela

En el trámite de revisión dentro de la Corte Constitucional y tal como se manifestó en los antecedentes, el despacho del Magistrado Sustanciador procedió a comunicarse telefónicamente con la señora Vitalina Varón Páramo, madre de la niña, a quien se le preguntó por el estado de salud de la niña. Ella indicó que acudió a un pediatra particular para que la examinaran, quien le informó que la niña no tenía problemas de cadera. Igualmente, la madre de la bebé expresó que ante las inconsistencias en la prestación del servicio por parte de Salud Vida EPS, decidió trasladarse a Coomeva EPS. Es decir, hay un daño consumado en relación con el objeto de la solicitud de protección: RX de cadera por parte de Salud Vida EPS.

3.3.3. De la carencia actual de objeto

En el presente caso la Sala está ante un daño consumado por dos razones fundamentales:

La primera, es el cambio de EPS de la madre de la niña, puesto que de emitirse un pronunciamiento de fondo, no tendría ningún efecto útil frente a la protección de los derechos fundamentales de esta, en tanto no es Salud Vida EPS la que actualmente presta sus servicios a la señora Vitalina Varón y por supuesto a su menor hija.

La segunda, es que la acción de tutela estaba encaminada a lograr la protección del derecho

a la salud de la niña Taliana Delgado, para lo cual debía practicársele el examen “RX de caderas en abducción y ablucción”. Este procedimiento, de acuerdo al texto de “Guías Prácticas Basadas en la Evidencia. Displasia de la Cadera en Desarrollo”²⁰ es un examen que busca diagnosticar de manera no invasiva, si el bebé desarrolla displasia de cadera o luxación, que es “aquella en la cual la cabeza femoral está fuera del acetábulo”²¹. De acuerdo con esto, la finalidad del examen es “Realizar el diagnóstico temprano de la displasia de la cadera en desarrollo mediante tamizaje clínico primario a todos los niños recién nacidos vivos, y tamizaje clínico secundario a las tres semanas, un mes y medio, tres meses, seis meses y doce meses de edad, con el fin de detectar casos tardíos”. En particular, el examen por RX es recomendado para bebés de 4 a 622 meses de edad. De otra forma, cuando no se hallan factores de riesgo, lo recomendable es suspender cualquier tipo de procedimiento²³.

Si bien la ausencia de este procedimiento no constituye un factor de riesgo directo en la vida de la niña, su diagnóstico a tiempo es importante para detectar posibles complicaciones en el desarrollo de las caderas en los niños y tratar a tiempo el problema, evitando así procedimientos más complejos para su recuperación.

En ese contexto, es claro que la niña Taliana Delgado Varón, hoy con diecisiete meses de edad, perdió la oportunidad de habersele detectado tempranamente una displasia, objetivo del examen que no le fue practicado y que hoy ya no le servirá para tal fin, en razón de su edad. Es decir, estamos ante un daño consumado que obliga al juez constitucional a emitir un fallo de fondo para que se determine las razones de la falta de atención a la que fue sometida la niña Taliana Delgado.

3.3.4. De la negligencia de Salud Vida EPS

La Sala encuentra que con fundamento en el Registro Civil de Nacimiento²⁴ obrante en el expediente, la niña Taliana Delgado Varón nació el 16 de octubre de 2009, y que la orden de examen suscrita por la doctora Leidy Tatiana Torres, fue expedida el 24 de febrero de 2010²⁵, es decir, que para esa época, la niña contaba con 4 meses y 7 días de nacida. Es decir, el examen que en su momento se solicitó a la bebé, de “RX de caderas en abducción y ablucción”, era necesario para diagnosticar una posible displasia de cadera y de ser así, iniciar inmediatamente su tratamiento. Actualmente, la niña Taliana Delgado, ya ha superado

el año de edad, por lo que, como ya se mencionó, resultaría inútil ordenar a la EPS la práctica del examen.

Una de las razones de Salud Vida EPS para negar el servicio solicitado, consistió en manifestar que la niña no se encontraba afiliada a esa entidad. Sin embargo, en la Planilla Integrada de Autoliquidación de Aportes -PILA-, la Sala observa que dentro la fila número dos se encuentra el nombre "VARÓN PÁRAMO VITALINA" y frente a esta casilla, en la columna perteneciente al ítem "Cod EPS" dice "EPS 033". Ésta información, en su momento, fue el obstáculo que impidió al juez de instancia establecer a qué EPS pertenecía la señora Páramo, pues para el titular del despacho, del código de la planilla le fue "imposible descifrar a quien pertenece".

Para aclarar lo anterior, se consultó la página web de la Superintendencia de Salud²⁶, la cual, dentro de su extenso contenido, se encuentra un cuadro titulado "Autorizaciones de Funcionamiento Entidades Promotoras de Salud", dentro del cual, en la columna izquierda se indica un código que le es asignado a cada EPS autorizada para funcionar. Al revisar dicho cuadro de entidades autorizadas, tenemos que el código "EPS 033" pertenece a Salud Vida EPS, con NIT 830074184, es decir, el mismo que se encuentra referenciado en la planilla aportada en el expediente de tutela. Por lo tanto, la Sala encuentra que no es cierto, como lo manifiesta Salud Vida EPS, que al momento de solicitar la práctica del examen, la niña no aparecía en la base de datos como beneficiaria de la señora Vitalina Varón, más aun cuando de la copia del carné de afiliación obrante en la tutela, es evidente que ésta se encuentra afiliada desde el 1 de septiembre de 2003.

De conformidad con los argumentos expuestos, la Sala concluye que Salud Vida EPS no actuó de manera diligente al momento de atender la solicitud de la señora Vitalina Varón Páramo para que se le practicara el examen de cadera a su hija. De todas formas, la Sala advierte que lo relacionado a la responsabilidad de la entidad accionada, por no atender prontamente la solicitud de servicio médico a la niña Taliana Delgado, deberá resolverse con la investigación que se inicie para tal fin por parte de la Superintendencia de Salud, para lo cual se le remitirán copias de esta sentencia y de todo el expediente de la referencia, para que dentro de la órbita de sus competencias, adelante las investigaciones a que hubiere lugar.

En consecuencia, la Sala revocará el fallo objeto de revisión y declarará la carencia actual de

objeto debido a que la entidad accionada no es la que actualmente presta sus servicios a la señora Vitalina Varón Páramo, madre de la niña Taliana Delgado Varón.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR, por las razones expuestas, la sentencia proferida el veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010) por el Juzgado Primero Civil Municipal de Piedras (Tolima).

SEGUNDO.- DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado.

TERCERO.- ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se compulsen copias de esta sentencia y del expediente de la referencia a la Superintendencia de Salud para que investigue a la EPS Salud Vida, con fundamento en la parte motiva de este fallo.

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

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Ausente con excusa

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Al respecto, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-623 del 16 de junio de 2005 M.P. Dr. Álvaro Tafur Galvis, T-693 del 22 de julio de 2004 M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-659 del 8 de julio de 2004 M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, T-294 del 25 de marzo de 2004 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, T-452 del 4 de mayo de 2001 M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa y SU-706 de 1996.

2 Cfr. Sentencias T-573 de febrero 1 de 2001 M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra y T-452 del 4 de mayo de 2001 M.P. Dr. Manuel José Cepeda.

3 Ver sentencia T-120 de 2009.

4 Sentencia T-994 de 2010.

5 Sentencia T-612 de 2009

6 En la sentencia T-233 de 2006 la Corte adoptó la expresión hecho superado para referirse a la muerte del accionante en la tutela. En esa providencia se afirmó que si el accionante muere durante el trámite de la tutela, ésta pierde sentido por carencia actual de objeto, por cuanto la decisión tendiente a proteger los derechos invocados resulta ya inocua

7 Sentencia T-170 de 2009.

8 Sentencia T-585 de 2010 M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

9 Sentencia T-612 de 2009.

10 Sentencia C-442 de 2009.

11 Corte Constitucional, Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Sentencia T-048 de 2005.

13 Sentencia T-760 de 2008 citada en la Sentencia T-658 de 2009.

14 En sentencia T-408 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz se señaló al respecto lo siguiente: “El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

“Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”

15 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

16 Al respecto se pueden consultar entre otras, las sentencias T-571 de 1992, T-068 y T-287 de 1994, T-408 de 1995, T-318 de 2003.

17 Ver entre otras las sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T 859 de 2003, T-666 de 2004 y T-152 de 2006.

18 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

19 El artículo 49 del Decreto 2591 de 1991 dispone que “en cada municipio, el personero en su calidad de defensor en la respectiva entidad territorial, podrá por delegación expresa del Defensor del Pueblo, interponer las acciones de tutela o representarlo en las que éste interponga directamente.”. El Defensor del Pueblo confirió delegación a los personeros mediante Resolución 01 del 2 de abril de 1992.

20 Guía desarrollada en conjunto por el Instituto de Seguros Sociales y la Asociación Colombiana de Facultades de Medicina -Ascofame-.

21 Ibídem.

22 Ibídem.

23 Ibídem.

24 Folio 3 Cdo. Juzgado

25 Folio 5 Cdo. Juzgado

26 <http://www.supersalud.gov.co/editor/contenidoeps2.htm>