

ELEMENTOS DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION- Reiteración de jurisprudencia

BENEFICIARIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Necesidad de demostrar su condición particular para ello

CARNET DE AFILIACION-Ausencia no puede impedir el acceso al servicio de salud

Entendida la seguridad social y la salud como servicios públicos que deben ser prestados bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, mal podría entenderse que el derecho fundamental a la salud deba ceder ante la existencia de requisitos formales exigidos por las E.P.S., como lo es la presentación del carné de afiliación. Lo anterior, pues pese al carné ser un documento que permite la identificación de la persona como usuaria del servicio de salud de determinada E.P.S., el mismo no puede concebirse como un instrumento que obstaculice la atención de las personas. Esto, bajo el entendido que la expedición y entrega del respectivo carné de afiliación es sólo un trámite de naturaleza legal o reglamentaria que no puede anteponerse a las circunstancias fácticas que colocan a una persona en condición de requerir asistencia médica. No sobra recordar al actor y a La Nueva E.P.S., que en ningún evento puede condicionarse la atención en el servicio de salud so pretexto de no tener el carné de afiliación, pues de hacerlo se haría nugatorio el derecho fundamental a la salud y se estaría dando prevalencia a un requisito de naturaleza administrativa y meramente formal

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION ANTE EPS-Caso en que no puede pretender el actor que por tutela se ordene protección de este derecho sin que la demandada haya realizado ninguna acción u omisión

El actor no puede pretender que a través de la acción de tutela se ordene la protección de un derecho fundamental cuando la entidad accionada no ha realizado ninguna acción u omisión en detrimento de sus derechos fundamentales, pues como se advirtió, éste debió haber tramitado el derecho de petición para que la accionada pudiera actuar. Por otra parte, encuentra la Sala que La Nueva E.P.S. con el escrito de contestación de la presente acción de tutela adjuntó los carnés de afiliación del accionante, de su esposa y de su menor hijo, con la salvedad de no hacer entrega del carné de la joven, quien al cumplir la mayoría de edad y no acreditar su condición de discapacidad, perdió su calidad de beneficiaria y se encuentra por tanto sin cobertura en el servicio de salud. Ahora bien, aunque literalmente la pretensión del

actor se dirige a que le sean entregados los carnés de afiliación de la totalidad de su núcleo familiar, el asunto de fondo que se trasluce en la presente tutela, es la pretensión del accionante de que su hija sea incluida como beneficiaria suya en el servicio de salud. Al respecto, encuentra la Sala que en atención a la historia clínica de la joven, la misma padece de un retardo mental moderado relacionado con problemas de aprendizaje, circunstancia ésta, que debe poner en conocimiento de La Nueva E.P.S., para realizar los trámites necesarios de inclusión como beneficiaria. A juicio de la Corte, el accionante instauró la presente tutela de manera apresurada contra una entidad que, de una parte, no ha recibido la solicitud de expedición y entrega de los carnés de afiliación y, por otra parte, no ha negado arbitrariamente la inclusión de la joven al sistema de salud, sino simplemente ha exigido la presentación de unos documentos que den fe sobre su discapacidad. En el presente caso, no encuentra esta Sala de Revisión elementos de juicio que permitan siquiera sospechar que la entidad accionada se haya negado a dar trámite a la solicitud del accionante o que haya negado la atención del algún miembro de su núcleo familiar por no presentar el respectivo carné de afiliación, razón por la cual no puede prosperar la tutela impetrada.

Referencia: expediente T- 2.931.290

Acción de Tutela instaurada por César Antonio Mercado Díaz en representación de sus hijos en contra de La Nueva E.P.S.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., cuatro (4) de mayo 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 Luís 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 pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el cuatro (04) de octubre de dos mil diez

(2010) por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, la cual denegó la tutela incoada por el señor César Antonio Mercado Díaz en representación de sus hijos en contra de La Nueva E.P.S.

1. ANTECEDENTES

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 Uno de la Corte Constitucional, mediante Auto del treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) 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

El señor César Antonio Mercado Díaz, solicita al juez de tutela proteger su derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por la Nueva E.P.S. al no dar respuesta a su solicitud de entrega de los carnés de afiliación de su núcleo familiar.

Sustenta su solicitud en los siguientes:

1. Hechos y argumentos de derecho

1. Relata el accionante que se encuentra afiliado a La Nueva E.P.S, quien expidió el carné de afiliación suyo y el de su esposa, omitiendo la entrega de los carnés de sus hijos Luz y Cesar Mercado Mercado.

1. Manifiesta que su hija Luz Mercado padece de retardo mental moderado por lo que requiere de un tratamiento médico especial, el cual no ha podido continuar en razón a que sin el carné de afiliación no le es prestada la atención requerida.

1. Señala que ante dicha situación, formuló derecho de petición ante La Nueva E.P.S. solicitando la expedición y entrega de los carnés de afiliación de sus hijos, sin obtener respuesta alguna a sus pretensiones.

1. En virtud de lo anterior, acudió a este mecanismo constitucional y solicitó al juez de tutela amparar su derecho fundamental de petición y ordenar a La Nueva E.P.S brindar el tratamiento médico requerido por su hija Luz Mercado Mercado.

1. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Recibida la solicitud de tutela, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barraquilla procedió a admitirla y ordenó correr traslado de la misma a La Nueva E.P.S., quien se opuso a las pretensiones elevadas por el accionante y solicitó no tutelar los derechos deprecados, con fundamento en los siguientes argumentos:

Resaltó que el carné de afiliación NO ES EXIGIBLE para la atención de los afiliados, pues para ello, basta con la presentación del documento de identificación en cualquier IPS.

Indicó que el accionante puede acercarse a las oficinas de La Nueva E.P.S para la entrega inmediata de los carnés. Sin embargo, adjuntó a la contestación de la acción, los carnés del accionante y de su núcleo familiar activo.

Aclaró que a Luz Mercado Mercado no se le expidió carné de afiliación, pues se encuentra sin

cobertura ya que es mayor de edad. Respecto a la afirmación del accionante del estado de discapacidad de su hija, señaló que debe acercarse a las oficinas de La Nueva E.P.S. para realizar la inclusión de la joven como su beneficiaria, adjuntando los siguientes documentos:

* Registro civil de nacimiento

* Copia de la Cédula

* Certificado de discapacidad

* Dependencia económica

* Cuestionario de salud

Los tres últimos son suministrados directamente en la oficina.

Finalmente, advirtió que el escrito de petición presentado por el accionante en el trámite tutelar no tiene radicación de ninguna oficina de La Nueva E.P.S.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

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

1. Derecho de petición, solicitando la entrega de los carnés de afiliación de sus hijos beneficiarios, Luz Mercado Mercado con Cédula No. 22.734.797 y César Mercado Mercado con Tarjeta de Identidad No. 9106801508.

1. Copia de la historia clínica de su hija Luz Mercado Mercado.

1. DECISIONES JUDICIALES

1. DECISIÓN ÚNICA DE INSTANCIA – JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

En Sentencia proferida el cuatro (04) de octubre de dos mil diez (2010), el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el señor Cesar Antonio Mercado Díaz.

Refirió que la jurisprudencia constitucional señala la existencia de dos extremos fácticos que deben ser claramente establecidos, en los cuales se funda la tutela por presunta vulneración del derecho de petición, los cuales son, de una parte la solicitud con fecha cierta de presentación ante la autoridad a la cual se dirige, y de otra, el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que la respuesta se haya comunicado al solicitante.¹

El juez constitucional, consideró que no existe prueba sobre la presentación del derecho de petición ante La Nueva E.P.S., toda vez que el escrito presentado junto con la acción de tutela no presenta figura, sello, ni firma de personal de la entidad demandada, motivo por el cual, al no estar demostrados los dos extremos fácticos en los cuales se funda precisamente la tutela del derecho de petición, se declara la improcedencia de la acción.

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9° de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de esta referencia.

1. PROBLEMA JURIDICO

Teniendo en cuenta los antecedentes planteados, corresponderá a esta Sala de Revisión determinar si La Nueva E.P.S. ha vulnerado el derecho fundamental de petición del actor, al no hacer entrega de los carnés de afiliación de la totalidad de su núcleo familiar.

Por consiguiente, con el objeto de solucionar el problema jurídico, la Sala estudiará: primero, el alcance del derecho fundamental de petición; segundo, los beneficiarios en el Sistema de Seguridad Social en Salud; tercero, el carácter fundamental del derecho a la salud; cuarto, la consideración de que la ausencia del carné no puede impedir el acceso al servicio de salud y; quinto, el caso concreto.

1. Elementos del derecho fundamental de petición. Reiteración jurisprudencial

El artículo 23 de la Constitución Política de Colombia consagra el derecho fundamental de toda persona a presentar peticiones respetuosas de interés general o particular ante las autoridades y a obtener de ellas pronta resolución de fondo en forma clara y precisa².

La jurisprudencia constitucional³ ha señalado los elementos del derecho de petición que deben concurrir para hacerlo efectivo. Al respecto esta Corporación en Sentencia T-377 del 3 de abril 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero, fijó los supuestos fácticos mínimos del mismo:

a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordenan responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.

h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.

i. El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de

1997 y T-457 de 1994.”

Ante el deber de las autoridades de responder las solicitudes presentadas por los ciudadanos, la Corte Constitucional ha sostenido que debe hacerse dentro del plazo establecido por la ley, resolviendo de fondo y claramente lo pedido.⁴

Ahora bien, la violación de ese derecho puede dar lugar a la iniciación de una acción de tutela para cuya prosperidad se exigen dos extremos fácticos que han de cumplirse con rigor. Primero la existencia con fecha cierta de una solicitud dirigida a una autoridad, y segundo el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que se haya dado una respuesta oportuna al solicitante. Así las cosas, para la prosperidad de la acción de tutela por violación del derecho de petición, el accionante debe acreditar dentro del proceso que elevó la correspondiente petición y, que la misma no fue contestada.⁵

Por lo anterior, es pertinente agregar que si bien toda persona tiene derecho a elevar solicitudes respetuosas ante la administración o contra particulares, es requisito indispensable para obtener el fin perseguido con la acción de tutela, demostrar así sea de forma sumaria, que se presentó la petición.

En este sentido, la Sentencia T - 997 de 2005, resaltó:

La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha traslada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición sí fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.

En este orden, no basta por tanto que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta. Es necesario respaldar dicha afirmación con elementos

que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad o particular demandado o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación.⁶

1. Los beneficiarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y la necesidad de demostrar su condición particular para ello

La Ley 100 de 1993 consagra en su artículo 163 la cobertura familiar dentro del Plan Obligatorio de Salud, señalando que:

Serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.
(Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el Decreto 806 de 1998 en su artículo 25 se refiere a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, indicando que son afiliados al Sistema todos los residentes en Colombia que se encuentren afiliados al Régimen Contributivo o al Régimen Subsidiado, y los vinculados temporalmente según lo dispuesto en el Decreto.

A su vez, el artículo 34 del Decreto 806 señala que son beneficiarios los miembros del grupo familiar del cotizante, el cual está constituido por:

a) El cónyuge;

b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea

superior a dos años;

c) Los hijos menores de dieciocho (18) años que dependen económicamente del afiliado;

d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado;

e) Los hijos entre los dieciocho (18) y los veinticinco (25) años, cuando sean estudiantes de tiempo completo, tal como lo establece el Decreto 1889 de 1994 y dependan económicamente del afiliado;

f) Los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales c) y d) del presente artículo;

g) A falta de cónyuge o de compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de éste.

(Negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1703 de 2002 Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, la afiliación al sistema requiere la presentación de los documentos que acredita

Así, para acreditar la calidad de hijo se requiere el registro civil en donde conste el parentesco; para la condición de incapacidad se exige la respectiva certificación de dicho estado y; para la dependencia económica se solicita la declaración juramentada rendida personalmente por el cotizante, en la que conste tal hecho.

1. El carácter fundamental del derecho a la salud y la igualdad material de grupos vulnerables

La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud

que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social(...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.⁸

En igual forma, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).⁹

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

En el mismo sentido, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales preceptúa el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud, considerando que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.¹⁰

En nuestro ordenamiento colombiano, la Carta Política consagra el derecho a la salud y a la seguridad social en el artículo 48, cuando define la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).

Atendiendo este mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el sistema de seguridad social con el fin de configurar entre otros, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, así mismo desarrollar sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal¹¹.

Inicialmente el derecho a la salud no tenía el carácter de fundamental, por cuanto era considerado esencialmente un derecho prestacional; mas, sin embargo, podía ser protegido por vía de tutela cuando su vulneración implicaba la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

Después de varios análisis, la jurisprudencia de esta Corporación determinó 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.¹²

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta¹³.

La salud es una condición de bienestar integral, que cuando aflige el estado psíquico o físico de las personas, éstas se ven disminuidas afectando su calidad de vida, por lo que requieren prontamente de la asistencia de los profesionales encargados de la salud, y de la ayuda del Estado para recuperar su calidad de vida.

1. La ausencia del carné de afiliación no puede impedir el acceso al servicio de salud

Entendida la seguridad social y la salud como servicios públicos que deben ser prestados bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, mal podría entenderse que el derecho fundamental a la salud deba ceder ante la existencia de requisitos formales exigidos por las E.P.S., como lo es la

presentación del carné de afiliación.

Lo anterior, pues pese al carné ser un documento que permite la identificación de la persona como usuaria del servicio de salud de determinada E.P.S., el mismo no puede concebirse como un instrumento que obstaculice la atención de las personas. Esto, bajo el entendido que la expedición y entrega del respectivo carné de afiliación es sólo un trámite de naturaleza legal o reglamentaria que no puede anteponerse a las circunstancias fácticas que colocan a una persona en condición de requerir asistencia médica.

De esta manera, entrará la Sala a determinar si la exigencia de un documento, como lo es, el carné de afiliación a una E.P.S. es requisito indispensable para la atención requerida, más aún cuando está de por medio la vulneración de un derecho fundamental.

1. CASO CONCRETO

En el presente caso, deberá la Sala determinar si La Nueva E.P.S. vulneró el derecho fundamental de petición del accionante, al no hacer entrega oportuna de los carnés de afiliación de sus hijos.

Revisado el material probatorio que obra en el expediente, se observa que el actor no elevó ninguna petición a la accionada, es decir, no presentó ante la autoridad competente la respectiva solicitud verbal o escrita, sino que procedió directamente a instaurar la acción de tutela, sin antes haber agotado el camino previo, cual es acudir ante la autoridad competente.

En efecto, sólo se observa en el expediente una petición dirigida a La Nueva E.P.S. sin que exista constancia de que dicho escrito haya sido efectivamente presentado ante la entidad accionada. Es por ello, que si se tiene en consideración que la carga de la prueba radica, en este caso, en cabeza del demandante, sumado a la afirmación de La Nueva E.P.S. de no haber recibido ninguna solicitud al respecto, se tendrá para efectos de esta acción que no se realizó dicha petición.

En tal virtud, el actor no puede pretender que a través de la acción de tutela se ordene la protección de un derecho fundamental cuando la entidad accionada no ha realizado ninguna acción u omisión en detrimento de sus derechos fundamentales, pues como se advirtió, éste debió haber tramitado el derecho de petición para que la accionada pudiera actuar.

Ahora bien, aunque literalmente la pretensión del actor se dirige a que le sean entregados los carnés de afiliación de la totalidad de su núcleo familiar, el asunto de fondo que se trasluce en la presente tutela, es la pretensión del accionante de que su hija Luz Mercado Mercado sea incluida como beneficiaria suya en el servicio de salud. Al respecto, encuentra la Sala que en atención a la historia clínica de la joven, la misma padece de un retardo mental moderado relacionado con problemas de aprendizaje, circunstancia ésta, que debe poner en conocimiento de La Nueva E.P.S., para realizar los trámites necesarios de inclusión como beneficiaria.

A juicio de la Corte, el accionante instauró la presente tutela de manera apresurada contra una entidad que, de una parte, no ha recibido la solicitud de expedición y entrega de los carnés de afiliación y, por otra parte, no ha negado arbitrariamente la inclusión de la joven Luz Mercado Mercado al sistema de salud, sino simplemente ha exigido la presentación de unos documentos que den fe sobre su discapacidad.

En el presente caso, no encuentra esta Sala de Revisión elementos de juicio que permitan siquiera sospechar que la entidad accionada se haya negado a dar trámite a la solicitud del accionante o que haya negado la atención del algún miembro de su núcleo familiar por no presentar el respectivo carné de afiliación, razón por la cual no puede prosperar la tutela impetrada.

Sin embargo, no sobra recordar al actor y a La Nueva E.P.S., que en ningún evento puede condicionarse la atención en el servicio de salud so pretexto de no tener el carné de afiliación, pues de hacerlo se haría nugatorio el derecho fundamental a la salud y se estaría dando prevalencia a un requisito de naturaleza administrativa y meramente formal.

Así las cosas, esta Sala de Revisión confirmará el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, como quiera que dentro de la presente acción de tutela no se

observa vulneración del derecho fundamental de petición ni del derecho a la salud de ningún miembro de la familia del accionante y, tampoco especialmente de la joven Luz Mercado Mercado.

1. DECISIÓN

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 Política,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia proferida el cuatro (04) de octubre de dos mil diez (2010), por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla.

SEGUNDO.- PREVENIR a la Nueva E.P.S. para que una vez el accionante presente los documentos que acrediten la condición de beneficiaria de su hija Luz Mercado Mercado, se le brinde la atención requerida de manera inmediata, habida cuenta que se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

TERCERO.- LÍBRESE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T - 010 del 27 de enero de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

2 Sentencia T- 266 del 18 de marzo de 2004, MP. Álvaro Tafur Galvis

3 Puede consultarse entre otras las sentencias T-12 de 1992, T-419 de 1992, T-172 de 1993, T-306 de 1993, T-335 de 1993, T-571 de 1993, T-279 de 1994, T-414 de 1995, T-529 de 1995, T-604 de 1995, T-614 de 1995, SU-166 de 1999, T-307 de 1999.

4 Sentencias T-170 del 24 de febrero de 2000 y T-1166 del 6 de noviembre de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-250 del 9 de abril de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

5 Sentencia T-1224 del 25 de octubre de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

6 Sentencia T- 767 del 12 de agosto de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis

7 Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

8 Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

9 Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

10 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales art. 12.

11 Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

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

13 C. P. art. 13.