

Sentencia T-357/06

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Régimen subsidiado

ACCION DE TUTELA-Término razonable de presentación

DERECHO A LA SALUD-No existe prueba de haber acudido a una EPS o a una ARS

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto no se puede otorgar la orden de atención en salud a ninguna entidad por desconocimiento de su afiliación

Referencia: T-1311078

Acción de Tutela instaurada por la señora Carmen Rosa Forero Combariza, en representación de su hija Adriana Marcela, contra el Hospital Militar y el Ejército Nacional.

Proveniente: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Penal

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Sentencia aprobada en Bogotá, a los once (11) días del mes de mayo de dos mil seis (2006).

La Sala de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En proceso de revisión del fallo de tutela del 19 de diciembre de 2005, adoptado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que negó la acción de tutela instaurada por la señora Carmen Rosa Forero Combariza, en representación de su hija Adriana Marcela, contra el Hospital Militar Central y el Ejército Nacional, que confirmó la proferida por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá de fecha 14 de octubre de 2005.

El Expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de la Corte resolvió su selección para efectos de su revisión el Expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La Señora Carmen Rosa Forero Combariza, interpone acción de tutela, contra el Hospital Militar Central y Contra el Ejército Nacional. La acción de Tutela fue conocida en primera instancia por el Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá. Ésta fue impugnada y conoció la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, produciéndose un fallo adverso a la tutelante.

Hechos:

1. La tutelante expresa que en el mes de septiembre de 2003, un soldado perteneciente al Ejército Nacional disparó “su fusil” por la espalda a su hija de 15 años, hiriéndole el lado derecho del tórax, fracturándole la costilla y perforándole el pulmón.
2. Sostiene que el disparo le fracturó la costilla, le impide a su hija la respiración normal.
3. Precisa que el proceso penal por la responsabilidad en el presunto hecho punible, cursa en la Fiscalía 24 Penal Militar.
4. Argumenta que a consecuencia del disparo, la salud de su hija se ha venido deteriorando especialmente su seno derecho, por lo cual requiere atención inmediata y el mínimo sustento vital para ella y la bebé de su hija, por la imposibilidad física de trabajar. Sostiene que su hija tiene una bebé de 13 meses y no puede velar por ella por la incapacidad para trabajar, además expresa que carece de recursos económicos, y es desempleada.

II. LA ACCIÓN DE TUTELA.

La tutelante expresa que el Hospital Militar Central, debe atender en forma inmediata a su hija menor Adriana Marcela a fin de valorar su estado de salud, que a la fecha de los hechos contaba con 15 años de edad. Expresa que el estado de salud de su hija se ha visto afectado especialmente en su seno derecho, el pulmón derecho y la costilla que se encuentra fracturada, así como el aparato respiratorio. La tutelante, solicita que se ordene al Hospital Militar, suministrar todos los tratamientos, medicamentos y cirugías necesarias. Finalmente, solicita se ordene al Ejército Nacional suministre lo necesario a su hija así, como a su nieta, Paula Valentina de 13 meses, para su sustento mínimo vital.

III. PRETENSIONES

La señora Carmen Rosa Forero considera violados los derechos a la vida, la salud, la integridad física, psicológica, por el deterioro del estado de salud de su hija y solicita la protección del Estado.

IV. RESPUESTA A LA ACCIÓN DE TUTELA POR PARTE DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL

El señor Alvaro Enrique Faccini Duarte, en calidad de Director General y Representante Legal del Establecimiento Público, Hospital Militar Central, interviene en la Acción de Tutela y

precisa que el Hospital Militar Central no es el causante de los hechos y circunstancias que originaron la lesión de la hija de la señora Forero Combariza. En tal sentido, enfatiza que el Hospital no está llamado a responder por las consecuencias generadas por la situación expuesta en la acción de tutela.

Sostiene que Adriana Marcela no cuenta con la calidad de afiliada o beneficiaria al subsistema de salud de las Fuerzas Militares y Policía en los términos de la Ley 352 de 1997 y del decreto 1795 de 2000 del Ministerio de Defensa Nacional. Por tal razón, carece del derecho a la atención en salud por conducto del Hospital Militar Central. Sostiene que la ciudadana mencionada se encuentra en la obligación de estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por conducto del régimen contributivo o subsidiado a quienes les corresponde brindar los servicios médicos que su estado de salud requiere. Asegura entonces, que el Hospital Militar Central no es el responsable de las lesiones causadas a la hija de la demandante y tampoco cuenta con la obligación legal de asumir y suministrar la atención médica. Sin embargo sostiene que en el evento en que el juez constitucional o el Ejército Nacional ordenen el tratamiento respectivo, “éste centro asistencial se encuentra en disposición de efectuarlo”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Asegura además que el Hospital Militar Central, no es sujeto procesal en el desarrollo del proceso que se surte ante el Juzgado Penal Militar. Argumenta además, que ese Centro Hospitalario, desconoce el estado actual de salud de la demandante así como la situación económica de la misma. Seguido relata las funciones y naturaleza del establecimiento público: Hospital Militar Central.

V. RESPUESTA A LA ACCIÓN DE TUTELA DE LAS FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA.

El Coronel Raúl Ramiro Castellanos Buendía, Director de Sanidad del Ejército Nacional, responde a la acción de tutela bajo los siguientes argumentos: Sostiene que teniendo como base los hechos mencionados por la representante de la accionante, se estableció por parte de esa Dirección que en la actualidad cursa una investigación en la Fiscalía 24 Penal Militar contra Wilson Alfonso Quintero Nova. Señala igualmente que fueron verificados los archivos a nivel nacional respecto de la atención de sanidad de la señorita Adriana Marcela, sin encontrarse antecedentes ni peticiones respecto de la presentación en salud a la representante de la accionante. Sostiene que siendo así, se deduce que la señorita Adriana Marcela, nunca solicitó ante cualquier Establecimiento de Sanidad Militar, que se le presentaran los servicios de salud para tratar las afecciones que presuntamente le aquejan; Por esta razón fue de total desconocimiento de esta Dirección, al ignorar esta situación no era viable la prestación de servicios médicos por parte de la Fuerza Militar. Arguye que no puede establecerse una vulneración a derecho alguno, si éste no ha sido solicitado en debida forma, en el caso en concreto para la consecución de los servicios de salud, el cual no fue realizado por la señorita Adriana Marcela.

Expresa además, que la accionante no acredita de manera sumaria las nuevas secuelas o enfermedades que dice padecer, con posterioridad a los hechos en mención, ello no está probado correspondiéndole al demandante la carga de la misma. Sostiene además que la representante de la accionante se aventura a ejercitar una acción de tutela para revivir términos procesales luego de dos años de la ocurrencia de los hechos, en abierta contravía del principio de inmediatez. Sostiene que no ha apelado siquiera al derecho de petición u otra solicitud previa para incoar el amparo de tutela en abierta contravía del principio de inmediatez y seguridad jurídica.

VI. SENTENCIAS QUE SE REVISAN

1. Sentencia de Primera Instancia

El 14 de octubre de 2005, el Juzgado 32 Penal el Circuito de Bogotá, resolvió negar la tutela instaurada por la Señora Carmen Rosa Forero, en representación de su hija, Adriana Marcela. Los argumentos del Juzgado para negar la acción de tutela fueron los siguientes: “ni la actora ni su hija Adriana Marcela Forero son afiliadas al subsistema de salud de las fuerzas armadas militares, además de la presunta lesionada, nunca acudió ante el establecimiento militar en salud en procura de salvaguardar el mínimo vital (si de ello se trata)”. Esto es, no existe una solicitud verbal o escrita, para concluir la omisión en la prestación del servicio de la accionada.

Seguido, anuncia: se infiere entonces que las quejas no ostentan la titularidad ó exigibilidad del derecho frente al Hospital Militar, Institución que a su vez no tiene la obligación legal ni contractual de prestar el servicio a personas ajenas a su condición de cotizante o beneficiaria del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, Entidad que tiene por objeto la prestación de servicios en salud de tercero (III) y cuarto (IV) nivel de atención y alto grado de complejidad a los afiliados y beneficiarios en salud de las Fuerzas Militares que acrediten esa calidad en el momento de solicitarlos. Por lo anterior, como quiera que no existe evidencia de la presunta omisión razonable se impone negar el amparo pedido.

Agrega además, que la señora Carmen Rosa Forero y su familia, de manera imperiosa deben acudir a los planes que para el efecto ha creado el gobierno y que no es otro que el sistema subsidiado del SISBEN.

2. IMPUGNACIÓN

El Señor Luis Armando Laguna Moreno, impugna la acción de tutela en representación judicial, de la señora Carmen Rosa Forero. Expone: la lesión si ocurrió, la infringió un soldado del Ejército Nacional, le rompió el pulmón derecho. Sostiene que los dos demandados: Hospital Militar Central y el Ejército Nacional han rehusado atender a la paciente. Sostiene además que los quebrantos de salud que padece son actuales y se producen a consecuencia de la lesión efectuada por el soldado del Ejército Nacional.

1. Sentencia de Segunda Instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., mediante Fallo del 19 de diciembre de 2005, confirmó el fallo de Instancia, negando la Acción de Tutela. Para lo cual expone: constituye premisa para la prosperidad del amparo judicial que aparezca demostrada una situación de esta naturaleza, es decir, traducida en el quebranto actual o en un riesgo inminente para un derecho de dicha categoría, pero, además, que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, o que disponiendo de él se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

De las pruebas aportadas colige que tanto la accionante como su hija no son afiliadas ni beneficiarias al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares o que se hubiera asignado como institución prestadora de salud el Hospital Militar Central, establecimiento público del orden nacional, que tiene por objeto la prestación de servicios de salud de III y IV y alto grado de complejidad a los afiliados y beneficiarios a los afiliados y beneficiarios del subsistema de salud de las Fuerzas Militares.

Tampoco está demostrado que la accionante o su hija, hubieran acudido a este establecimiento prestador de salud a solicitar la prestación de los servicios médicos hospitalarios y se les hubiera negado el servicio. Sumado a ello, el Hospital Militar Central no fue el causante de las lesiones que dice la accionante

recibió en su integridad física su hija Adriana Marcela. Estos hechos se encuentran en etapa de investigación en una Fiscalía Penal Militar, proceso dentro del cual se constituyeron en parte civil, demanda que fue aceptada el 30 de junio de 2005.

La pretensión que reclama la accionante se contrae a la solicitud de entrega de ayuda económica por carecer de medios que le impiden cubrir los gastos familiares, sostenimiento de su hija y la bebé. Además el apoderado estima que el SISBEN no cuenta con los medios para brindarles los servicios que requiere Adriana Marcela.

Concluye que es claro que por parte de la entidad accionada no se ha conculcado derecho fundamental alguno a la accionante y que equivocadamente pretende a través de este mecanismo excepcional y residual que se le ordene al Hospital Militar le brinde atención médica por unos hechos – lesiones personales- al parecer ocasionadas por un soldado, hechos que en la actualidad son materia de investigación penal en la jurisdicción Penal Militar.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, 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.

1. Lo que se debate

Según lo expresa la tutelante, quien actúa en representación de su hija, en el mes de septiembre de 2003 un soldado del Ejército Nacional propinó un disparo contra su hija de 15 años de edad. Argumenta la tutelante que el disparo le produjo heridas en el lado derecho del tórax, le fracturó la costilla y le perforó el pulmón. El disparo que le fracturó la costilla le impide a su hija la respiración normal, y como consecuencia del mismo, sostiene que presenta deterioro en su salud especialmente en su seno derecho, por lo que requiere atención inmediata y el derecho al mínimo vital para ella y su hija, por la imposibilidad física de trabajar. La acción de tutela se interpuso en el mes de septiembre de 2005, esto es, dos años después de ocurridos los hechos. Los fallos de instancia negaron la tutela por considerar que faltaba el requisito de inmediatez, en tanto la tutelante no agotó un trámite previo ante los demandados. Por lo anterior, debe analizarse si existió retraso para interponer la acción de tutela y si además esa tardanza tiene alguna justificación. Debe analizarse igualmente a quien le corresponde la atención en salud de la persona sobre la que no se ha logrado establecer si se encuentra afiliada a una Entidad de Salud y que además ha resultado herida por un soldado del Ejército Nacional.

3. Sistema de seguridad social en salud – Régimen Subsidiado.

De las pruebas aportadas al Expediente no se logró establecer si la Adriana Marcela, quien sufrió el ataque con el arma de fuego, se encuentra afiliada a una entidad de salud. Por lo anterior, conviene referirse a los fines y cobertura del sistema de seguridad social en salud, específicamente del régimen subsidiado, en tanto es claro por mandato constitucional, todas las personas deben recibir atención en salud, sin discriminación alguna y por su puesto todas las personas deben encontrarse amparadas por un sistema de seguridad social en salud. Sistema que ha sido creando previendo las condiciones económicas de las personas. Así, de conformidad con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el servicio de salud se encuentra a cargo del Estado. Lo que significa que corresponde a éste, organizar el servicio

de salud a través de la administración del servicio de salud y la garantía para todas las personas del acceso, prestación, promoción y recuperación de la salud. Esto significa que la salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado. Servicio público que se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, y solidaridad¹. Sin embargo, y con el fin de obtener una mayor eficiencia en la prestación del servicio a la salud, algunas entidades de carácter privado por disposición legal pueden prestar el servicio de salud (art. 48, y 365 de la Constitución). Esta es entonces, la estructura del servicio de salud, se encuentra así consagrada en la Ley 100 de 1993.

El legislador ha previsto la existencia de un régimen contributivo y uno subsidiado, atendiendo a la capacidad de pago de las personas. “Con miras a incluir a la totalidad de la población en el sistema de seguridad social en salud, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece dos tipos de destinatarios: (i) los afiliados, bien sea en el régimen contributivo para las personas con capacidad de pago, o bien a través del régimen subsidiado si carecen de recursos, y (ii) los participantes vinculados, es decir, “aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”². Los participantes vinculados deben recibir temporalmente los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado.³ “Las entidades administradoras del régimen subsidiado (ARS) son aquellas encargadas de administrar los recursos del régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplen un papel análogo al que desempeñan las EPS en el régimen contributivo”⁴

Para las personas sin capacidad de pago como se ha mencionado, se estableció el Régimen Subsidiado. Se trata entonces de cubrir las cotizaciones de las personas que no tienen la manera de pagarlas.⁵ Al Régimen Subsidiado, pertenecen las personas integrantes de los estratos 1 y 2, es decir, la población más pobre y vulnerable del país que se encuentran tanto en las áreas rural y urbana. Este régimen se encuentra a cargo del Ministerio de la Protección Social, y tiene el apoyo del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. En el nivel

territorial, el Director de Salud y Consejo Territorial correspondiente, son los encargados de la dirección y coordinación del Sistema en la respectiva jurisdicción⁶.

A través del SISBEN (Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales) se accede a este régimen. Para lo cual las autoridades de las entidades territoriales determinan las personas que por su condición económica y vulnerabilidad deben incluirse en el censo de acuerdo con los criterios establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social CNSS, a través de una encuesta aplicada por las entidades territoriales. En esta encuesta se analizan entre otras, las condiciones personales, la capacidad económica medida en función de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda, para ser posteriormente clasificados dentro de uno de los seis niveles de afiliación⁷. Es responsabilidad de los Alcaldes de los respectivos municipios, la aplicación de la encuesta SISBEN, y el establecimiento de los listados “(...) quienes deberán elaborar las listas de potenciales afiliados al régimen subsidiado, clasificados en los niveles 1 y 2, por orden de prioridad según se trate de recién nacidos, población del área rural, indígenas o población del área urbana, o teniendo en cuenta que se trate de: mujeres embarazadas, menores de 5 años, discapacitados, mujer cabeza de familia, tercera edad, desplazados, madres comunitarias y desmovilizados”⁸.

En la Sentencia T- 945 de 2005, se mencionó que el procedimiento para la afiliación es el siguiente: “(...) Para la afiliación, las entidades territoriales a través de las direcciones departamentales, municipales o distritales de salud, convocarán a los potenciales beneficiarios – según el orden de prioridad y de cupos – para que escojan libremente la administradora del régimen subsidiado ARS, que ha sido debidamente seleccionada por el ente territorial mediante concurso”.

Es válido aclarar que en ningún caso puede excluirse a ninguna persona del servicio de salud. Por una razón: el sistema de seguridad en salud del régimen subsidiado ha previsto la existencia de dos modalidades de protección: las personas afiliadas y los participantes

vinculados.⁹ En tal sentido a los primeros, esto es, a los afiliados la atención en el servicio de salud “se suministra de acuerdo con los planes obligatorios y de beneficios de cada uno de los regímenes – contributivo y subsidiado – ofrecidos por las empresas promotoras de salud y las administradoras del régimen subsidiado, respectivamente. Con relación a los participantes vinculados, éstos tienen el derecho de acceso al servicio médico en las instituciones de salud que administran recursos públicos”¹⁰. Esto es, las personas tienen la calidad o de afiliadas o vinculadas. Para los primeros se requiere no sólo estar identificado como beneficiario del subsidio sino además haber sido seleccionado e inscrito en una entidad administradora del régimen subsidiado.¹¹ Respecto a los departamentos, su competencia radica en la atención en salud “en lo no cubierto por los subsidios a la demanda”, esto es, el suministro del servicio público de salud a los participantes vinculados que aún no han sido afiliados a una ARS.

Lo que significa que corresponde al Estado la atención y el acceso al servicio de salud, aún más de las personas que no cuentan con una base económica necesaria para su acceso y que por sus condiciones socio económicas no pueden ser excluidas de la atención en salud. Lo que significa que en cualquier caso la atención, diagnóstico y tratamiento de la salud, deben ser prestados y garantizados a todos los habitantes del territorio nacional, sin que sea posible que existan personas que no cuenten con la atención en salud que requieran.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Aún cuando no existe un término de caducidad para la interposición de la acción de tutela, esta Corporación en términos generales, ha mencionado acorde con el propio concepto de la acción de tutela extractado de la disposición constitucional, (Art.86) que ésta debe interponerse dentro de un término razonable, oportuno y justo. Lo anterior en cuanto la acción de tutela se caracteriza por su naturaleza residual y subsidiaria. Frente a la naturaleza residual del amparo constitucional, la Corte ha señalado¹², que por dicho carácter su utilización se ejerce en casos de urgencia, “ante la presencia de un perjuicio irremediable

que permita contrarrestar dicho efecto, en forma temporal, con una operancia inmediata, urgente, rápida y eficaz”¹³, además se realiza mediante el trámite de un procedimiento preferente y sumario, hasta tanto la autoridad correspondiente decida el fondo del asunto.

Más aún la Corte, ha fijado reglas, bajo las cuales el Juez de tutela debe establecer la razonabilidad o no de la tardanza¹⁴. En tal evento, “(...) La razonabilidad del término no se ha establecido a priori, sino que serán las circunstancias del caso concreto las que la determinen. Sin embargo, se ha indicado que deben tenerse en cuenta algunos factores para analizar la razonabilidad del término: 1) motivo válido para la inactividad de los accionantes; 2) si esta inactividad injustificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión y 3) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados¹⁵, entre otros. Así las cosas, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, no se ha establecido un año como término máximo para interponer la demanda de tutela”¹⁶.

5. Análisis del Caso concreto

La actora menciona que su hija, Adriana Marcela sufrió en el mes de septiembre de 2003, un ataque con arma de fuego por parte de un soldado del Ejército Nacional. En tal época la niña contaba con 15 años de edad. Como consecuencia de dicho ataque la tutelante expresa en la acción de tutela interpuesta en el mes de septiembre de 2005, que la señorita Adriana Marcela requiere valoración y atención médica inmediata en tanto el disparo que le fracturó la costilla le impide la respiración normal, además sostiene que a consecuencia del disparo su salud se ha deteriorado especialmente su seno derecho. Sostiene además que su hija requiere sustento vital para ella y su bebé, por la imposibilidad física de trabajar.

Se probó que la acción de tutela fue interpuesta después de dos años de transcurridos los hechos que generaron la vulneración a la integridad física de Adriana Marcela. Debe

analizarse entonces, de conformidad con la jurisprudencia antes citada, si existió un motivo justificable, para la mora en la presentación de la acción de tutela. Tanto en el relato de los hechos descritos en la acción de tutela, como en la impugnación de la misma, se sostiene que el deterioro en el estado de salud, tiene como consecuencia inmediata el ataque sufrido por la señorita Adriana Marcela en el mes de septiembre de 2003, ataque producido por un soldado del Ejército Nacional. De lo que podría deducirse que hoy la salud de Adriana Marcela se ha visto afectada por el ataque recibido con el arma de fuego. Se trata de buscar argumentos razonables a través de los cuales se pueda establecer si había justificación para la mora. El Juez entonces, debe analizar cuidadosamente el requisito de inmediatez, cuando se trata de casos de salud.

Lo que pudo determinarse entonces, es que al no aportarse prueba del estado de salud antecedente ni actual de la Adriana Marcela, no puede determinarse la gravedad del estado de salud, o la vulneración en cualquier sentido de su estado de salud, lo que se hubiese logrado si se hubiese demostrado que la madre acudió a una entidad de salud, trámite del cual no existe prueba alguna. No obstante, de la redacción de la acción de tutela se deduce que la tutelante solicita el acceso a una entidad de salud precisa: el Hospital Militar, para que su situación sea valorada. Pero tampoco existe prueba que acredite que el servicio a la salud ha sido negado por el Hospital Militar o por otra Entidad. Esto es, la tutelante no agotó los trámites correspondientes para acceder a los servicios de salud ante una EPS o ante la ARS. En tal caso entonces a pesar del transcurso del tiempo, incluso no podría haberse negado la tutela por falta del requisito de inmediatez. Pero así, no ha sido demostrado.

En tales condiciones podría incluso de la redacción de la tutela deducirse que la persona que fue herida se encuentra hoy sufriendo quebrantos de salud que deben ser atendidos en principio, por la entidad de salud a la cual se encuentra afiliada, si la tutelante hubiese acudido a ella. Sin embargo, en el expediente no existe prueba alguna que determine que la madre de Adriana Marcela o ella misma, hayan acudido a una EPS o ARS. Aún más, tampoco se logró determinar que hayan acudido al Hospital Militar a solicitar la atención en salud. Aún más, el Hospital Militar menciona en la contestación a la acción de tutela, no saber cuál es el

estado de salud de Adriana Marcela lo que significa que la señora no ha acudido a dicho Centro Hospitalario para la recibir la atención médica.

En el mismo sentido el Ejército Nacional menciona que “fueron verificados cuidadosamente los archivos a nivel nacional respecto a la atención de sanidad de la señorita Adriana Marcela, sin encontrarse antecedentes ni peticiones respecto de la prestación en salud a la representante de la accionante”. De otro lado, la madre de Adriana Marcela no menciona que ha pedido asistencia médica al Hospital Militar o al Ejército Nacional. Simplemente menciona que necesita la atención por parte del Hospital Militar. Tampoco demuestra haber acudido a una EPS o ARS y que ésta le haya negado la solicitud de atención en salud. En tal sentido, la Corte ha mencionado: “Quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación”¹⁷.

No ha sido probada entonces, la existencia de valoración, o diagnóstico alguno sobre el estado de salud de Adriana Marcela, así como tampoco se ha demostrado que la valoración o diagnóstico ha sido negado. De lo anterior se sustenta y se concluye: El Hospital Militar no ha vulnerado el derecho a la Salud de Adriana Marcela. Sin embargo sea la oportunidad para destacar el caso concreto de la afectación de la salud por un agente estatal con ocasión o por causa del servicio. En condiciones normales, es al Estado a quien le corresponde prestar el servicio de salud, o por delegación a los particulares. Sin embargo, cuando la afectación a la integridad de la persona se ha producido por un hecho ocasionado por un agente suyo, la situación varía. Esto es, para evitar un perjuicio irremediable a la salud de la persona, o por la gravedad de la lesión que afecte su vida o su salud, es al Estado a través en este caso, del Ejército Nacional quien debe atender la situación, de manera transitoria hasta tanto se decida en la responsabilidad estatal en un eventual proceso que se adelante contra el Estado. Sin embargo, debe aclararse que cada caso debe estudiarse de manera concreta. Puesto, que la constante es por su puesto que las condiciones en que se afectan, vulneran o amenazan los derechos varían en cada caso.

Pero aún más, debe decirse que es claro que una persona que se encuentre en tales condiciones, y cuando no se cuenta con otros mecanismos de defensa o cuando la EPS, ARP o medicina prepagada no ofrece debidamente el servicio, o la prestación ha sido ineficiente, o no cuenta con los recursos suficientes, en tal evento correspondería atender el estado de salud, al Ejército Nacional. Esto es, en estos casos el nexo causal entre el causante de la lesión y la prestación del servicio de salud, se evidencia más estrecha, puesto que se trata de una conducta del agente del Estado.

Sin embargo, para la prosperidad de la acción de tutela debe existir la determinación concreta de un sujeto que haya causado el perjuicio o la amenaza del derecho, y una conducta que así lo haya hecho, tal como lo establece el artículo 86 constitucional: “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...” En tal evento, en la sentencia T- 243/04, al respecto se dijo: “2.1. La acción de tutela ha sido instituida por el Constituyente como un mecanismo de defensa judicial al cual pueden acudir las personas cuando consideren vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales ya sea por la acción u omisión de una autoridad pública o por particulares, éstos en los precisos términos señalados en la ley. Por consiguiente, la persona que considere se le ha desconocido un derecho fundamental, puede acudir ante los jueces con el fin de obtener, a través de un procedimiento preferente y sumario, una orden destinada a que el infractor del ordenamiento constitucional actúe o se abstenga de hacerlo y así lograr el restablecimiento de sus derechos.

En esa medida, para que el juez de tutela ordene el amparo de los derechos fundamentales de una persona, se requiere demostrar o acreditar la amenaza o vulneración de estos¹⁸. Por manera que si dentro del plenario no se revela ese desconocimiento, se impone la denegación de la tutela.

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Corporación sobre la necesidad de acreditar la vulneración o amenaza del derecho fundamental que se pretende proteger¹⁹. Al respecto ha sostenido que “para que se amenace uno o varios derechos constitucionales fundamentales, es necesario un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o en el menoscabo material o moral”²⁰. Así las cosas, si quien presenta acción de tutela no demuestra los supuestos fácticos en que funda su pretensión o si dentro del plenario se logra demostrar que la alegada violación o amenaza no existió, la acción de tutela debe ser denegada”.

En estas circunstancias, la orden para la atención no podría otorgarse a ninguna entidad de salud por desconocimiento de su afiliación. Sin embargo, no debe olvidarse que efectivamente las personas con escasez de recursos económicos deben ser atendidas por el régimen subsidiado de salud, como en el presente caso, en tanto la tutelante asegura que carece de recursos económicos, y es madre cabeza de familia. No obstante, se ha visto que la afiliación al régimen subsidiado debe adelantarse mediante un trámite administrativo que debe cumplirse ante las entidades territoriales.

Ahora bien, una vez establecido que no ha existido vulneración del derecho a la salud por parte del Hospital Militar o el Ejército Nacional, corresponde determinar si existió amenaza al derecho. En tal sentido, en la sentencia T-952 de 2003, se dijo : “(...) los términos “vulneración” y “amenaza” no se pueden equiparar entre sí, pues en tanto la vulneración lleva implícito el concepto de daño o perjuicio, la amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima.²¹

“De esta manera resulta entonces que se “vulnera” un derecho cuando el bien jurídico que constituye su objeto es lesionado y se “amenaza” un derecho cuando ese mismo bien jurídico, sin ser destruido, es puesto en trance de sufrir mengua”. ²² En tal sentido, al no

existir prueba de la negación del servicio por parte de las entidades demandada, no puede apreciarse ninguna violación de los derechos fundamentales de la accionante por parte de las entidades demandadas. Al respecto la Corte ha señalado la necesidad de integrar el contradictorio. Así en Sentencia T-1113/02, se mencionó: “Para que proceda la acción de tutela y eventualmente la integración del contradictorio por pasiva, se requiere del accionante un mínimo de diligencia en orden a obtener la satisfacción de sus pretensiones por parte de quien está obligado a atenderlas, única manera de establecer si éste, por acción o por omisión ha incurrido en una violación de sus derechos fundamentales. En ausencia de esa conducta previa, no cabe que las personas acudan directamente ante el juez de tutela, por cuanto éste solo tiene competencia para pronunciarse sobre actuación u omisiones lesivas de los derechos y no tiene el carácter de instancia administrativa, para disponer el trámite de solicitudes que ni siquiera han sido presentadas ante las autoridades competentes”. Además en la Sentencia T-331/04, se estableció la improcedencia de la acción de tutela, cuando no se requiere previamente a la entidad prestadora.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Y más adelante agrega: “Conforme a lo dicho la acción de tutela es improcedente, por regla general, para ordenar la afiliación de un individuo a una ARS, ya que la misma está sujeta a trámites administrativos que no se pueden omitir. Sin embargo, el juez constitucional debe velar que los participantes vinculados al sistema reciban, aún sin la asignación de una administradora, la prestación de los servicios en salud en todas las entidades públicas que tengan contrato con el Estado”.

Sin embargo, debe aclararse que la tutelante y en este caso concreto, puede acudir tanto a la EPS o ARS a la que se encuentre afiliada para la prestación del servicio y estos no pueden ser negados. Además, la prestación del servicio de salud debe brindarse de manera oportuna, eficiente y con calidad. “Con base a lo anterior, corresponde a los departamentos garantizar la atención en salud de los servicios de segundo y tercer nivel de complejidad, y a

los municipios asegurar la atención de primer nivel de la población vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Salud. De igual forma, la entidad territorial responsable de la atención médica según el nivel de complejidad debe asumir, cuando a ello hubiere lugar, los costos del traslado por razones de acceso geográfico o funcional”²⁴. Además, se aclara por la Corte que la actora podrá ser atendida por el Hospital Militar, si así se dispone por la autoridad competente.

Ahora bien, en cuanto a los requerimientos sobre prestaciones económicas, la Sala considera que no es procedente en cuanto el Juez de Tutela no puede atender este conflicto que lo trataría la justicia ordinaria. Además se estableció que la señora Carmen Rosa Forero se constituyó en parte civil en el proceso penal.

Por tales razones se confirmará el fallo de instancia que denegó la Acción de Tutela interpuesta por la señora Carmen Rosa Forero Combariza, en representación de su hija Adriana Marcela, sin que ello signifique que la actora no pueda ejercer su derecho a la protección a la vida y a la salud de conformidad con las normas vigentes y la jurisprudencia de la Corte.

VIII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: CONFIRMAR el Fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 19 de diciembre de 2005, que confirmó el Fallo del Juzgado 32 Penal del Circuito de Bogotá que negó la acción de tutela interpuesta por la señora Carmen Rosa Forero Combariza, en representación de su hija Adriana Marcela.

Segundo: Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Secretaria General

1 Art. 48 Constitución Política.

2 T-223 de 2005

3 Artículos 32 y 33 del Decreto 806 de 1998.

4 Sentencia T-223 de 2005

5 Cfr. Artículo 6º numeral 3 de la Ley 100 de 1993.

6 Sentencia T-306/02. Y T-082/06

7 Sobre el particular entre otras T -945 de 2005.

8 T-945 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

9 T-945 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

10 T-945 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

11 Ver Sentencia T-747 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

12 Ver, sentencia T-2004 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara. T-100 de 1.997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-279 de 1.997, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, C-542/92, SU-961/99, T-575/02, T-324/04, T-497/04 y T-448/04.

13 T- 280 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil, reitera la sentencia T-2004 de 1998

14 T -684/03.

15 Sentencia T-173 de 2002.

16 T- 684 de 2003. Ver además Sentencias T-558/02, T-575/02, T-9797/02, T. 280 de 2005, T-684 de 2003, T-558/02, T-575/02, T-9797/02, T-755 de 2005, entre otras. El Fallo menciona además la Sentencia T-1229 de 2000 se recoge esta línea de jurisprudencia. En igual sentido T-173 de 2002.

16 Sentencia SU-961 de 1999.

16 En el mismo sentido ver Sentencia T-013 de 2005.

17 Sentencia T-835/00

18 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-411 del 12 de agosto de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara).

19 Pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-082 del 16 de marzo de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-796 del 14 de octubre de 1999 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-1181 del 7 de septiembre de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) y T-110 del 31 de enero de 2001 (M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano).

20 Sentencia T-082 de 1998, ya citada.

21 Una amenaza se configura con hecho o conductas consistes “en dar a entender con actos o palabras que se quiere hacer algún mal a otro.” OSSORIO. Manuel. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Heliasta S.R.L Buenos Aires. 1981. Pág. 52.

22 Sentencia No. T-096/94

23 La Corte estudió el caso de un menor, registrado en la base de datos del SISBEN, que padecía insuficiencia renal crónica y requería tres diálisis por semana, circunstancia que le representaba un gran costo que su familia no podía asumir debido a su precaria situación económica. Aunque se trató de un hecho superado porque finalmente fue asignada una ARS, la Corte abordó el estudio referido. Ver también la Sentencia T-274 de 2002, MP. Rodrigo Escobar Gil.

24 T-223 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas.