

Sentencia No. T-374/93

TRANSACCION/DERECHO A LA VIDA-Inalienabilidad/CONTRATO-Objeto ilícito

La transacción no puede interpretarse como la liberación que ese tipo de contratos produce para efectos patrimoniales, a las partes que en ellos se obligan, cuando está de por medio el derecho a la vida. Se determina la imposibilidad de negociar el bien que ampara el artículo 11 de la Carta, por cuanto un contrato con ese objeto, le daría a éste, el carácter de ilícito, según lo dispone la ley civil. El derecho a la vida tiene el carácter de inalienable. La actual imposibilidad de los padres para seguir atendiendo la salud del menor, y su demanda del derecho a la vida, por vía de la acción de tutela, no puede encontrar un límite para su amparo, en la existencia del plurimencionado contrato de transacción, y, los servicios de salud ordenados por las decisiones de instancia aparecen como necesarios e indispensables para salvaguardar el fundamental derecho a la vida.

ACCION DE TUTELA/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL

Puede decirse en una lógica que desconozca el carácter preventivo de la acción de tutela, que su naturaleza subsidiaria o residual haría imposible el uso de esa acción en el presente caso, en tratándose del derecho a la vida, pues siempre habría una acción judicial. En el caso, además de otras acciones se encuentra autorizada la acción de tutela. Tanto el orden constitucional como la ley que desarrolla el artículo 86 de la Carta disminuyen el principio de subsidiariedad o residualidad de la acción de tutela, al permitir su uso como mecanismo transitorio, es decir, que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial es procedente la misma.

ACCION DE TUTELA-Hechos anteriores

La circunstancia de que los hechos se hubiesen producido hacia 1984, antes de la entrada en vigencia de la actual Carta Política, no permite concluir que se está en presencia de un daño consumado, toda vez que se han prolongado hasta nuestros días los efectos y el estado de salud del menor, resultando en la actualidad el derecho a la vida del mismo, necesariamente de amparo obligatorio.

FALLO DE TUTELA-Alcance

Tiene bien definido la jurisprudencia de esta Corte Constitucional en punto al alcance de sus fallos, con ocasión de las revisiones de las decisiones judiciales de tutela, que los mismos sólo son predicables para el caso concreto y que por tanto sus consideraciones tienen valor referidas a las circunstancias fácticas que rodean el derecho cuya violación es demandada, sin perjuicio del carácter de criterio auxiliar que reconoce la ley a la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de esta Corporación.

REF.: Expediente No. T-13580

Derecho a la vida.

Límites

Peticionario:

GUILLERMO ESCOBAR QUIJANO

Magistrados:

Dr. FABIO MORON DIAZ

-Ponente-

Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y tres (1993).

La Corte Constitucional, Sala de Revisión de Tutelas, se pronuncia sobre la acción de la referencia, teniendo en cuenta los siguientes

A N T E C E D E N T E S

El Doctor MARCO TULIO SINTURA AREVALO, actuando en ejercicio del poder que le fuera conferido por el señor GUILLERMO ESCOBAR QUIJANO, representante legal del menor DIEGO

FERNANDO ESCOBAR TEJADA, ambos con domicilio en la ciudad de Bogotá, formuló acción de tutela contra la “Fundación Santafé de Bogotá”, persona jurídica de derecho privado, para que previo el trámite correspondiente se declare: “1o. Ordenarle a la entidad demandada, de manera gratuita, la prestación de los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios, de laboratorio, terapéuticos y suministro de droga, que requiera el menor DIEGO FERNANDO ESCOBAR TEJADA, como mecanismo transitorio, hasta tanto no se produzca el fallo de la justicia ordinaria, sobre la responsabilidad de la Fundación Santa Fé de Bogotá de las lesiones cerebrales sufridas por este menor”. Y luego modifica la anterior pretensión, “no como mecanismo transitorio sino definitivo, en razón a que no existe otro mecanismo jurídico vigente, para hacer efectivo este derecho, en razón a que mi poderdante suscribió una transacción la cual se encontraría vigente y enervaría cualquier acción judicial”. Las peticiones anteriores encuentran fundamento en los siguientes hechos y razonamientos:

- Que el niño Diego Fernando Escobar Tejada, nació el día 26 de octubre de 1981, e ingresó a la Fundación Santa Fé de Bogotá el día 13 de agosto de 1984 “en buenas condiciones generales de salud”.
- Que el “día 15 de agosto de 1984, al practicársele una punción lumbar, se le produjeron lesiones cerebrales irreversibles, por un mal manejo de la anestesia, posiblemente; es decir el niño Diego Fernando fué descerebrado, al ser sometido a un simple examen para descartar una enfermedad que éste no padecía”.
- Que desde esa fecha los padres han asumido los gastos que se requieren para mantener a éste con vida.
- Que tan “pronto ocurrió el accidente en el que resultó descerebrado este menor, la fundación Santa Fé de Bogotá, por intermedio de sus galenos manifestó que el menor sólo viviría cuatro meses más y con este argumento le dió por conducto de su compañía aseguradora la suma de \$1.500.000 y en ese entonces se comprometieron a darle asistencia médico hospitalaria, drogas, terapéutica y la demás que necesitara este menor hasta su muerte, situación que no quedó estipulada en ningún documento”.
- Que no “obstante lo anterior, el niño lleva más de ocho años con vida vegetal y la entidad demandada se niega a prestarle dichos servicios, aduciendo que hubo transacción, pues si bien es cierto se firmó un acta, también lo es que el derecho a la vida y a la

integridad personal del menor no se puede transar válidamente.”

- Que el poderdante “no cuenta con recursos para atender el estado de salud del menor, quien por estos días se encuentra afectado por convulsiones y puede morir en cualquier momento”.

LA PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala de Familia-, mediante sentencia del quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y tres (1993) decide la acción de la referencia, ordenando: “PRIMERO.- TUTELAR el derecho fundamental a la vida y a la salud del que es titular el menor DIEGO FERNANDO ESCOBAR TEJADA cuya protección solicitó su padre GUILLERMO ESCOBAR QUIJANO”. “SEGUNDO.- En consecuencia ordenar a la Fundación Santafé de Bogotá prestar los servicios médicos, hospitalarios, terapéuticos y asistenciales que requiera el menor DIEGO FERNANDO ESCOBAR TEJADA”, previas las siguientes consideraciones:

- Que por regla general la acción de tutela procede contra las autoridades públicas y excepcionalmente contra particulares. En desarrollo de lo cual, el legislador dispuso que la tutela procede contra particulares encargados de la prestación del servicio público de la salud para proteger el derecho a la vida; y, que procede igualmente, cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentra en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. “Se presume la indefensión del menor que solicita la tutela” (artículo 42 numerales 2 y 9 del Decreto 2591/91). Por lo que se encuentra bien acreditada la procedibilidad de la acción en el presente caso.
- Que si bien es cierto que existen otros medios de defensa de los derechos a la vida y a la integridad física, solicitados, “también lo es que la acción fue incoada como mecanismo transitorio para evitar, el sin duda alguna, “perjuicio irremediable” de la pérdida de la vida del niño DIEGO FERNANDO, ante la negativa de la FUNDACION SANTAFE de prestarle la atención médica y asistencial que su estado exige, y la incapacidad económica de los padres para suministrársela”.
- Que la acción prospera, obligando a la Fundación Santa Fé, a proteger la vida del

menor “por la condición de servicio público de su actividad, específicamente en el campo de la salud, de la relación y del nexo de causalidad entre ésta y el estado actual del niño, pues fue allí donde por circunstancias no claras el menor quedó en estado vegetativo, al practicarle una pequeña cirugía”.

- Que la transacción firmada entre el padre del menor y la Fundación, no la exime de la obligación de prestar la asistencia médico-hospitalaria por las siguientes razones:
- Que, en consecuencia la transacción suscrita sólo puede surtir efectos respecto del reconocimiento pecuniario por los daños causados sobre bienes tangibles o intangibles. “Mas nunca puede enervar este contrato el derecho a la vida del menor”, que no puede ser objeto de disposición.
- Que la vida no es susceptible de transacción.

LA IMPUGNACION

La anterior providencia fué impugnada mediante apoderado, quien expreso las razones siguientes:

- La acción de tutela no se ejerció como mecanismo transitorio.
- El contrato de transacción resolvió en forma definitiva cualquier conflicto patrimonial entre las partes, respecto del cual NO procede la acción de tutela.
- La solicitud de tutela pretende que se preste el servicio de salud en forma gratuita, esto es, una pretensión de contenido puramente económico.
- Se destaca, “de acuerdo con lo prescrito por el artículo 42-2 del Decreto 2591 de 1991 anteriormente transcrito, que la salud entre particulares, en caso de la prestación del servicio público de salud protege únicamente los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía. No procede respecto de la atención de salud en sí misma. Razón por la cual debe revocarse la resolución en el punto primero, en cuanto ordena tutelar la salud.”
- No hay situación de subordinación o indefensión, por lo tanto no se puede aplicar la

presunción de indefensión. (art. 42-9 Dto. 2591/91).

- “En otras palabras, en la prestación del servicio de salud por particulares, no es aplicable la presunción de subordinación o indefensión de los menores usuarios, pues en todos los casos se respeta su autonomía (representada por sus padres), sin que exista una relación jerárquica que implique sumisión, dependencia o autoridad.”
- El artículo 49 de la C.N., preceptúa que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.
- Que no es cierto que la FUNDACION se haya negado en alguna oportunidad a prestar el servicio.
- “En razón a que el servicio de salud es un servicio público a cargo del Estado, la gratuidad sólo es predicable respecto de las entidades públicas de salud, no de las entidades privadas.”
- “La gratuidad sólo opera en los casos de urgencias, accidentes de tránsito y enfermos de SIDA; en los cuales el usuario no tiene que cancelar el servicio porque es el Estado quien lo asume, pues como ya lo hemos dicho, nada obliga a los particulares a asumir el costo del servicio que la misma Constitución atribuye al Estado.”
- No hay acción u omisión imputable a la Fundación de la cual pueda predicarse una amenaza al derecho a la vida.
- El contrato de transacción, no implica “responsabilidad alguna por parte de la fundación en los hechos objeto del contrato”.
- “No se equivoca el fallador cuando afirma que dicho convenio no exime a la FUNDACION de la obligación de prestar el servicio. Pero es inaceptable, que pretenda que dicha prestación se realice en forma gratuita e ilimitada. Pues, es tanto como establecer una obligación irredimible a cargo de la FUNDACION, que de hacerse extensiva a otros casos similares produciría paradójicamente la quiebra de las entidades privadas de salud”.

LA SEGUNDA INSTANCIA

La Honorable Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, en sentencia del veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), "CONFIRMA la sentencia de procedencia y fecha previamente anotadas", luego de las siguientes consideraciones:

- Que más "que el reflejo de una obligación estatal, la vida, sin hesitación alguna constituye por antonomasia el derecho constitucional fundamental de mayor alcance y autonomía; siendo la acción de tutela en tales circunstancias, un medio idóneo para impetrar su protección".
- Que la vida es un derecho ilimitado. "La vida constituye la base para el ejercicio del resto de los derechos consagrados tanto en la Constitución como en la ley; siendo ella misma, el presupuesto indispensable para que cualquier individuo se constituya en titular de derechos y obligaciones".
- Que en los casos "en que el servicio de salud es necesario e indispensable para salvaguardar el derecho a la vida, se está en la obligación de prestarlo a personas necesitadas en los términos del artículo 13 de la Constitución; máxime si como acá ocurre, la institución de quien se pide esta protección tiene los medios apropiados para brindarla; además de existir entre ella y el peticionario un nexo causal respecto del hecho que originó en el menor el estado vegetativo que lo lleva a pedir tal amparo".
- Que el perjuicio no se encuentra consumado a pesar de la ocurrencia durante el año de 1984, porque el peligro contra la vida del menor es actual, "sin perjuicio eso sí, de que por los medios judiciales apropiados, pueda entrar a discutirse y definirse por quien tenga interés en ello, el grado de responsabilidad que por tal hecho pueda haber, y desde luego, quien deberá asumir definitivamente las erogaciones y demás prestaciones del tipo patrimonial".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A) La Competencia

La Sala es competente para conocer de la revisión de las sentencias proferidas en el asunto de la referencia, de conformidad con lo establecido en el inciso 2o. del artículo 86 y el numeral 9o. del artículo 241 de la Carta Política, desarrollados en los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

b) La Materia

La acción comprende además de la solución sobre las peticiones señaladas la fijación de los alcances del derecho a la vida, y la posibilidad de disponer de él, en ejercicio de la voluntad particular, así como la de los límites de ese derecho.

El Derecho a la Vida

El derecho a la vida se constituye en el más fundamental de los derechos consagrados en la Carta Política de 1991 de manera expresa. Regulado por ésta, desde el primer artículo del capítulo Primero del Título II, pone de presente su carácter prevalente y de condición necesaria para el ejercicio de los demás derechos. El derecho a la existencia vital, es la causa que viene a justificar en últimas la existencia de los demás derechos, dentro de la perspectiva ampliada del anhelo del hombre del “vivir bien” que se encuentra como inspiradora del resto de derechos fundamentales, asistenciales y colectivos. Esto es lo que justifica en el artículo 11 de la Carta, la inviolabilidad del derecho a la vida y la prohibición complementaria de la pena de muerte. Comprende el derecho a la vida, el derecho a morir de muerte natural, no inducida o provocada.

El espacio que el constitucionalismo abre a este derecho en una sociedad como la nuestra, en la cual se acusan signos de deterioro del respeto a la vida, tenidos en cuenta por el constituyente para su previsión, trae como resultado su acentuado concepto, situándolo como elemento esencial del orden jurídico.

Esto hace que, como lo afirman las decisiones de instancia, sus limitaciones sean de manera general excluidas del ordenamiento jurídico, por cuanto previsiones en tal sentido serían contrarias a la norma de normas. Sin embargo, lo anterior no significa que no sea permitido al legislador procurar recursos que de algún modo traen consigo limitaciones al derecho comentado, como es el caso de las instituciones de la “legítima defensa” y el “estado de necesidad”, consagradas en la legislación penal, que privilegian la propia vida en detrimento de la de otros, mediando determinadas circunstancias previstas en esa legislación. Lo anterior, recurso excepcional del legislador, no quiebra el principio del carácter ilimitado del derecho a la vida.

Tal como está consagrado en la Constitución de 1991, el derecho a la vida tiene un carácter

intangible. Su inviolabilidad, que fue analizada a fondo en la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, se apoyó en consideraciones según las cuales este derecho “no requiere para su plena existencia de la creación o el reconocimiento de la sociedad, del Estado o de una autoridad política, por lo que tampoco puede ser limitado o desconocido por ellos.”

En lo que respecta a los alcances del derecho en los estados de excepción, es preciso señalar que éste no puede ser suspendido, por su carácter intangible, reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La lúcida conciencia del Constituyente sobre el evidente desconocimiento del derecho a la vida llevó a que fuera colocado encabezando los derechos constitucionales. Así se señala su trascendencia como fundamento del ejercicio de los demás derechos y deberes.

En este sentido, la vida deja de ser un derecho que obliga únicamente al Estado, y pasa a comprometer a los asociados, más allá de la sanción penal del homicidio. Esta nueva concepción inspira el

sentido del artículo 95 de la Constitución cuando incluye entre los deberes de los colombianos el de “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. De igual forma, el derecho a la vida es colocado en un primer lugar dentro de los derechos fundamentales de los niños, los cuales implican acciones positivas por parte de la familia y la sociedad.

Es bien claro que el derecho a la vida supone el derecho a no ser dañado en el propio cuerpo ni física ni moralmente, a través de torturas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 12 C.N.). A su vez el derecho a la vida, y el derecho a la integridad física, implica el reconocimiento del derecho a la salud (art. 49 C.N.), y a otros supuestos vitales, como el derecho al ambiente sano (artículo 79 C.N.), a condiciones de higiene y seguridad en el trabajo (artículo 53 C.N.). En síntesis, se considera contenido del derecho a la vida, el derecho a no ser privado de ningún miembro corporal o vital, el derecho a la salud física y mental; el derecho al bienestar corporal o síquico y el derecho a la propia apariencia personal.

Especial significación tiene para la valoración de los hechos la previsión constitucional del artículo 44 según el cual son derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física y la salud, y además la precisión sobre el señalamiento de obligación constitucional expresa a “la familia, la sociedad y el Estado” de asistir al niño en el ejercicio pleno de sus derechos.

Sobre esta materia es pertinente transcribir el siguiente pronunciamiento de la Sala de Revisión No. 5 de la Corte Constitucional, sentencia No. T-484 del 13 de agosto de 1992. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz:

“El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, sólo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria y pueden ser objeto allí del control de tutela.”

EL DEBER DE PROTEGER LA VIDA

La existencia de la tutela está orientada a garantizar los derechos fundamentales; el primero y esencial de esta categoría es justamente el derecho a la vida.

No es posible soslayar el amparo del derecho a la vida so pretexto de que no hay ley que defina si la responsabilidad se encuentra a cargo de la Sociedad o del Estado. Lo anterior en razón de lo dispuesto por el artículo 85 de la Carta Política según el cual es de aplicación inmediata el derecho consagrado en el artículo 11 superior, mandato expreso de la Carta que no puede ser desconocido por el intérprete de la Constitución.

La acción comentada puede instaurarse no sólo contra las autoridades públicas sino contra los particulares en los casos expresamente señalados por la ley, que en los numerales 2 y 9 del artículo 42 del Decreto 2591/91 tipifican para el caso, la procedencia de la acción. Razón adicional para descartar la inconstitucional existencia del reglamento legal para otorgar protección a la vida.

En el caso en cuestión, se pone de presente que la Fundación Santa Fé, en tanto institución encargada de la prestación del servicio público de la salud, puede ser demandada mediante tutela para exigir el amparo constitucional del derecho a la vida de las personas, por lo que el carácter excepcional de la acción de tutela frente a particulares se encuentra previsto por el artículo 42 numeral 2o. del Decreto 2591/91. De otra parte la ley ampara al menor de edad presumiendo su indefensión al solicitarse la tutela, a fin de garantizar el derecho a la vida o a la integridad física, frente a acciones u omisiones de los particulares (artículo 42 numeral 9 del Decreto 2591 de 1991).

La ley al establecer las distintas causales de procedencia de la acción de tutela contra acciones u omisiones de los particulares, no determinó la operancia de éstas, de manera aislada y excluyente de las otras, sino por el contrario al diseñar sus contenidos permitió que, como en el presente caso, pudiesen concurrir causales de procedencia de la acción contra particulares.

LA GRATUIDAD DEL SERVICIO PUBLICO A CARGO DE LA FUNDACION

El problema no consiste, como lo plantea el actor, en considerar si el servicio de salud que presta la Fundación es gratuito o no. De manera general, la ley no obliga a la prestación gratuita de los servicios de salud ni de ninguna especie a los particulares. Empero cabe recordar que el artículo 50 de la Carta Política prescribe la prestación gratuita del servicio de salud a niños menores de un año, en los siguientes términos: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La Ley reglamentará la materia”.

El problema consiste en saber si la Fundación Santa Fé luego de producir el daño que reconoce en el texto de la “transacción” suscrita por su representante, debe amparar para el caso concreto el derecho a la vida del menor. Pues siendo gratuito o no siéndolo, el derecho

debe ser amparado, por cuanto no depende de ésto, sino de las causas que produjeron el daño y de su naturaleza misma. No podría decirse, acudiendo a un argumento al absurdo, que por el hecho de que los particulares responsables, señalados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, no ejerzan actividades gratuitas, esta sola circunstancia los libere de responsabilidad frente a la violación de derechos fundamentales.

LA TRANSACCION Y EL DERECHO A LA VIDA COMO INALIENABLE

Registra la Sala la suscripción del contrato de transacción fechado el 28 de enero de 1985, en el cual se establece el ingreso a la Clínica del Niño Diego Fernando Escobar, el día 11 de agosto de 1984, en el servicio de “urgencias” para un procedimiento de diagnóstico denominado “gamagrafía de caderas”, por presentar dolor en la cadera y fiebre. Practicado ese mismo día el examen, se obtiene un informe en el que se concluye que se “descarta proceso infeccioso y no demuestra la enfermedad de partes”. El procedimiento se diagnosticó el día 11 y el paciente salió de urgencias ese mismo día y fue admitido el día 13 de agosto, fecha en la cual el paciente seguía presentando fiebre, dolores en la cadera y síntomas que permitían suponer infección a pesar del resultado negativo de la gamagrafía. Se dispone practicar “punción articular diagnóstica” y para el efecto el día 15 de agosto el paciente ingresó a cirugía, previa valoración pre-anestésica, en la cual no se encontró contraindicación alguna. Durante el acto quirúrgico se presentó hipotensión, como consecuencia de la cual el paciente sufrió daño cerebral. Con causa en estos hechos se suscribe la mencionada transacción entre la fundación Santa Fé y los representantes del menor por valor de (un millón quinientos mil pesos) \$1.500.000.00 M/CTE., en ese entonces.

Esta circunstancia no puede interpretarse como la liberación que ese tipo de contratos produce para efectos patrimoniales, a las partes que en ellos se obligan, cuando está de por medio el derecho a la vida; tampoco puede tenerse como un recurso para eludir las circunstancias que obliguen a una persona determinada, con base en ese tipo de convenios, con vínculos causales en los hechos que se tradujeron en el estado vegetativo del menor; pues éste llegó al centro médico en determinadas condiciones de salud y el trato profesional a que fué allí sometido, le produjo el daño cerebral.

Lo expuesto determina la imposibilidad de negociar el bien que ampara el artículo 11 de la

Carta, por cuanto un contrato con ese objeto, le daría a éste, el carácter de ilícito, según lo dispone la ley civil (art. 1519 C.C.). El derecho a la vida tiene el carácter de inalienable. Las declaraciones universales de Derechos Humanos tanto norteamericana como francesa así lo reconocían, y es asimismo, reiterado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 3o.). Todo derecho humano es un bien sobre cuyo dominio no pueden recaer ni la renuncia ni la transferencia. Según la histórica declaración de Virginia: “Todos los hombres tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden ellos ni su posteridad ser despojados ni privados.”

La actual imposibilidad de los padres para seguir atendiendo la salud del menor, y su demanda del derecho a la vida, por vía de la acción de tutela, no puede encontrar un límite para su amparo, en la existencia del plurimencionado contrato de transacción, y, los servicios de salud ordenados por las decisiones de instancia aparecen como necesarios e indispensables para salvaguardar el fundamental derecho a la vida.

LA EXISTENCIA DE OTRO MEDIO JUDICIAL

Puede decirse en una lógica que desconozca el carácter preventivo de la acción de tutela, que su naturaleza subsidiaria o residual haría imposible el uso de esa acción en el presente caso, en tratándose del derecho a la vida, pues siempre en tan caro objeto del orden jurídico habría una acción judicial. En el caso, además de las acciones penales por los daños causados al menor, de las acciones ordinarias de resolución del contrato por objeto ilícito, y de la acción de responsabilidad civil extracontractual que cabría contra la Fundación, se encuentra autorizada la acción de tutela. Tanto el orden constitucional como la ley que desarrolla el artículo 86 de la Carta disminuyen el principio de subsidiariedad o residualidad de la acción de tutela, al permitir su uso como mecanismo transitorio, es decir, que a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial es procedente la misma. Más aún, el artículo 6o. numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991 permite interpretar las circunstancias en que se encuentra el menor en su segunda parte, al autorizar la procedencia de la acción, cuando el intérprete aprecia la existencia de dichos medios en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

La circunstancia de que los hechos se hubiesen producido hacia 1984, antes de la entrada en vigencia de la actual Carta Política, no permite concluir que se está en presencia de un daño

consumado, toda vez que se han prolongado hasta nuestros días los efectos y el estado de salud del menor, resultando en la actualidad el derecho a la vida del mismo, necesariamente de amparo obligatorio.

EL ALCANCE DE LOS FALLOS DE TUTELA

Tiene bien definido la jurisprudencia de esta Corte Constitucional en punto al alcance de sus fallos, con ocasión de las revisiones de las decisiones judiciales de tutela, que los mismos sólo son predicables para el caso concreto y que por tanto sus consideraciones tienen valor referidas a las circunstancias fácticas que rodean el derecho cuya violación es demandada, sin perjuicio del carácter de criterio auxiliar que reconoce la ley a la doctrina constitucional enunciada en las sentencias de esta Corporación (art. 36 Decreto 2591 de 1991).

Previas las anteriores consideraciones de la Corte Constitucional -Sala de Revisión de Tutelas-, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E :

Primero.- CONFIRMAR LA SENTENCIA dictada por la Honorable Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil-, el veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), en el asunto de la referencia.

Segundo.- Comuníquese al Honorable Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C. -Sala de Familia-, la presente decisión para que sea notificado conforme a lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cúmplase, cópiese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia No. T-374/93

ACCION DE TUTELA/CARGA DE LA PRUEBA/DERECHO DE DEFENSA/PRUEBAS EN TUTELA
(Salvamento de voto)

Si al actor incumbe la carga de la prueba, no puede el juez, de buenas a primeras, admitir siempre su dicho como una verdad revelada, pese a no estar acompañado de la prueba. Exigir la prueba de los hechos en que se funda la demanda, en especial cuando se trata de tutela contra los particulares, no sólo consulta el derecho de defensa, sino que contribuye a hacer de la tutela una institución seria y respetable, condición indispensable para su consolidación. Lo contrario vulnera el derecho de defensa y es manifestación de una inaceptable demagogia jurídica.

SERVICIO PUBLICO DE SALUD-Prestación gratuita (Salvamento de voto)

Si se toma como causa de la obligación solamente la “obligación de la sociedad” de proteger la salud, tal obligación recaería por lógica, y aun por el mandato del citado inciso tercero del artículo 13, en el Estado. No en un particular.

TRANSACCION-Validez (Salvamento de voto)

La transacción se hizo sobre los perjuicios materiales y morales originados por los hechos que al parecer arruinaron la salud del menor. Es semejante a lo que ocurre cuando los herederos de la víctima de un homicidio, reciben una suma de dinero al transigir con el homicida sobre los perjuicios materiales y morales que el delito les causó. Con el argumento insólito de que se está transigiendo sobre la vida, no se pueden tachar de ilícitas tales transacciones. Pero hay más: el hecho de que el menor hubiera quedado reducido a una vida vegetativa, en sí, no causó perjuicio económico a sus padres, sencillamente porque él no tenía una actividad económica en beneficio de ellos. El perjuicio material para éstos resultaba de la necesidad de pagar gastos médicos y hospitalarios. Esta destinación tuvo, posiblemente, el dinero recibido por ellos.

TRANSACCION-Efectos/COSA JUZGADA (Salvamento de voto)

La transacción tiene efecto de cosa juzgada en última instancia. Como esta Corte declaró inexecutable la norma que permitía que la acción de tutela desconociera las sentencias firmes, es claro que en este caso no podría desconocerse la transacción que la norma citada equipara en sus efectos a la sentencia firme. Si se hiciera a un lado la transacción se estaría en últimas desconociendo la cosa juzgada constitucional, algo que nadie puede hacer.

REF: EXPEDIENTE No. T- 13.580

Sentencia de Septiembre 3 de 1993.

Fabio Morón Díaz.

Con mi acostumbrado respeto expongo en este salvamento de voto las razones que me obligan a disentir de la opinión mayoritaria, razones que son las mismas que expresé en la reunión de la Sala.

I. El derecho a la vida y a la salud.

Lo primero que hay que anotar es que el asunto de esta controversia nada tiene que ver con el derecho a la vida y a la salud. Los temas aquí son diferentes: la validez de una transacción sobre los perjuicios materiales y morales que se dicen causados por el hecho de alguien; la obligación de los particulares de prestar servicios públicos en forma gratuita; el efecto de cosa juzgada que la transacción tiene, al igual que las sentencias firmes.

II. La acción de tutela y la carga de la prueba.

En el caso que nos ocupa, lo primero que se observa es la ausencia de pruebas en relación con algunos de los hechos en que se basa la tutela. Ejemplo de tales hechos es uno fundamental: la relación y el nexo de causalidad entre la actividad de la Fundación Santafé y “el estado actual del niño”, como lo anotan las sentencias de primera y segunda instancia. Esa relación de causalidad descartada expresamente en el contrato de transacción, sólo podría ser declarada por el juez al término de un proceso ordinario.

Otro hecho que era necesario establecer antes de fallar, era el estado actual del paciente y el

tipo de atención médica que requiere. Era prudente, por ejemplo, saber con certeza si se requiere o no la hospitalización permanente; y si existe algún tipo de tratamiento que permita mejorar la condición del enfermo.

Por lo anterior, solicité se decretara la práctica de un experticio por la Oficina de Medicina Legal, solicitud que me fue negada sin aducir un motivo valedero.

Lo acontecido en este caso induce a examinar el tema de la carga de la prueba en las acciones de tutela.

Existe un principio universal en materia probatoria, principio que los romanos concretaban en un sencillo aforismo " *actori incumbit onus probandi*" .

Pues bien: si al actor incumbe la carga de la prueba, no puede el juez, de buenas a primeras, admitir siempre su dicho como una verdad revelada, pese a no estar acompañado de la prueba. Por más que se hable por algunos del "nuevo derecho", resulta insensato pretender que la Constitución de 1991 echó por tierra principios del derecho que han regido por miles de años y que seguirán rigiendo mientras la tierra exista.

Y la exigencia de la prueba resulta más lógica en la revisión que compete a la Corte Constitucional, pues ya no se está ante los términos angustiosos de 10 y 20 días de la primera y de la segunda instancia, respectivamente, sino ante el término de tres meses, suficiente para la práctica de cualquier prueba.

Exigir la prueba de los hechos en que se funda la demanda, en especial cuando se trata de tutela contra los particulares, no sólo consulta el derecho de defensa, sino que contribuye a hacer de la tutela una institución seria y respetable, condición indispensable para su consolidación. Lo contrario vulnera el derecho de defensa y es manifestación de una inaceptable demagogia jurídica.

II) Fundamento de la sentencia que obliga a la Fundación Santafé a prestar atención médica gratuita al menor Diego Fernando Escobar.

Tanto la sentencia del Tribunal de Bogotá como la de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se basan en dos hechos: la condición de servicio público de la actividad propia de la Fundación, y el nexo de causalidad entre la misma Fundación y el estado actual del menor

Diego Fernando Escobar. Basta transcribir lo pertinente de las dos sentencias.

Dijo el Tribunal:

“...obligación que surge concretamente para la entidad mencionada, por la condición de servicio público de su actividad, específicamente en el campo de la salud, de la relación y del nexo de causalidad entre ésta y el estado actual del niño, pues fue allí donde por circunstancias no claras, el menor quedó en estado vegetativo, al practicarle una pequeña cirugía”.

A su vez, la Corte Suprema expresó:

“Entendido así el alcance del derecho a la vida y la correlativa obligación absoluta de la sociedad para proteger y garantizarla, es evidente para esta Corporación que en aquellos casos en que el servicio de salud es necesario e indispensable para salvaguardar el derecho a la vida, se está en la obligación de prestarlo a personas necesitadas en los términos del artículo 13 de la Constitución; máxime si como acá ocurre, la Institución de quien se pide esta protección tiene los medios apropiados para brindarla; además de existir entre ella y el peticionario un nexo causal respecto del hecho que originó en el menor el estado vegetativo que hoy lo lleva a pedir tal amparo”.

En consecuencia, es menester analizar los dos argumentos.

III) El deber de proteger la vida.

Ha dicho la Corte Suprema que existe una “obligación absoluta de la sociedad para proteger y garantizar” la vida. Pero lo que no ha analizado es si esa obligación corresponde en primer lugar al Estado o a los particulares.

En relación con lo anterior, anotó con muy buen criterio el H. Magistrado Héctor Marín Naranjo, en su salvamento de voto:

“2.- En cambio, lo que si resulta pertinente preguntar, para lo que con esta acción de tutela tiene que ver, es: ¿protección a cargo de quién?.

“La sentencia, tratando de contestar el punto y, por ende, de sustentar la decisión, afirma

que existe “una obligación absoluta de la sociedad” de proteger y garantizar la vida.

“Así, pues, la protección de la vida estaría a cargo de la sociedad. Sin embargo, esta afirmación se resiente de vaguedad como quiera que no se define qué debe entenderse por “sociedad”. ¿Son los particulares? ¿es el Estado? ¿son aquéllos y éste?. Asumiendo que es esta última hipótesis a la que la decisión se refiere, tal parece que aun con este entendimiento la cuestión no queda esclarecida, pues se ha omitido definir dentro de qué marco el Estado y los particulares están obligados a proteger la vida: ¿es el mismo? ¿es diferente?. Si es el mismo marco, ¿cuáles serían las razones de una equiparación semejante?. Si es distinto, ¿en qué supuesto le compete al Estado y en cuáles a los particulares?.

“La dilucidación de las anteriores cuestiones era tanto más necesario cuanto que la sentencia no ha vacilado en calificar esa obligación de proteger y garantizar la vida, como “absoluta”. ¿Esto, acaso, significa que no hay ningún límite?. Y si es así, ¿debe predicarse del Estado y de los particulares?. ¿O, más bien, ¿no existe para aquél, y si para éstos? ¿O, por el contrario, se da para unos y otros, y si es así cuál sería ese límite?”.

Es claro que si se busca fundar la obligación absoluta de proteger la salud en el inciso final del artículo 13 de la Constitución, tal obligación corresponde al Estado, en primer lugar, según el texto inequívoco de la norma:

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

IV) La prestación gratuita de los servicios públicos.

Es evidente que la Fundación Santafé presta un servicio público: el de la salud. Pero no lo presta en forma gratuita, ni está obligada a prestarlo así. No hay en la Constitución una sola norma que obligue a los particulares a prestar servicios públicos gratuitamente. Salvo el caso excepcional del artículo 50, en el cual no encaja el asunto que aquí se controvierte.

Distinto sería el caso especial en que se tratara de la prestación de un servicio médico u hospitalario de urgencia. En estas circunstancias habría que analizar si ante la imposibilidad

o extrema dificultad de acudir a los servicios estatales, el particular estaría obligado a prestar el servicio, al menos en el primer momento, como parecería indicarlo el sentido común.

En síntesis: si se toma como causa de la obligación solamente la “obligación de la sociedad” de proteger la salud, tal obligación recaería por lógica, y aun por el mandato del citado inciso tercero del artículo 13, en el Estado. No en un particular.

V) El nexo de la causalidad.

Para reforzar el anterior argumento, endeble de por sí, se acude al “nexo causal respecto del hecho que originó en el menor el estado vegetativo que hoy lo lleva a pedir tal amparo”, como lo dice la sentencia de la Corte Suprema. Pero tampoco este argumento es suficiente, como se verá.

Afirmar que la Fundación está obligada, sólo es posible en virtud de su responsabilidad contractual o extracontractual. Pero siendo opuestas las pretensiones de las partes, sólo la justicia ordinaria podría, al término de un proceso ordinario, imponer a una de ellas, la Fundación en este caso, la obligación de reparar el daño. En nuestro ordenamiento jurídico, no existe otro camino.

Pero contra la posibilidad de que las partes acudan a la administración de justicia, hay un obstáculo insalvable: la transacción. Forzoso es, entonces, estudiarlo.

VI) La transacción.

El día 28 de enero de 1985, el representante de la Fundación celebró un contrato de transacción con los señores Guillermo Escobar y Carmenza Tejada, representantes legales del menor Diego Fernando Escobar, pues actuaban en ejercicio de la patria potestad sobre él. Tal contrato tuvo por fines estos:

a) Precaver un eventual litigio;

b) Indemnizar a los esposos Escobar Tejada por “todos los perjuicios materiales y morales que se les hayan causado”, tanto a ellos como a su hijo menor, mediante el pago de \$1.5000.000,00;

c) Renunciar, por su parte, los padres del menor a toda acción, contractual y extracontractual.

Existe, pues, una transacción. Pero ¿fue válidamente celebrada? ¿obliga a las partes? ¿qué efecto tiene frente a la tutela?

VII) Validez de la transacción.

Lo primero que se advierte es que la transacción no versó sobre la vida del menor Diego Fernando Escobar, ni sobre su salud. La vida, como la patria, el honor, la libertad y las creencias religiosas, está más allá de lo que el dinero puede pagar. Por esto no es lógico afirmar que se transigió sobre la vida o la salud de alguien. La realidad es diferente.

La transacción se hizo sobre los perjuicios materiales y morales originados por los hechos que al parecer arruinaron la salud del menor. Es semejante a lo que ocurre cuando los herederos de la víctima de un homicidio, reciben una suma de dinero al transigir con el homicida sobre los perjuicios materiales y morales que el delito les causó. Con el argumento insólito de que se está transigiendo sobre la vida, no se pueden tachar de ilícitas tales transacciones.

Pero hay más: el hecho de que el menor hubiera quedado reducido a una vida vegetativa, en sí, no causó perjuicio económico a sus padres, sencillamente porque él no tenía una actividad económica en beneficio de ellos. El perjuicio material para éstos resultaba de la necesidad de pagar gastos médicos y hospitalarios. Esta destinación tuvo, posiblemente, el dinero recibido por ellos.

En relación con la anterior afirmación, puede transcribirse una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de las innumerables que se han dictado en el mismo sentido: los perjuicios tienen que ser reales. Dijo la Corte:

“En relación con el perjuicio causado directamente a la vida de una persona mediante su supresión debe distinguirse: la vida tiene un valor para el que la vive (valor intrínseco) y otro diferente para las personas allegadas que dependen moral y económicamente de la persona (valor extrínseco). Cuando la vida de un sujeto se suprime por un acto ilícito no es posible determinar el valor que para el muerto tenía aquella vida (valor intrínseco); otra cosa sucede

con el valor extrínseco o sea el valor que tenía para extraños a esa vida (hijos, esposa, etc.).

c) para determinar el valor extrínseco de la vida es necesario tener en cuenta estos factores: a) La capacidad productiva del muerto en el momento de su fallecimiento; b) El dinero con que ayudaba a las personas a quienes estaba obligado a sostener; c) El tiempo probable durante el cual hubiera estado obligado a hacerlo; d) Finalmente el dolor o perjuicio de afección que cause a los parientes más próximos la supresión de la vida”.

I) Si el muerto no tenía capacidad productiva al morir, pues a nadie ayudaba ni a nadie perjudicó con su muerte. Tal sucede cuando el muerto era un niño de pocos años, o cuando la persona al fallecer se encontraba imposibilitada para trabajar por enfermedad mental u orgánica.

II) Determinada la capacidad productiva es fácil determinar la suma de dinero que periódicamente empleaba para sostener a las personas que tenían derecho a ser sostenidas”. (Casación Civil, Feb. 28/58, Gaceta Judicial. Nos.2192-2193, pág. 144 y 145, respectivamente).

La transacción, además, se hizo por las personas capaces de “disponer de los objetos comprendidos en la transacción” (Art. 2470 C.C.). Y aún suponiendo que el menor hubiera sido víctima de un delito culposo, el artículo 2472 del C.C. es suficientemente claro: “La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de un delito; pero sin perjuicio de la acción criminal”.

Hay que aceptar, en consecuencia, que por este aspecto la transacción es inatacable.

Pero, ¿se celebró debidamente?. Todo indica que sí. Veamos.

Los padres del menor ejercían sobre éste la patria potestad y tenían, por lo mismo su representación legal. Pero ¿requería la transacción la aprobación del juez, o su previa autorización, para celebrarse? La pregunta surge por lo siguiente:

El artículo 489 del C.C., que hace parte del Título XXIV del Libro Primero que versa sobre la administración de los tutores y curadores relativamente a los bienes, exige la previa autorización judicial para proceder a transacciones y compromisos sobre derechos del pupilo que se valúen en más de mil pesos o sobre sus bienes raíces; y que, en cada caso la

transacción o el fallo del compromisario se someta a la aprobación del juez, so pena de nulidad. Y el artículo 304, modificado por el 37 del Decreto 2820 de 1974, manda aplicar algunas de las normas que rigen la administración de los guardadores a la que ejercen los padres sobre los bienes de los hijos de familia. Dice la norma:

“Art. 304.- No podrán los padres hacer donación de ninguna parte de los bienes del hijo, ni darlos en arriendo por largo tiempo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los tutores y curadores”.

Pues bien: tanto el señor Claro Solar como don Fernando Vélez, estiman que la norma del 489 no es aplicable a los padres que ejercen la patria potestad. Sin embargo, los dos hacen la salvedad en cuanto a los bienes raíces o derechos reales en ellos.

Dice el señor Claro Solar:

“Evidentemente cuando la transacción versa sobre bienes raíces del hijo o derechos reales en ellos, el padre de familia, aunque tenga el usufructo de los bienes, no podrá transigir sin autorización judicial con conocimiento de causa, porque la transacción importa en el fondo una especie de enajenación. La duda podría existir sobre las transacciones que no afecten a bienes raíces; pero no habiéndose la ley referido a las transacciones en el artículo 256, creemos que en virtud de la amplia representación que el padre tiene de la persona del hijo podría transigir sin necesidad de decreto judicial, siempre que en la transacción no esté comprometido un derecho o un bien inmueble”.

“Esta sentencia reconoce implícitamente la facultad del padre de familia para transigir a nombre y representación de su hijo los litigios existentes o los litigios eventuales en que no se halle comprometido un derecho inmueble del hijo de familia”. (“Explicaciones de derecho civil chileno y comparado”, tomo tercero, pág. 315, Editorial Jurídica de Chile, 1979).

Por su parte, don Fernando Vélez opina:

“Parece claro que de las limitaciones que tiene la administración de los guardadores, sólo comprenden a los padres las que expresamente reproduce el artículo 304, y que por lo tanto, las otras nada tienen que ver con ellos. Más claro: en los casos a que las otras se refieren pueden obrar los padres libremente. Por lo mismo podrán, por ejemplo, sin previo y posterior

decreto judicial, transigir sobre bienes del hijo, que puedan enajenar sin autorización judicial (artículos 489 y 2470), y celebrar compromisos sobre derechos del hijo (art.489)". ("Estudio sobre el derecho civil colombiano", tomo I, Pág. 325, Imprenta París-América).

Tampoco, pues, por este aspecto puede desconocerse la transacción.

VIII) Efectos de la transacción.

De conformidad con el artículo 2483 del C.C., la transacción tiene efecto de cosa juzgada en última instancia. Dice la norma:

"Art. 2483.- La transacción produce el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos procedentes".

Estamos, en consecuencia, ante una sentencia ejecutoriada que definió las relaciones patrimoniales entre la Fundación Santafé y el menor Escobar Tejada. ¿Qué consecuencia trae este hecho para la decisión de este asunto?

Como esta Corte declaró inexecutable la norma que permitía que la acción de tutela desconociera las sentencias firmes, es claro que en este caso no podría desconocerse la transacción que la norma citada equipara en sus efectos a la sentencia firme.

Hay más: si se hiciera a un lado la transacción se estaría en últimas desconociendo la cosa juzgada constitucional, algo que nadie puede hacer.

Finalmente, hay un hecho que debe tenerse en cuenta: la transacción, es decir, la sentencia firme, se produjo el 28 de enero de 1985, más de seis (6) años antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991. ¿Cómo desconocerla mediante la aplicación de ésta?

Cabe preguntarse: si en lugar de presentarse, como en este caso, una transacción válidamente celebrada, se presentara una sentencia ejecutoriada, y cumplida, que hubiera condenado a la Fundación Santafé al pago de una suma de dinero por todos los perjuicios materiales y morales causados, ¿también la desconocería la Corte Constitucional aduciendo argumentos semejantes a los esgrimidos contra la transacción que tiene su mismo valor?

En el fondo, lo que realmente se está haciendo, sin decirlo, es inaplicar el artículo 2483 del C.C.

IX) Alcances de la tutela.

El actor, en principio, acudió a la tutela como mecanismo transitorio. Finalmente, las sentencias de primera y segunda instancia y la de esta Corte en revisión, la concedieron en forma definitiva. La Corte Suprema de Justicia, sin embargo, consignó en la parte motiva lo siguiente:

“... hay lugar a dispensarle la protección deprecada; sin perjuicio eso si, de que por los medios judiciales apropiados, pueda entrar a discutirse y definirse por quien tenga interés en ello, el grado de responsabilidad que por tal hecho pueda haber, y desde luego, quién deberá asumir definitivamente las erogaciones y demás prestaciones de tipo patrimonial.”

Lo que la sentencia de segunda instancia dice, es, ni más ni menos, esto:

a. La transacción se desconoce en forma absoluta, pues puede entrar a discutirse y definirse “ por los medios judiciales apropiados” , “ el grado de responsabilidad que por tal hecho pueda haber” y “quien deberá asumir definitivamente las erogaciones y demás prestaciones de tipo patrimonial” ¿Cuáles son estas prestaciones de tipo patrimonial ? No lo dice la sentencia, pero como abre la puerta para que se debata lo relativo a la responsabilidad, debe entenderse que se trata de los perjuicios materiales y morales.

b. Pero, lo más grave es que la sentencia que se comenta crea la posibilidad de que el fallo de la tutela sea revisado “por los medios judiciales apropiados” para definir “quién deberá asumir definitivamente las erogaciones y demás prestaciones de tipo patrimonial”, entre las cuales se cuentan, ¿ cómo negarlo?, las que demandan la atención médica y hospitalaria del menor. Se dice, en síntesis, que la sentencia que puso fin a la acción de tutela, es revisable, ¿ en un proceso ordinario?. Lo que se propone no es asunto baladí: pues si la Corte Constitucional declaró inexecutable la norma que permitía la acción de tutela contra sentencias firmes de los jueces, ahora se pretende que lo viable es lo contrario: LOS JUECES, POR LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS, REVISANDO LOS FALLOS DE TUTELA.

Es difícil imaginar una tesis que pudiera causar mayor confusión y caos que ésta. Sin que

sobre advertir que no existe base legal, ni constitucional, que le sirva de sustento.

X) La vigencia de la Ley.

Ya dijimos cómo lo que acaeció realmente en este caso, fue la inaplicación del artículo 2483 del C.C. y normas concordantes. Esto plantea un tema de reflexión: ¿la acción de tutela coloca en entredicho toda la legislación vigente? ¿invocada una norma constitucional, puede el juez de tutela aplicarla, desconociendo o ignorando normas vigentes? ¿en el campo de la acción de tutela, no rigen las leyes?.

Hay, por desgracia, dos tendencias paralelas: la primera lleva a erigir la acción de tutela en panacea universal, aplicable a todos los problemas, con olvido de los remedios previstos por las leyes sustantivas o procesales; la segunda conduce a hacer a un lado toda la legislación vigente, sin siquiera mencionarla, para aplicar sólo la Constitución, en forma directa.

Por estos caminos, llegaremos, por nuestros pasos contados, a derogar, en la práctica, todas las leyes, pese a ser conformes con la Constitución.

En torno a este asunto ha escrito el profesor Luis Carlos Sáchica:

“1a.) El espejismo del derecho humanitario. Planteemos este ejemplo: una persona afiliada al seguro social oficial o mixto que tenemos, está afectada de grave anomalía que requiere operación quirúrgica inmediata, sin la cual morirá. El organismo que atiende la seguridad social le niega el servicio porque aún no ha pagado el número mínimo de aportes que de acuerdo con la ley le da ese derecho. Interpone acción de tutela contra esa institución; se la niega el juez, en aplicación de la ley; apela; se confirma la decisión negativa por el juez jerárquico del juez a quo.

“Es el camino ordinario de la legalidad. La Corte Constitucional, dentro de su competencia para revisar en forma selectiva los fallos de tutela, por intermedio de una de sus salas de revisión asume este caso, y encuentra que negar este servicio de salud atenta contra un derecho primordial -el derecho a la vida, establecido como fundamental y de exigibilidad inmediata por la Constitución, artículos 11 y 15- y ordena que se preste, a más tardar dentro del mes siguiente, el servicio quirúrgico negado.

“¿Triunfó la justicia? Se obtuvo que saliera victorioso el principio de la supremacía de la

constitución sobre la ley. Sí. Pero ¿la ley sobre cotizaciones de seguro social era inconstitucional?

“Esta es la cuestión previa que había que dilucidar. ¿Se puede definir esto en la revisión de una acción de tutela? o, ¿sólo es posible por la vía de la acción pública y con alcance general y erga omnes?

“Yo creo lo segundo. Entonces, el escollo está en la demagogia constitucional, en el populismo judicial. ¿Sobran las leyes? ¿basta con una sola ley: la Constitución? ¿La ley ordinaria se presume inconstitucional?

“Lo demás, es hechar por el desfiladero mortal de un constitucionalismo que yo llamo vicioso, porque es un exceso, un desbordamiento, que autoriza las interpretaciones subjetivas del juez, so pretexto de hacer prevalecer el derecho objetivo, o, peor, la idea de justicia propia del juez. Y, ¿de la seguridad jurídica, qué? ¿no existe? ¿acaso no es el supuesto del desarrollo económico espontáneo?” (La Corte Constitucional y su Jurisdicción. Editorial Temis. Pág. 66 y 67).

Lo que está ocurriendo, para expresarlo gráficamente, es esto: de la pirámide de las normas jurídicas, ha desaparecido o tiende a desaparecer, todo el segmento comprendido entre la norma constitucional y el problema de hecho. La Constitución se convierte así en algo semejante a los diez mandamientos. Y pierden su finalidad y su eficacia todas las normas de inferior jerarquía, cuya función es desarrollar la Constitución.

La tutela, en conclusión, amenaza en convertirse en un leviatán que devorará todo el orden jurídico, dejando sólo unos cuantos artículos de la Constitución, interpretables de mil maneras.

Oportunidad habrá de volver sobre esta situación, cuya complejidad va más allá de lo que puede suponer un observador desprevenido.

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado