

Sentencia T-644/08

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Cirugía correctiva de implantación de barra de nuss para toracoscopia

PRUEBA TELEFONICA EN LA FUNCION DE REVISION DE SENTENCIAS DE TUTELA-Pertinente para lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, especialmente cuando se trata de personas vulnerables y/o sujetos de especial protección constitucional

PRUEBA TELEFONICA EN LA FUNCION DE REVISION DE SENTENCIAS DE TUTELA-Encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Configuración

Se trata de una norma que se funda en el entendido de que tal actitud constituye un uso abusivo del derecho y lesiona gravemente la prestación del servicio de la administración de justicia, el derecho fundamental de otros ciudadanos para acceder a ésta, y el principio de lealtad procesal frente a la contraparte, que puede verse afectada por las decisiones de los jueces constitucionales, por lo que se califica como “tutela temeraria”, o desde el punto de vista del actor, como ejercicio temerario de la acción.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Concepto

Es aquella que desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Elementos para su configuración

Cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela, y se configura cuando, de forma concurrente, se presentan los siguientes elementos: identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad fáctica; (iv) ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción.

ACTUACION TEMERARIA EN TUTELA-Actitud de mala fe, o de tipo doloso

Sin embargo, en la medida en que el ejercicio de la acción de tutela es un derecho fundamental, las limitaciones que se impongan al mismo con el objeto de proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, deben estar guiadas por la comprobación de que el peticionario ha desplegado una actitud de mala fe, o de tipo doloso en la interposición de las acciones de tutela

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Supuestos fácticos en los cuales la acción de tutela no puede considerarse temeraria a pesar de la interposición de dos acciones de tutela que presenten la triple identidad

La Corte expuso algunos supuestos fácticos en los cuales, a pesar de la interposición de dos acciones de tutela que presenten la “triple identidad” señalada y aún en caso de que no exista una justificación razonable para tal actuación no puede considerarse temeraria. Sin ánimo de exhaustividad, pues la determinación de la conducta temeraria debe hallarse circunscrita al caso concreto, contempló la Corte los siguientes eventos: “... (C)uando a pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de “improcedencia” de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera “temeraria” y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante.”

TEMERIDAD-No se presenta cuando la acción de tutela tiene un objeto de protección material diverso al que motivó la acción inicial

El hecho de que la demandante presente nuevamente acción de tutela en busca de una protección constitucional diferente a la anterior, no constituye una actuación temeraria que haga necesaria una eventual sanción por parte del juez de tutela.

ACCION DE TUTELA-Duplicidad de acciones es contraria al diseño institucional de tutela lo que lleva a su improcedencia

La presentación de dos tutelas por los mismos hechos, sin una justificación razonable es una actuación temeraria que lleva a la improcedencia de la acción y, en ciertos eventos, a la

imposición de sanciones. Sin embargo, para que una acción se considere temeraria es preciso que el peticionario actúe de mala fe. Es posible concebir distintas razones por las cuales una persona puede interponer dos acciones de tutela sin que su actuación sea guiada por la mala fe. Pero aún frente a acciones en las que no se constituye temeridad y la persona demuestra que actuó de buena fe, la interposición de acciones repetidas resulta contraria a la configuración constitucional y legal de la tutela lo que lleva a su improcedencia. Estas son las razones por las cuales la duplicidad de acciones es contraria al diseño institucional de tutela lo que lleva a su improcedencia

ACCION DE TUTELA-Importancia de la imposición del juramento, uno de los pocos requisitos formales en el ejercicio de la acción de tutela, como garantía para evitar la duplicidad de acciones reiterativas

Toda ello explica la importancia de la imposición del juramento, uno de los pocos requisitos formales en el ejercicio de la acción de tutela, como garantía para evitar la duplicidad de acciones reiterativas. En tal sentido, la Corte ha expresado: “Al prestar juramento a través de la demanda, la actora da a entender que no ha interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos planteados en la que ahora se revisa, y en efecto, en el acápite de pretensiones no solicita expresamente la terminación del proceso sino la suspensión de la diligencia de entrega mientras se tramita el proceso ordinario de revisión de las reliquidaciones crediticias...”

REVISION FALLO DE TUTELA-Objeto

La Corte Constitucional revisa los fallos de tutela para garantizar la vigencia de la doctrina constitucional, el principio de igualdad de trato, y la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales por parte de los jueces de la república. Y, por el contrario, cuando la Corte no escoge un fallo para su revisión, es porque éste se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal.

REVISION FALLO DE TUTELA-Imposibilidad de reabrir el estudio de casos que ya fueron descartados del proceso de Selección realizado por la Corte Constitucional

A manera de síntesis, cabe recordar lo expresado por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en relación con la imposibilidad de reabrir el estudio de casos que ya fueron

descartados del proceso de Selección realizado por este Tribunal: “Frente a esta pretensión, entonces, esta Sala de Revisión considera que operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (inciso primero de artículo 243 de la Constitución) por no haber sido revocado en segunda instancia, ni haber sido seleccionado el expediente por esta Corporación durante el trámite de selección que se surtió en su debido momento. Resulta contrario a la seguridad jurídica reabrir el debate concluido, puesto que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en reiterar que “(...) en caso de que un asunto no sea seleccionado, se surte el fenómeno de la cosa juzgada constitucional -“inmutable y definitiva”- quedando ejecutoriada formal y materialmente la sentencia. Frente a esta situación, en materia de tutela, la Corte adquiere la naturaleza de “órgano de cierre”.”

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-No se configura cuando hay una diferenciación fáctica entre las dos peticiones

DERECHO A LA SALUD-Distribución de competencias entre las ARS y las entidades territoriales para garantizar la cobertura en salud del Régimen Subsidiado de Seguridad Social

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Fundamental autónomo

El derecho a la salud de los menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano es un derecho fundamental autónomo, que goza de prevalencia frente a otros derechos y principios constitucionales por expreso mandato constitucional. En efecto, así lo determinan el artículo 44 de la Carta y diversas disposiciones de instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos ratificados por Colombia que, en su conjunto, vinculan a la familia, la sociedad y el Estado con la protección especial de los menores, su desarrollo integral y la eficacia de sus derechos, entre los que se destaca el derecho a gozar del nivel más alto posible de salud. La Corte Constitucional ha explicado que la fundamentalidad del derecho a la salud de los menores surge, por una parte, del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los menores mientras alcanzan un grado de madurez que les permita tener un conocimiento adecuado sobre sus derechos, y sus vías de protección, consagradas en la Constitución y la Ley; y, por otra parte, de la intención positiva del constituyente de salvaguardar su protección de las eventualidades de la discusión democrática: en la medida

en que los menores no tienen participación efectiva en el foro democrático, tampoco pueden supeditarse sus derechos a las decisiones de mayorías contingentes. Dentro del marco constitucional expuesto, la Corte ha señalado que cuando se afecte el núcleo esencial del derecho fundamental a la salud de un menor, es decir, sus necesidades sanitarias básicas, y las autoridades no demuestren la imposibilidad fáctica de solucionar el problema, o la capacidad del núcleo familiar para afrontar la amenaza, el juez de tutela se encuentra facultado para intervenir y garantizar la efectividad del derecho, siendo la acción de tutela procedente para tal efecto. La labor del juez, en tales eventos, se extiende a la determinación de cuál de los obligados (familia, sociedad o estado) debe asumir, en cada caso, la garantía de los servicios de salud al menor afectado.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Inaplicación de la reglamentación relativa a exclusiones del POS y POSS

Es jurisprudencia reiterada de esta Corte, el que siempre que se requiera una prestación en salud excluida del POS, para que ésta pueda ser ordenada por vía de tutela, la Corte ha establecido que es posible inaplicar la reglamentación relativa a exclusiones del POS y POSS cuando “ (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere (en los casos de los menores no se exige conexidad. Sólo la comprobación de la vulneración al derecho a la salud); (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”.

Referencia: expediente T-1.837.450

Acción de tutela de Lastenia Romero Peña, en representación de su nieto John Fredy Suárez León en contra de Humana vivir ARS, y la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., primero (1º) de julio de dos mil ocho (2008)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo proferido sobre el asunto de la referencia por el Juzgado Sesenta y uno (61) Civil Municipal de Bogotá el catorce (14) de enero de dos mil ocho (2008), en primera instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. Lastenia Romero Peña, actuando en representación de su nieto menor de edad, John Fredy Suárez León, interpuso acción de tutela en contra de Humana Vivir ARS, por considerar que la entidad mencionada vulneró el derecho fundamental a la salud del menor. La demandante basa su petición en los siguientes fundamentos fácticos:

1. John Freddy Suárez León se encuentra afiliado al régimen subsidiado de seguridad social en salud, en el “nivel 2” de atención, a través de la EPS del régimen subsidiado Humana Vivir.

1.2 El menor nació con un defecto en el esternón denominado “Pectum Excavatum”. Su médico tratante, el cirujano Nicolás Mora le ordenó una cirugía correctiva consistente en la implantación de una “barra de nuss para toracosopia”. El doctor señaló, así mismo, que la operación debe realizarse en la Clínica Colsubsidio¹, pues tal institución cuenta con el equipo humano de mayor experiencia y la mejor infraestructura para la intervención referida.

1.3 La EPS del régimen subsidiado (EPS-S) negó el servicio requerido, por considerar que no hace parte del plan de beneficios del POS-S, y le indicó a la peticionaria que debía acudir a la Secretaría Distrital de Salud (de Bogotá), para garantizar la protección de los derechos del menor debido a que la intervención mencionada se ubica por su complejidad en el segundo nivel de atención.

2. La señora Lastenia Romero Peña interpuso dos acciones de tutela consecutivas, en sendos despachos judiciales. La primera, correspondió por reparto al Juzgado Sexto (6º) Penal Municipal de Bogotá², en tanto que la segunda, objeto de Revisión por esta Sala, fue admitida por el Juzgado Sesenta y uno (61) Civil Municipal de Bogotá el once (11) de diciembre de dos mil siete (2007). Este último decidió vincular al proceso a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá en el auto de admisión de la demanda.

3. Intervención de las entidades vinculadas al proceso.

3.1 Intervención de Humana Vivir ARS.

La entidad demandada señaló que corresponde a la Secretaría Distrital de Salud garantizar la prestación requerida por el peticionario por tratarse de una intervención excluida del POS-S, y estar ubicada en el segundo nivel de atención debido a su complejidad. En consecuencia, solicitó al juez de primera instancia: (i) denegar la solicitud de amparo por improcedente; (ii) ordenar a alguna institución pública o privada que tenga contrato con el Estado entregar los medicamentos (sic) requeridos por la accionante; y, (iii) en caso de que la decisión implique la autorización de cualquier servicio por parte de la EPS-S, establecer expresamente en el fallo la procedencia del recobro ante el Fosyga.

3.2 Intervención de la Secretaría de Salud de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

La Secretaría Distrital de Salud solicita que la demanda sea denegada, puesto que la accionante ya había instaurado otra tutela por los mismos hechos, la cual fue declarada improcedente. Explica que si la peticionaria no estaba de acuerdo con el sentido del fallo debió impugnarlo, en lugar de interponer una nueva tutela.

Por último pide que la responsabilidad se atribuya exclusivamente a Humana Vivir, pues los fallos que establecen responsabilidades compartidas entre las ARS y las entidades

territoriales llevan a que se presenten obstáculos en la prestación del servicio, en razón a los conflictos que suscitan entre las diversas entidades.

4. Otras intervenciones.

4.1 De la Superintendencia Nacional de Salud.

Por solicitud del Juzgado Sesenta y uno (61) Civil Municipal de Bogotá, la Superintendencia Nacional de Salud intervino en el presente proceso, señalando que el Acuerdo 306 de 2005, que define los contenidos del POS-S, tiene una cobertura limitada a necesidades susceptibles de ser satisfechas en el primer nivel de atención por el médico general. Expone que la cobertura en el segundo y tercer nivel de complejidad, corre por cuenta de las entidades territoriales.

Frente al caso concreto, considera que la cirugía requerida por el peticionario no está dentro de los procedimientos del POS-S y, por lo tanto, debe ser asumida por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá.

4.2 Intervención del Hospital de Kennedy.

El Hospital de Kennedy, mediante escrito enviado al Juzgado Sesenta y uno (61) Civil Municipal de Bogotá, expuso las siguientes consideraciones sobre el caso objeto de estudio: (i) los hechos de la demanda son ciertos; (ii) el Hospital no ha negado atención al menor en ningún momento, pero aclara que para servicios incluidos en el POS, el menor debe cancelar una cuota de recuperación del 10%, y para servicios excluidos del POS-S, deberá presentar autorización de la ARS Humana Vivir. Por último, (iii) solicita al juez de tutela tomar en cuenta al momento de decidir que la cirugía que requiere el menor debe realizarse en la Clínica Colsubsidio, según el concepto del médico tratante.

5. Prueba telefónica practicada por la Sala Tercera de Revisión.

La Corte Constitucional en el ejercicio de su función de Revisión de fallos de tutela ha

considerado, en diversas oportunidades⁴, que frente a la urgencia de lograr una protección efectiva de los derechos fundamentales, y especialmente cuando se trata de personas vulnerables y/o sujetos de especial protección constitucional resulta pertinente, e incluso necesario, requerir información por vía telefónica a los peticionarios o sus familiares sobre algunos aspectos fácticos puntuales que requieran mayor claridad dentro del trámite de la acción.

Esta decisión encuentra pleno sustento en los principios de celeridad, eficacia, oficiosidad e informalidad que guían la actuación del juez de tutela. En este caso, frente a una eventual vulneración al derecho fundamental a la salud de un menor de edad, ocasionada por una enfermedad que su médico tratante califica como de especial severidad, la Corte procedió a comunicarse con su agente oficiosa (su abuela), para esclarecer algunos puntos de la petición. A continuación se presentan, de forma sucinta, las preguntas efectuadas a la accionante con sus respectivas respuestas:

1. ¿Se le ha practicado algún procedimiento quirúrgico u ortopédico correctivo al menor John Fredy Suárez con el fin de tratar la enfermedad que padece, y que motivo la presente acción de tutela?

Responde: no. Eso fue negado por un error mío y nuestros ingresos son muy bajos para asumir cualquier tratamiento.

1. ¿Cuál fue la razón que la llevó a interponer dos acciones de tutela para buscar la protección de los derechos del menor?

Responde: las presenté por ignorancia. Lo que pasó fue que en el Hospital de Kennedy me dijeron que estaba muy mal redactada (se refiere a la primera acción que presentó) e incluso me colaboraron con la redacción de la segunda⁵. Yo tampoco sabía que tocaba imputar (impugnar) la primera sentencia ni tenía dinero para conseguir asesoría profesional.

1. ¿La ARS Humana Vivir le ha ofrecido la posibilidad de llevar a cabo la operación en el Hospital de Kennedy?

Al comienzo lo hicieron, pero ahora que perdí la tutela dicen que no autorizan nada sin orden del juez.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de siete (7) de marzo de dos mil ocho (2008), expedido por la Sala de Selección número Tres de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

A partir de los antecedentes planteados, resulta claro que antes de entrar al análisis de fondo, relativo a una eventual vulneración al derecho fundamental a la Salud del menor John Fredy Suárez, esta Sala deberá establecer, como cuestión previa, si la acción constitucional interpuesta en esta ocasión es procedente o si debe denegarse su estudio de fondo por tratarse de una acción temerario o por existir cosa juzgada constitucional, teniendo en cuenta que ya se había presentado una acción de tutela presuntamente con base en los mismos hechos, partes y objeto.

En caso de decidir afirmativamente sobre la procedencia de la acción, la Sala deberá determinar si se presentó una vulneración al derecho fundamental a la Salud de John Fredy Suárez por parte de las entidades vinculadas al proceso, al haberle negado la prestación requerida para el tratamiento de la enfermedad pectum excavatum.

Cuestión previa: examen sobre la configuración de temeridad, o cosa juzgada en el presente caso.

1. El artículo 38 del decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta el ejercicio de la acción de tutela establece que “Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

La disposición citada prohíbe a los ciudadanos la presentación de dos o más acciones dirigidas a la protección de los derechos fundamentales basadas en la misma situación fáctica. Se trata de una norma que se funda en el entendido de que tal actitud constituye un uso abusivo del derecho y lesiona gravemente la prestación del servicio de la administración de justicia, el derecho fundamental de otros ciudadanos para acceder a ésta, y el principio de lealtad procesal frente a la contraparte, que puede verse afectada por las decisiones de los jueces constitucionales, por lo que se califica como “tutela temeraria”, o desde el punto de vista del actor, como ejercicio temerario de la acción.

Para la Corte una actuación temeraria es “aquella que desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela”⁶, y se configura cuando, de forma concurrente, se presentan los siguientes elementos: “identidad en el accionante; (ii) identidad en el accionado; (iii) identidad fáctica⁷; (iv) ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción⁸”⁹.

Sin embargo, en la medida en que el ejercicio de la acción de tutela es un derecho fundamental, las limitaciones que se impongan al mismo con el objeto de proteger el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, deben estar guiadas por la comprobación de que el peticionario ha desplegado una actitud de mala fe, o de tipo doloso en la interposición de las acciones de tutela. En un reciente fallo, la Corte se refirió al supuesto de la mala fe de la siguiente manera:

“(…) para que sea válida la imposición de una sanción por violar la prohibición prevista en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, es indispensable dentro del mismo proceso tutelar, agotar un incidente que permita comprobar la mala fe o la conducta maliciosa del accionante contraria a la moralidad procesal. Procedimiento que en la presente actuación se ha omitido, lo que impone la necesidad de revocar la sanción impuesta, pues es posible que el ejercicio

sucesivo de las acciones de tutela, obedezca al temor invencible de la actora de perder definitivamente su vivienda. Finalidad que lejos de implicar un móvil contrario a derecho, supone la existencia de un estado de necesidad que muy posiblemente afectó el discernimiento y la voluntad de la señora Cruz Ariza.”¹⁰

De similar manera, en la sentencia T-089 de 2007¹¹, la Corte expresó algunos de los aspectos que debe tener en cuenta el juez de tutela para determinar la ocurrencia de una actuación dolosa, en los casos en que se presentan dos acciones de tutela en apariencia temerarias:

“Ahora bien, la jurisprudencia constitucional¹² ha considerado que la actuación temeraria ... le otorga al juez ... la facultad de rechazar o decidir desfavorablemente la solicitud, siempre que la presentación de más de una acción de amparo constitucional entre las mismas partes, por los mismos hechos y con el mismo objeto (i) envuelva una actuación amañada, reservando para cada acción aquellos argumentos o pruebas que convaliden sus pretensiones¹³; (ii) denote el propósito desleal de “obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable”¹⁴; (iii) deje al descubierto el “abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”¹⁵; o finalmente (iv) se pretenda en forma inescrupulosa asaltar la “buena fe de los administradores de justicia”¹⁶.”¹⁷

3. Sin embargo, en el fallo referido en el párrafo precedente, la Corte expuso algunos supuestos fácticos en los cuales, a pesar de la interposición de dos acciones de tutela que presenten la “triple identidad” señalada y aún en caso de que no exista una justificación razonable para tal actuación no puede considerarse temeraria. Sin ánimo de exhaustividad, pues la determinación de la conducta temeraria debe hallarse circunscrita al caso concreto, contempló la Corte los siguientes eventos:

“... (C)uando a pesar de existir dicha duplicidad, el ejercicio de las acciones de tutela se funda (i) en la ignorancia del accionante; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho¹⁸; o (iii) por el sometimiento del actor a un estado de indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho. En estos casos, si bien lo procedente es la declaratoria de

“improcedencia” de las acciones de tutela indebidamente interpuestas, la actuación no se considera “temeraria” y, por lo mismo, no conduce a la imposición de sanción alguna en contra del demandante.”¹⁹

Esta Corporación ha señalado, así mismo, que no se presenta el fenómeno de temeridad cuando la acción de tutela tiene un objeto de protección material (petición) diverso al que motivó la acción inicial: “(...) el hecho de que la demandante presente nuevamente acción de tutela en busca de una protección constitucional diferente a la anterior, no constituye una actuación temeraria que haga necesaria una eventual sanción por parte del juez de tutela”²⁰.

En conclusión, la presentación de dos tutelas por los mismos hechos, sin una justificación razonable es una actuación temeraria que lleva a la improcedencia de la acción y, en ciertos eventos, a la imposición de sanciones. Sin embargo, para que una acción se considere temeraria es preciso que el peticionario actúe de mala fe. Es posible concebir distintas razones por las cuales una persona puede interponer dos acciones de tutela sin que su actuación sea guiada por la mala fe.

Pero aún frente a acciones en las que no se constituye temeridad y la persona demuestra que actuó de buena fe, la interposición de acciones repetidas resulta contraria a la configuración constitucional y legal de la tutela lo que lleva a su improcedencia. Estas son las razones por las cuales la duplicidad de acciones es contraria al diseño institucional de tutela:

En primer lugar, la previsión de dos instancias concede al peticionario la posibilidad de discutir un fallo negativo inicial o, en caso de que decida no impugnar la decisión, permite suponer que el accionante se encuentra conforme con el fallo de primera instancia. En segundo lugar, la facultad que la Constitución otorgó a la Corte Constitucional, de escoger fallos de instancia para su eventual revisión implica un momento de cierre definitivo de la acción.

En síntesis, cuando un fallo de instancia riña de forma notoria con la jurisprudencia constitucional la Corporación procederá a su estudio para garantizar la vigencia de la doctrina constitucional, el principio de igualdad de trato, y la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales por parte de los jueces de la república. Y, por el

contrario, cuando la Corte no escoge un fallo para su revisión, es porque éste se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal.

Todas ello explica la importancia de la imposición del juramento, uno de los pocos requisitos formales en el ejercicio de la acción de tutela, como garantía para evitar la duplicidad de acciones reiterativas. En tal sentido, la Corte ha expresado:

“Al prestar juramento a través de la demanda, la actora da a entender que no ha interpuesto otra acción de tutela por los mismos hechos planteados en la que ahora se revisa, y en efecto, en el acápite de pretensiones no solicita expresamente la terminación del proceso sino la suspensión de la diligencia de entrega mientras se tramita el proceso ordinario de revisión de las reliquidaciones crediticias...”

A manera de síntesis, cabe recordar lo expresado por la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, en relación con la imposibilidad de reabrir el estudio de casos que ya fueron descartados del proceso de Selección realizado por este Tribunal:

“Frente a esta pretensión, entonces, esta Sala de Revisión considera que operó el fenómeno de la cosa juzgada constitucional (inciso primero de artículo 243 de la Constitución) por no haber sido revocado en segunda instancia, ni haber sido seleccionado el expediente por esta Corporación durante el trámite de selección que se surtió en su debido momento. Resulta contrario a la seguridad jurídica reabrir el debate concluido, puesto que la jurisprudencia constitucional ha sido clara en reiterar que “(...) en caso de que un asunto no sea seleccionado, se surte el fenómeno de la cosa juzgada constitucional -“inmutable y definitiva”- quedando ejecutoriada formal y materialmente la sentencia. Frente a esta situación, en materia de tutela, la Corte adquiere la naturaleza de “órgano de cierre”.”²¹

Estudio sobre la posible temeridad de la acción bajo estudio.

En el presente caso, la petición de protección de la señora Lastenia Romero Peña fue estudiada en primera instancia, por el Juzgado Sexto (6º) Penal Municipal de Bogotá. En fallo de 14 de diciembre de 2007, el citado despacho judicial declaró la improcedencia de la solicitud de amparo, fallo que fue remitido a la Corte Constitucional y que fue excluido de

Revisión, por decisión de la Sala Segunda de Selección de la Corporación²². A partir de ese momento la sentencia citada hizo tránsito a cosa juzgada constitucional, no siendo posible para esta Sala asumir la Revisión del mismo.

La situación descrita llevaría, en principio, a descartar el estudio de fondo de la presente acción. Sin embargo, la Sala encuentra que existen diferencias entre la primera acción de tutela, no seleccionada para Revisión por la Corte, y la segunda acción de tutela, escogida por la Sala de Selección número tres. A continuación se exponen tales diferencias:

1. Diferenciación fáctica entre la primera y la segunda petición:

En los hechos que fueron puestos en conocimiento del Juzgado Sexto Penal Municipal de Bogotá en la primera acción de tutela, la peticionaria, tras explicar la condición del menor, afirmó que la ARS Humana Vivir se encontraba dispuesta a autorizar el procedimiento requerido por la peticionaria en el Hospital de Kennedy; en la segunda acción de tutela, en cambio, la accionante parte de la respuesta definitiva de la entidad accionada, en el sentido de no autorizar el servicio ni en la Clínica Colsubsidio; ni en el Hospital de Kennedy; ni en otra institución prestadora del servicio.

Apartes de la primera acción de tutela:

“A JOHN FREDY le fue ordenado una CORRECCIÓN PECTUS EXCARATUM (Sic) + VALORACIÓN ANESTÉSICA, que debe ser realizada en la CLÍNICA COLSUBSIDIO porque es allí donde existe la infraestructura, tecnología y apoyo médico que se requiere para esta compleja intervención. Desafortunadamente la Accionada lo remite al Hospital de Kennedy, donde no existe el apoyo de los especialistas que se requiere para esta intervención ni la infraestructura logística para la cirugía (Fl. 41)”²³ (Destaca la Sala).

...

“En cuanto tiene que ver con la CONDUCTA que merece las censuras (sic) que propician la interposición de esta Acción de Tutela, debemos afirmar que para el evento sub exámine, se concreta en una OMISIÓN consistente en negar la autorización para que la CLÍNICA COLSUBSIDIO le practique a mi nieto la compleja cirugía que él requiere para restablecer su salud y llevar una vida en condiciones de normalidad, todo porque no tiene contrato o porque

no está en el POS”24.

Por ello, el Juzgado Sexto Penal Municipal expuso en su relación de los antecedentes fácticos:

“LASTENIA ROMERO, suscribe demanda de tutela en la que se encuentra como accionante y en representación de su nieto Jhon Fredy Suárez León, quien en la actualidad cuenta con 15 años de edad y se lo ordenó cirugía denominada corrección de PECTUM EXCAVATUM + VALORACIÓN ANESTÉSICA, procedimiento que en su sentir debe llevarse a cabo en la (sic) instalaciones de la Clínica Colsubsidio en donde existe la infraestructura tecnológica y apoyo médico que requiere esa compleja intervención, sin embargo dieron la orden para el Hospital Kennedy, en donde no existe el apoyo de especialistas por lo que solicitan que mediante esta acción se ordene el procedimiento por la Clínica Colsubsidio (fls. 37 y 38)”. (Resalta la Sala).

Por otra parte, en la segunda acción de tutela la peticionaria señala la negativa de Humana Vivir de autorizar el tratamiento y explica, además, que su interés porque la prestación se lleve a cabo en la Clínica Colsubsidio obedece a concepto del médico tratante. Los hechos tres y cuatro precisan estos aspectos, lo que no ocurrió en la primera acción:

“El Dr. Nicolás Mora Bendeck, cirujano pediatra ordeno (sic) la corrección de Pectus Excaratum ya que definitivamente la corrección no se produjo de manera natural... informó que dicho procedimiento solo puede realizarse en la Clínica Colsubsidio, donde cuenta con todo para dicho procedimiento quirúrgico.

Después me dirigí a Humana Vivir... y ellos mediante formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos le negaron la realización del procedimiento que necesita mi nieto...” (Destaca la Sala)25.

1. Diferencia en cuanto a la solicitud de amparo:

La diferencia en cuanto al objeto del amparo se concreta en que la primera acción de tutela se dirigió exclusivamente a obtener un servicio médico en una institución específica, en oposición a la escogencia de IPS realizada por la ARS o EPS-S. Es un problema relacionado con la tensión entre la libre escogencia de los usuarios y las capacidades de contratación de

las entidades promotoras de servicios en salud.

En la segunda acción, por el contrario, la peticionaria solicita que se ordene la prestación de un servicio de salud negado a un menor de edad. Es entonces, un problema relacionado de forma inmediata con el derecho a la salud del menor. Es decir, el problema se ubica en el ámbito de la negativa de servicios por exclusión del POS-S en el régimen subsidiado.

Así, en las “Peticiones” de la primera demanda se puede leer:

“2. Ordenar a la institución accionada, para que autorice de inmediato y con total cubrimiento la realización de la CORRECCIÓN PECTUS EXCARA (SIC) + VALORACIÓN ANESTÉSICA, y toda la atención pre quirúrgica al momento mismo de la cirugía y pos operatoria que necesite mi nieto para restablecer, ordenando además que se realice en la Clínica Colsubsidio, exonerándolo del pago de las cuotas de recuperación y eventos no poss (sic)” (Destaca la Sala)

Una última referencia al fallo de primera instancia permite ver que éste se limitó a considerar el conflicto entre la libre escogencia de los afiliados y las capacidades y obligaciones de las ARS (EPS-S) en la contratación de instituciones prestadoras del servicio:

“Al respecto el despacho no comparte lo planteado por la accionante, ya que el Hospital de Kennedy, se encuentra dentro de los establecimientos asistenciales de altísimo nivel, y de otra parte no es la acción de tutela el mecanismo para influir ante la ARS HUMANA VIVIR, para que esté realizando contratos con las IPS de conformidad con el capricho de los usuarios; es por ello que este Despacho no puede ordenar contratos diferentes a los ya existentes si se tiene en cuenta que el Hospital de Kennedy, si (sic) cuenta con la infraestructura, no solo tecnológica, sino científica, por lo anterior, el Despacho declara improcedente la presente acción de tutela cuando no existe afectación o vulneración a derecho fundamental alguno...”

Considera la Sala, a partir de lo expuesto, que entre la primera acción y la segunda existen diferencias fácticas y de objeto relevantes, razón suficiente para iniciar el análisis de fondo.

Entra la Sala, entonces, a determinar si en el caso bajo estudio, se presenta una vulneración al derecho fundamental a la salud del menor de edad John Fredy Sánchez León, por parte de

la ARS Humana Vivir y la Secretaría de Salud de Bogotá, al negarse a autorizarle la cirugía correctiva que requiere para tratar el problema ortopédico que presenta desde su nacimiento, conocido científicamente como *pectus excavatum*.

Para ello, esta Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que toca a (i) el carácter fundamental del derecho a la salud de los menores; (ii) la distribución de competencias entre las ARS y las entidades territoriales para garantizar la cobertura en salud del Régimen Subsidiado de Seguridad Social. Finalmente, (iv) estudiará el caso concreto.

El derecho a la salud de los menores de edad tiene el carácter de fundamental autónomo. Reiteración de jurisprudencia.

1. El derecho a la salud de los menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano es un derecho fundamental autónomo, que goza de prevalencia frente a otros derechos y principios constitucionales por expreso mandato constitucional. En efecto, así lo determinan el artículo 44 de la Carta²⁶ y diversas disposiciones de instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos ratificados por Colombia²⁷ que, en su conjunto, vinculan a la familia, la sociedad y el Estado con la protección especial de los menores, su desarrollo integral y la eficacia de sus derechos, entre los que se destaca el derecho a gozar del nivel más alto posible de salud²⁸.

La Corte Constitucional ha explicado²⁹ que la fundamentalidad del derecho a la salud de los menores surge, por una parte, del estado de vulnerabilidad en el que se encuentran los menores mientras alcanzan un grado de madurez que les permita tener un conocimiento adecuado sobre sus derechos, y sus vías de protección, consagradas en la Constitución y la Ley; y, por otra parte, de la intención positiva del constituyente de salvaguardar su protección de las eventualidades de la discusión democrática: en la medida en que los menores no tienen participación efectiva en el foro democrático, tampoco pueden supeditarse sus derechos a las decisiones de mayorías contingentes³⁰.

Dentro del marco constitucional expuesto, la Corte ha señalado³¹ que cuando se afecte el núcleo esencial del derecho fundamental a la salud de un menor, es decir, sus necesidades sanitarias básicas³², y las autoridades no demuestren la imposibilidad fáctica de solucionar el problema, o la capacidad del núcleo familiar para afrontar la amenaza, el juez de tutela se encuentra facultado para intervenir y garantizar la efectividad del derecho, siendo la acción

de tutela procedente para tal efecto. La labor del juez, en tales eventos, se extiende a la determinación de cuál de los obligados (familia, sociedad o estado)³³ debe asumir, en cada caso, la garantía de los servicios de salud al menor afectado.

2. A pesar de lo expuesto, es jurisprudencia reiterada de esta Corte, el que siempre que se requiera una prestación en salud excluida del POS, para que ésta pueda ser ordenada por vía de tutela, la Corte ha establecido que es posible inaplicar la reglamentación relativa a exclusiones del POS y POSS cuando “ (i) la falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere (en los casos de los menores no se exige conexidad. Sólo la comprobación de la vulneración al derecho a la salud); (ii) ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; (iii) el interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando el tratamiento”.³⁴

Distribución de las responsabilidades entre los entes territoriales y las EPS del régimen subsidiado para la prestación del servicio, y el goce efectivo del derecho a la salud de la población más vulnerable. Reiteración de jurisprudencia.

1. La prestación del servicio de salud, y la garantía del derecho constitucional a la salud requieren, de acuerdo con el artículo 48 de la Carta, una adecuada organización estatal que debe ser diseñada por parte de los órganos legislativo y ejecutivo del poder público, cada cual en el marco de sus competencias.

En el diseño del sistema de seguridad social en salud establecido por el legislador, se previó la cobertura de toda la población mediante diversos supuestos: en primer lugar, se estableció un régimen contributivo, que funciona a partir de los aportes de todas las personas en ejercicio productivo, del sector real de la economía, y del presupuesto nacional³⁵. En este régimen, se dan diferentes niveles de contribución entre los aportantes de acuerdo con la capacidad de ingresos, de forma que el principio de solidaridad tiene gran relevancia, puesto que quienes más aportan contribuyen en el financiamiento de las prestaciones requeridas por quienes no gozan de las mismas condiciones de ingresos³⁶.

4. Por otra parte, consciente de la imposibilidad de lograr el pleno empleo en el corto plazo en un escenario de recursos limitados como el que caracteriza a Colombia y, a partir del principio de universalidad en la cobertura poblacional del sistema de seguridad social en salud, el legislador previó la existencia de un régimen subsidiado, en el cual el Estado, tanto a nivel nacional, como a través de las entidades territoriales subsidia la prestación del servicio de salud³⁷.

Tales aportes se encuentran destinados a la garantía de las prestaciones en salud de población especialmente vulnerable y la prestación del servicio se lleva a cabo a través de las empresas promotoras de salud del régimen subsidiado (EPS-S, antes ARS). El Estado, por otra parte y principalmente a través de las entidades territoriales, se hace cargo de las prestaciones excluidas del POS-S que requiera la población carente de recursos económicos.

Por último, en razón a que la inscripción de beneficiarios en el régimen subsidiado constituye un proceso en constante desarrollo, siempre habrá población vulnerable que no se encuentre afiliada en ninguno de los dos sistemas. El legislador consideró que tales personas tienen la calidad de vinculados al sistema y que corresponde al Estado, de forma directa, a través de las entidades públicas y privadas con las que tenga contratos para la prestación del servicio, lograr la efectividad del derecho a la salud.

5. En relación con el concepto de solidaridad³⁸, en el régimen contributivo, el cubrimiento de prestaciones excluidas del POS corresponde al afectado, siempre que éste cuente con capacidad de pago. De no ser así, el principio de solidaridad deriva la obligación en sus familiares, y sólo en caso de que el grupo familiar no cuente con la posibilidad de garantizar la efectividad del derecho, el Estado resulta obligado a cubrir las prestaciones en salud requeridas.

En el régimen subsidiado, la situación presenta matices diferentes, pues la pertenencia al régimen de una persona hace presumir su incapacidad de pago, de forma que no puede darse la solidaridad de la misma forma en que se concibe en el régimen contributivo (de

hecho, debe presentarse solidaridad desde el régimen contributivo hacia el subsidiado). Por ello, frente a una afectación al derecho a la salud de grupos especialmente amparados por la Carta, o que, de acuerdo con el criterio de conexidad, implique una amenaza o vulneración a los derechos fundamentales de los afiliados, es el Estado, quien debe asumir directamente la realización del derecho constitucional a la salud.

Cuando se hace necesaria esta intervención estatal para brindar prestaciones excluidas de los planes obligatorios, las entidades territoriales adquieren un papel protagónico pues, de acuerdo con el principio de descentralización, éstas asumen la reglamentación y coordinación para la prestación del servicio en el nivel territorial³⁹. Por ello, son las secretarías municipales y los organismos de salud adscritos a los departamentos, las entidades que deben garantizar el servicio público, a través de las instituciones oficiales, o privadas, con las que el Estado tenga contratos para este efecto.

6. En conclusión, en lo que toca al régimen subsidiado de seguridad social en salud, los servicios cubiertos por el POS-S deben ser asumidos por las EPS-S; por otra parte, en los casos en que los afiliados requieran medicamentos, tratamientos o procedimientos excluidos del POS-S, las secretarías o instituciones de salud de las entidades territoriales deben asumir la protección de las personas afectadas, dependiendo del nivel de complejidad del servicio requerido y a través de las instituciones prestadoras de servicios de salud que tengan contrato con el Estado.

No obstante el esquema esbozado, la Corte ha establecido que cuando se requiera la atención inmediata de personas que gozan de una protección constitucional reforzada, puede protegerse de forma más eficaz el derecho si las administradoras del régimen subsidiado asumen directamente la prestación, en virtud del principio de continuidad que orienta la prestación del servicio de salud.

En estos eventos, la ARS afectada podrá solicitar el reembolso de los gastos en que incurra al Fondo de Solidaridad y Garantía para mantener el equilibrio económico del sistema⁴⁰.

Con base en el marco jurisprudencial presentado hasta este momento, la Sala procede a realizar el análisis del caso concreto.

Del caso concreto.

En el análisis del caso concreto, esta Sala de Revisión estudiará (i) el cumplimiento de los requisitos para inaplicar la reglamentación del POSS, en relación con las exclusiones en prestaciones de salud (Supra, Fundamentos, numeral 2). Posteriormente, (ii) determinará cuál es el alcance constitucionalmente adecuado de las órdenes de protección.

2. Que el tratamiento no pueda ser reemplazado por otro: corresponde a las EPS, ARS o EPS-S determinar, frente a una determinada enfermedad, si existe algún otro tratamiento que pueda reemplazar una prestación determinada, con base en criterios científicamente justificados. En el presente caso, la EPS-S no presenta ni menciona ninguna solución alternativa a la corrección quirúrgica. Por el contrario, la orden del Doctor Nicolás Mora varias veces mencionada, es clara en el sentido de que lo necesario para el tratamiento del menor es la cirugía y el implante de la Barra de Gauss. Nada de ello fue desvirtuado o discutido por Humana Vivir.

1. Frente a la capacidad económica del peticionario, la Corte ha establecido que, frente a las personas que se encuentran inscritas en el Sisbén, opera una presunción de incapacidad económica que deberá ser desvirtuada por la empresa accionada. En el presente caso, la peticionaria además mencionó que el menor depende de ella quien no tiene fuentes de ingresos, y no hay ningún tipo de controversia planteada por la accionada sobre el particular.

1. En relación con el requisito de que el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la ARS demandada, basta con señalar que dicha orden obra en el expediente a Folio 31 y que la entidad accionada, única interesada y posibilitada para controvertir el hecho, no ha discutido en ninguna etapa del proceso la vinculación del profesional que emitió a la orden, a la entidad.

En conclusión, la Corte considera que el amparo es procedente.

Por último, en relación con el alcance de las órdenes de protección, la Sala encuentra procedente ordenar a la ARS Humana Vivir, con base en el concepto del médico tratante y la comprobada incapacidad económica de la peticionaria, que autorice la realización de la intervención quirúrgica requerida por la accionante, de acuerdo con el concepto del médico tratante y en la institución considerada por el profesional como la única apta para la intervención (Clínica Colsubsidio), así como todo aquello necesario para la preparación de la cirugía, y el cuidado post operatorio del menor.

La decisión de ordenar la autorización del servicio a la ARS y no a la Secretaría de Salud encuentra sustento en el interés por buscar que la continuidad en la prestación del servicio no se vea lesionada, en el caso de un menor de edad perteneciente a la población económicamente vulnerable.

En la medida en que la administradora del régimen subsidiado accionada en el presente proceso deberá suministrar un servicio por fuera de su órbita normal de sus obligaciones, la Sala autorizará a la entidad a solicitar el reembolso al Fosyga por los gastos en que incurra en el cumplimiento del presente fallo.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Sesenta y uno Civil Municipal de Bogotá el catorce (14) de enero de dos mil ocho (2008), en primera instancia y, en su lugar, CONCEDER la protección al derecho a la salud del menor John Fredy Suárez León.

Segundo. - ORDENAR Humana Vivir ARS que, en el término de setenta y dos (72) horas contadas a partir de la notificación del presente fallo adelante todos los trámites necesarios, autorice y cubra la cirugía prescrita por el médico Nicolás Mora Bendeck para la corrección de la enfermedad pectum excavatum que padece John Fredy Suárez León. La cirugía será

realizada en la Clínica Colsubsidio, y el fallo comprende los preparativos para la cirugía, el cuidado post operatorio, y todos los medicamentos requeridos por el menor, durante las etapas mencionadas.

Tercero. - SEÑALAR que a Humana Vivir ARS le asiste el derecho de repetir lo que pague en cumplimiento de este fallo ante la Subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Fosyga).

Cuarto.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El concepto médico señala: “El paciente John Fredy Suárez presenta una deformidad del esternón severa conocida como Pectus Excavatum que requiere corrección mediante una colocación de una barra de Nuss por toracoscopia.

Dada la severidad del caso se discutió en junta quirúrgica con el grupo de cirujanos pediatras de la Clínica Colsubsidio y se decidió realizar la cirugía en esa institución, considerando que es el grupo con mayor experiencia en estos casos” (Fl. 31).

2 En el expediente no consta la fecha de admisión de la tutela por parte del Juzgado Sexto Penal Municipal de Bogotá. El fallo de este despacho, sin embargo, es de cuatro (4) de diciembre de dos mil siete (2007) y en el mismo se declara la improcedencia de la acción. Ese fallo fue remitido a la Corte Constitucional, y excluido de Revisión, mediante auto del 28 de febrero de 2008, emitido por la Sala de Selección número Dos de esta Corporación.

3 A partir de la Ley 1122 de 2007 las ARS deben cambiar su razón social a EPS-S. En este proceso, se hace referencia indistintamente a Humana Vivir ARS o Humana Vivir EPS-S.

4 Al respecto véanse, entre otras decisiones, las sentencias T-726 de 2007 (M.P. Catalina Botero Marino), T-603 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-476 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-341 de 2003 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-643 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), y T-219 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

5 En este punto es pertinente hacer una aclaración: la prueba telefónica se dirige a determinar los aspectos relevantes de la decisión de tutela. La Sala sin embargo, la considera por completo inepta para acreditar una posible acturación irregular por parte del personal del Hospital de Kennedy, no sólo porque ello requeriría una investigación con el respeto por el debido proceso, sino porque lo que se desprende del relato de la señora Lastenia Romero es que funcionarios del Hospital pretendieron colaborar en la protección de los derechos del menor. La peticionaria es clara al señalar que fue ella quien tomó la determinación de presentar dos tutelas y que lo hizo por ignorancia.

6 Sentencia T-1215 de 2003. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández.)

7 Así, en diversos casos, la Corte ha concluido que a pesar de constatarse la identidad fáctica, de las partes, y de la pretensión perseguida con la acción de tutela, de ello no se deriva una conducta temeraria por existir nuevas circunstancias fácticas o jurídicas entre la presentación de una u otra acción. Ver, entre otras, las sentencias T-988 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-830 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Siera), T-812 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En sentido contrario, aunque de conformidad con el criterio según el cual la evaluación de la conducta temeraria corresponde al juez de tutela, la Corte señaló en sentencia T-407 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Treviño) que: "(...)la mera existencia de una decisión de un juez constitucional de instancia en la cual se concede la protección a quien, en criterio de los actores se encuentra en sus mismas circunstancias, no constituye un hecho

nuevo que justifique suficientemente la interposición de una segunda acción de tutela.”

8 En sentencia T-951 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) la Corte señaló que a pesar de que en la nueva tutela existían alegaciones distintas ello no justificaba la presentación de una nueva tutela con identidad de accionante, accionado y fáctica. En sentencia T-410 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte concluyó que si bien la presentación de una nueva acción de tutela con similitud de partes no significaba una actuación temeraria, al no existir una justificación que motivara la nueva acción si se estaba incurriendo en temeridad. Igualmente, en sentencia T-1303 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Treviño) la Corte consideró que si bien existía identidad de accionante, no había similitud fáctica, pues aunque en la segunda acción de tutela se hacía referencia a los hechos de la primera acción, estos aparecían a manera de contexto. Además, la Corte comprobó que la nueva acción de tutela ya no estaba dirigida contra el mismo accionado -INPEC- sino que se trataba de una acción instaurada en contra del juez de tutela que había denegado la primera tutela. Pueden consultarse, además, las sentencias T-662 de 2002 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y T-883 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

9 Vid. Sentencia T-568 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño). Otras, en las cuales se efectúa un recuento similar, Sentencia T-727 de 2006 (M.P. Catalina Botero Marino), T-020 de 2006, (M.P. Rodrigo Escobar Gil) T-443 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-082 de 1997 (M.P. Hernando Herrera Vergara), T-080 de 1998 (M.P. Hernando Herrera Vergara), SU-253 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-593 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-263 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-707 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

10 La Corte concluyó en sentencia T-184 de 2005 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) que si bien existía temeridad, era procedente la revocatoria de la multa impuesta a la accionante por considerar que no hay mala fe.

11 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Ver entre otras la Sentencia T-184 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 Sentencia T-149 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

14 Sentencia T-308 de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

15 Sentencia T-443 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16 Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

17 Sentencia T-089 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

18 Sentencia T-721 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

19 Sentencia T-089 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

20 Sentencia T-868 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

21 Sentencia T-1164 de 2003 (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra).

22 Auto de veintiocho (28) de febrero de dos mil ocho (2008).

23 Fl. 41. acápite de “hechos” de la primera demanda.

24 Acápite de “consideraciones”, ibídem.

25 En estricto sentido, esto no constituye un hecho nuevo, pues el dictamen existía al momento de la interposición de la primera acción. Sin embargo, es un elemento probatorio que, analizado en conjunto con los demás aspectos fácticos de la solicitud, permite entender mejor el problema que se sometió a consideración del juez de primera instancia.

26 Artículo 44, Constitución Política: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para

garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

27 Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991, en su artículo 24 establece que “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

- La Declaración sobre los derechos del Niño, en su artículo 4º prescribe que “El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud, con este fin deberán proporcionarse tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados”.

- El Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas fijó en su artículo 12.2, la obligación de los estados partes de adoptar medidas para: “...la reducción de la morbilidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”; así como para “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

- La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 19 señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Y,

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, establece en su artículo 25-2 que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Para un amplio análisis de las obligaciones internacionales del Estado, en lo que toca al derecho a la salud de los menores, ver las sentencias T-799 de 2006 (M.P. Humberto Antonio

Sierra Porto), y T-037 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

29 Sentencia SU-225 de 1998. (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). El carácter fundamental del derecho a la salud de los menores ha sido resaltado en muchas sentencias además de la citada. Ver, entre otras, T-039 de 2008 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-988 de 2007 (M.P. Jaime Araújo Rentería), T-975 de 1997 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla), C-973 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-872 de 2007 (M.P. Mauricio González Cuervo), SU-819 de 1999 (M.P. Álvaro Tafur Galvis) y T-864 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero)

30 Cfr. Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

31 Ibídem.

32 Sobre el concepto de núcleo esencial, ver sentencia T-002 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); en lo referente al derecho a la salud de los menores, consultar las sentencias SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), y T-864 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

33 Al respecto, ver el concepto de “cadena de obligados”, en la sentencia T-666/2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

34 Sentencia T-1204 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

35 Ver, Sentencia C-824 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

36 También se da la solidaridad entre los afiliados al régimen contributivo y el régimen subsidiado, pues una pequeña porción de los aportes dirigidos al régimen contributivo se dirige a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía.

37 Sobre la composición de los aportes al régimen subsidiado, ver el artículo 11 de la Ley 1122 de 2007.

38 Ver, al respecto, sentencia T-666 de 2004 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

39 Sobre la distribución de competencias entre el sector nacional y las entidades territoriales, ver Ley 715 de 2002.

40 Al respecto, la Corte ha establecido que la prestación del servicio debe ser asumida : “a) A través de la Administradora del Régimen Subsidiado - ARS - a la que se encuentra afiliado el paciente, con la posibilidad de que ésta exija del Estado el reintegro de los gastos en que incurre, a través del Fondo de Solidaridad y Garantías, Fosyga; . b) Por intermedio de la Administradora del Régimen Subsidiado - ARS - respectiva, en coordinación con la entidad territorial correspondiente, con cargo a los recursos no cubiertos con subsidios a la demanda, de conformidad con los artículos 4 del Acuerdo 72 de 1997 del CNSSS40 y 31 del Decreto 806 de 1998”, y que la primera opción tiene un carácter excepcional. Cfr. Sentencia T-1048 de 2003 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); ver también, las sentencias T-1069 de 2004 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1010 de 2005 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-844 de 2006 y T-165 de 2007.