

Sentencia T-088/08

DERECHO A LA SALUD DE MUJER EMBARAZADA-Caso en que era beneficiaria de su padre, pero al cumplir 18 años quedó excluida de la EPS

MUJER EMBARAZADA COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION-Reiteración de jurisprudencia

Con fundamento en las normas constitucionales indicadas anteriormente, así como en los múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el amparo reforzado de la mujer como integrante de los sujetos de especial protección constitucional parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se ha visto sometida históricamente. De esta forma, esta Corporación ha reiterado la obligación del Estado de proteger de manera especial a las mujeres embarazadas o parturientas, y se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de sus derechos. En suma, por expreso mandato constitucional las mujeres embarazadas y parturientas son sujetos de especial protección constitucional; debido a que tal condición implica el reconocimiento de una situación de extrema vulnerabilidad, el Estado y los particulares que actúan en su nombre tienen la obligación de brindarles protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos.

NIÑO COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCION

DERECHO A LA CONTINUIDAD EN EL SERVICIO DE SALUD-Prohibición de desafiliación cuando se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional

DERECHOS FUNDAMENTALES-Alcance constitucional/
DERECHOS FUNDAMENTALES-Responsabilidad surge a raíz de haberse desconocido éstos

En nuestro ordenamiento jurídico se le otorga un peso específico a la materialización y protección de los derechos fundamentales; los responsables de la vulneración deben, a raíz de la transgresión o amenaza, asumir consecuencias determinadas. Entre las cuales se encuentra no repetir la conducta aviesa al ordenamiento constitucional; siendo un deber del Estado tomar todas las medidas a su alcance para prevenir lo contrario. La fuente de responsabilidad aquí es distinta a la civil, a la penal a la administrativa y se conecta justamente con la primacía que le confiere el ordenamiento constitucional al amparo de los derechos constitucionales fundamentales. Por ende, se trata de una responsabilidad que surge a partir de haberse desconocido los derechos constitucionales fundamentales que vinculan, sin excepción, a todas las autoridades públicas y a todos los particulares.

**PERSONAS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-
Prohibición de desafiliación de EPS/PROHIBICION DE
DESAFILIACION DE MUJER EMBARAZADA-EPS vulneró
derechos fundamentales de la demandante y de su hijo**

La actuación de la EPS, al desafiliar a dos sujetos de especial protección constitucional, no sólo vulneró el derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de la actora y de su hijo, sino que, además de transgredir el derecho al debido proceso de la señora, amenazó el derecho a la vida de ambos. Debido a que el intersticio entre la fecha en la cual la actora cumplió la mayoría de edad (24 de mayo de mayo de dos mil siete) y el momento de la desvinculación (5 de junio de dos mil siete) es de doce días, es evidente que el término de un mes no fue cumplido por la EPS. Por tanto, no cabe duda de la vulneración al debido proceso, que en el caso en concreto es conexas con la transgresión al derecho a la continuación de la prestación del servicio de salud, ya que la EPS está obligada a informar a las personas las posibilidades con las que cuentan para no ser desafiadas, entre las cuales se halla la afiliación adicional desarrollada en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998. Encuentra la Sala que la peticionaria fue diligente al informar a la empresa el próximo acaecimiento de su cumpleaños número dieciocho, con lo que evidentemente buscaba saber con que posibilidades contaba para continuar afiliada a la EPS. No obstante, COMFENALCO, entidad responsable socialmente de informar a sus afiliados las posibilidades con las que cuentan dentro del sistema para no ser desvinculados, faltó a su deber. Con lo que transgredió el mandato de progresividad, así como los principios de universalidad y solidaridad que el texto Constitucional le impone, pues, amén de tratarse de dos personas de especial protección constitucional, es contrario a dichos principios desafiliar a una persona vulnerándole el debido proceso. Como anteriormente fue señalado, dichos principios suponen que antes de dejar expuesta a una persona a una total desprotección del servicio de salud debe facilitarse que sus familiares lo mantengan afiliado al sistema.

MUJER EMBARAZADA-EPS vulneró derechos fundamentales de la demandante y de su bebé por haber pasado a la mayoría de edad durante el embarazo

Las actuaciones de la EPS COMFENALCO transgredieron los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo, y que por ende, la juez de instancia debió haber concedido el amparo solicitado; sin embargo, de forma errónea y en un claro desconocimiento del ordenamiento constitucional no lo hizo, haciendo prevalecer una norma de inferior jerarquía frente a múltiples disposiciones de rango constitucional, ya que aplicó el artículo 3° del decreto 1703 de 2002 en vez de normas constitucionales que consagran que “(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación[,y que] durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”. Así mismo, no decidió el caso bajo las normas constitucionales que indican que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”; cuando sabido es que “la Constitución es norma de normas [y que] en todo caso de incompatibilidad entre [ella] y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.” En este

orden de ideas, la sentencia de instancia habrá de ser revocada. No obstante, la pretensión de la accionante buscaba protección para que la EPS accionada le brindara sus servicios hasta el momento del parto -el cual acaeció en el mes de agosto-, por lo que en la actualidad existe carencia de objeto.

**DERECHOS FUNDAMENTALES-Responsabilidad por violación/
FACULTAD DE REVISION DE SENTENCIAS DE TUTELA POR
LA CORTE CONSTITUCIONAL-Objetivos que se persiguen**

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica la obligación del Estado, y de los particulares que actúan a su nombre, de crear las condiciones materiales para que los derechos fundamentales no sean letra muerta, que en un hado de garantismo fijó el constituyente primario, pisoteada constantemente en busca del beneficio económico. La omisión frente a dichas obligaciones acarrea una responsabilidad específica -que no excluye las posibles consecuencias penales, administrativas o civiles- , que conduce a una orden del juez de tutela para que la entidad accionada actúe o se abstenga de hacerlo, al igual que no reitere la conducta aviesa al ordenamiento constitucional. Así, vislumbra la Sala la efectiva transgresión de los derechos fundamentales a la Salud, integridad personal, vida y debido proceso de la actora y su hijo, que a su vez constituye una ignominia contra la dimensión objetiva de dichos derechos. La responsabilidad que surgió en ese momento al desafiliarla era evidente: la EPS debía volver a afiliarla cuanto antes, mas por un error evidente de la juez de instancia no lo hizo. Sin embargo, como bien fue indicado anteriormente, el objetivo de la revisión de las sentencias de tutela no queda limitado al caso en concreto, pues tiene como objetivo prevenir la repetición del acto antijurídico. Las sentencias de Tutela buscan en primera medida evitar que el acto que amenaza el derecho fundamental se concrete y, en caso de que ya lo haya hecho, restaurar el orden constitucional permitiendo a la persona el goce efectivo de su derecho. Sin embargo, otro objetivo de la facultad de revisión de la Corte Constitucional es, además de consolidar la jurisprudencia en torno a los derechos fundamentales, evitar que las acciones aviesas al ordenamiento vuelvan a ocurrir. Este es el sentido de la prevención, desarrollada en el artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

JUEZ CONSTITUCIONAL-Es su deber tomar las medidas necesarias para que el acto vulneratorio no vuelva a repetirse/DIGNIDAD HUMANA-Expresión puede presentarse de dos maneras

Frente a atentados ignominiosos contra el ordenamiento Constitucional no se puede considerar que la simple prevención baste. Por el contrario, es deber del juez Constitucional tomar las medidas necesarias para que el acto vulneratorio no vuelva a repetirse nunca. Entre estas medidas se encuentran las simbólicas, cuyo fundamento es el resarcimiento a la dignidad humana, que, amén de ser el sustrato del Estado Social de Derecho, se vio vilipendiada al transgredirse los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de dos sujetos de especial protección constitucional. Y es que el contenido de la expresión “dignidad humana” puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su

funcionalidad normativa. Entonces, al atentar contra la dignidad humana no sólo se transgrede la intangibilidad de bienes como la vida, la seguridad social y la salud; sino que, por una parte, se actúa contra ciertas condiciones que deben garantizarse. Y por la otra, se atenta contra un principio fundante del ordenamiento jurídico colombiano, que, además de ser un valor, es un derecho fundamental autónomo. La gravedad que reviste una conducta que vilipendie la dignidad es entonces evidente.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER-Sentencias judiciales deben estar encaminadas a prevenir la persistencia de la violencia contra a la mujer/**JUEZ CONSTITUCIONAL**-No está facultado para sancionar al infractor pues la acción de tutela es residual pero puede adoptar medidas simbólicas

Al indicar la disposición enunciada, la obligación de adoptar todas las medidas existentes, incluidas las legislativas y judiciales, es claro, que las sentencias judiciales deben estar encaminadas a prevenir, de forma apropiada, “(...) la persistencia (...) de la violencia contra la mujer.” Si bien el juez Constitucional no está facultado para sancionar al infractor, pues la acción de tutela es residual, y por ende, frente a la responsabilidad por la vulneración de los derechos fundamentales no puede crear un crédito a favor de la accionante, también es cierto que debe tomar medidas efectivas para prevenir la reiteración de la conducta. Entre las medidas que puede adoptar se encuentran las simbólicas, que, amén de implicar el reconocimiento de la responsabilidad por el acto antijurídico, buscan concientizar, tanto al accionado como a la sociedad, sobre la importancia de respetar los derechos fundamentales. Así, el numeral 1º del artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño consagró la obligación de los Estados de adoptar medidas educativas apropiadas “(...) para proteger al niño contra toda forma de (...) descuido o trato negligente (...)”. Medida que debe ser interpretada conforme al artículo 4º de la misma Convención, que, de forma similar a las disposiciones en torno a la eliminación de la discriminación contra la mujer, estableció: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. En este orden de ideas, no se puede pretermitir, en la interpretación y aplicación de las medidas simbólicas, la obligación que todo tribunal tiene de tener en consideración en todas sus decisiones el interés superior de los niños y las niñas.

DIGNIDAD VILIPENDIADA DE DOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL-Se da orden a EPS de volverlos a afiliar y que permanezcan por lo menos durante el primer año de vida del niño, y luego obligación de acompañamiento

Con el objetivo de reestablecer la dignidad vilipendiada de dos sujetos de especial protección constitucional reforzada, la Sala ordenará a la EPS que vuelva a afiliar, en el término perentorio de 72 horas a partir de la notificación de esta providencia, a la peticionaria y a su hijo. Deberán permanecer afiliados por lo menos durante el primer año de vida del menor,

pues es evidente que la protección que el artículo 50 de la Constitución brinda al menor debe extenderse a su madre, la cual vio transgredidos sus derechos fundamentales al haber sido desvinculada del sistema. Al terminar dicho año de protección, la EPS tendrá, además, la obligación de acompañar a la accionante hasta que tanto ella como su hijo sean afiliados a otra entidad, ya sea del régimen subsidiado o del contributivo; obligación que implica, entre otros, el deber de no desafiliarlos sino hasta cuando la actora y su unigénito cuenten con otra empresa promotora de salud, indicar que documentos requiere para la afiliación y señalar las normas pertinentes de los diferentes regímenes.

JUEZ CONSTITUCIONAL Y ADOPCION DE MEDIDAS SIMBOLICAS-Se ordena a EPS informar mediante afiches a todas las mujeres embarazadas, que son sujetos de especial protección y que tienen derecho a continuidad en el servicio de salud

La EPS deberá informar a todas las mujeres embarazadas afiliadas a la seccional Antioquia sobre su calidad como sujetos de especial protección y el derecho a la continuación en la prestación del servicio de salud en los términos de esta providencia. Para lograr esto, deberá instalar - en sitios visibles y de información al público- afiches en todo centro de salud y salas de espera; en los cuales deberá especificar que las mujeres y los niños menores de un año son sujetos de especial protección constitucional, y deberá indicar que la continuación en la prestación del servicio de salud hace parte fundamental de dicho derecho, por lo que no se puede interrumpir. Así mismo, dichos afiches deberán contener la parte resolutive de esta providencia. La EPS deberá informar al Juzgado Veintidós Civil Municipal el cumplimiento de las órdenes dadas en la presente providencia. A su vez, la juez de instancia será requerida para que controle el total cumplimiento de las medidas simbólicas ordenadas en esta sentencia e informe de su cumplimiento a esta Sala de Revisión. Ahora bien, el reconocimiento de la responsabilidad frente a la violación de los derechos fundamentales, así como las medidas simbólicas que serán ordenadas, no excluyen la responsabilidad civil, disciplinaria, administrativo o penal en que hayan incurrido la EPS. Dicha responsabilidad, debido a la subsidiariedad de la tutela, deberá ser resuelta a petición de parte en las instancias pertinentes.

Referencia: expediente T-1.731.850

Acción de tutela instaurada por Leidy Maritza Osorio Gil contra la E.P.S COMFENALCO y la Secretaría de Salud del Municipio de Medellín.

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil ocho (2008)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados, **JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Y JAIME ARAÚJO RENTERÍA**, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín el doce (12) de julio de dos mil siete, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Leidy Maritza Osorio Gil interpuso acción de tutela el veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007) contra la EPS COMFENALCO. Consideró la accionante que dicha entidad vulneraba sus derechos fundamentales por las omisiones en las que incurría.

Los hechos relatados por la parte demandante en la acción de tutela se resumen así:

1. “[Su] EPS era COMFENALCO [,] pues [se] encontraba adscrita por [su] padre Luis Fernando Osorio, como beneficiaria y quien lleva vinculado a la EPS desde 1996”.

2. A finales del dos mil seis (2006) quedó embarazada. Por lo que al momento de interponer la presente acción de tutela contaba con ocho meses de embarazo. La EPS le prestó los servicios que por su condición de madre gestante requería.

3. Antes de cumplir los 18 años llamó a la EPS y le informaron que no se “(...) preocupara por cumplir la edad dado que la EPS [le] cumplía (sic) todo lo del parto y no cubría lo que tuviera que ver con el bebe, pues debía ser afiliado al SISBEN a partir del nacimiento para lo que debía ser encuestado”.

4. Sin embargo, “como [cumplió] los 18 años el 24 de mayo de 2006 [fue] retirada a los (sic) 15 días y no [la] atienden [,] porque [aparece] por fuera del sistema”.

5. Es madre soltera y depende económicamente de sus padres; de los cuales el único que trabaja es su progenitor, que lo hace como vigilante.

6. “(...) [terminó] en noviembre 31 de 2006 el grado 11 y apenas [cumplió] la mayoría de edad en mayo 24 del presente año, además [cuenta] con 8 meses de embarazo y solo (sic) [le] falta un mes para el parto[;] razón por la cual y

en razón (sic) al retiro [ha] quedado totalmente desprotegida en materia de salud, de controles y en cuanto a la continuidad de [su] estado de gravidez.”

7. En el SISBEN le indicaron que el trámite de la encuesta demora quince días.

8. *“No [tiene] forma de que se [le] atienda en los últimos controles ni en el parto (...)”.*

9. *“[Sufre] de asma [,] para lo cual [le] han recomendado salbutamol [;] y el bebe [,] según la primera ecografía [,] aparecía con un hematoma que tiene que ser objeto de revisión y control y [debe] ser sometida a última ecografía para determinar sus condiciones de salud [,] ya que viene atravesado en sentido anteroposterior y la cavidad uterina no contacta las partes fetales (...)”.*

2. Solicitud de tutela

Considerando que la negativa de la EPS transgrede sus derechos fundamentales a la salud, seguridad social, libre desarrollo de la mujer, vida e integridad personal, así como a la dignidad humana, el mínimo vital y la igualdad de su hijo, solicitó al juez de tutela que ordenara a la entidad accionada continuar prestándole los servicios médicos que por la gravidez requería.

3. Intervención de las partes demandadas

3.1 Secretaría de Salud del Municipio de Medellín

Mediante auto del veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007), el juzgado veintidós Civil Municipal de Medellín ordenó la vinculación de la Secretaría de Salud del Municipio de Medellín.

Alejandro García Restrepo, Subsecretario de Gestión Administrativa de la Secretaría de Salud, solicitó al juez de instancia que exonerara de toda responsabilidad a dicha entidad por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo.

El representante de la Secretaría manifestó que Leidy Maritza Osorio Gil se encuentra identificada por el programa del SISBEN con ficha número 1054342, pero, para acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del Estado, es necesario ser identificado en dicho programa en los niveles 1,2 o 3 y no encontrarse afiliada al régimen contributivo.

En caso de que de que requiera atención de urgencias, debe acudir a las Unidades Hospitalarias de la ESE Metrosalud para que sea atendida en calidad de persona no asegurada, *“(...) previa autorización de la Secretaría de Salud y con certificado de retiro del Régimen Contributivo”.* De igual forma, una vez haya obtenido dicho certificado, puede acudir a una Empresa Promotora del Régimen Subsidiado EPS-S para diligenciar su afiliación.

3.2 COMFENALCO EPS

La apoderada especial de la entidad accionada solicitó al juez de instancia declarar improcedente la acción interpuesta por Leidy Maritza Osorio Gil, señalando que la EPS no ha vulnerado derecho alguno de la accionante.

Indicó que la actora se encuentra retirada de la EPS COMFENALCO Antioquia desde el cinco (5) de junio de dos mil siete, por haber cumplido la mayoría de edad y no haber acreditado la condición de estudiante. Requisito que exige el Decreto 1703 de 2002 en su artículo 3° numeral cuatro para acreditar ser parte del grupo familiar. En dicha norma se instauró que “(...) [a] partir de la vigencia del presente decreto, la afiliación al sistema requiere la presentación de los documentos que acreditan las condiciones legales de todos los miembros del núcleo familiar, así: (...) 4. Para acreditar la calidad de estudiante, certificación del establecimiento educativo, en donde conste edad, escolaridad, período y dedicación académica.”

Así mismo, el artículo 4° de dicho Decreto establece como obligación de los afiliados reportar las novedades que se presenten en el grupo familiar y que extingan el derecho de beneficiario, entre las cuales se encuentra el cumplimiento de la edad máxima legal establecida. Dicha disposición establece que “*Cuando se compruebe por la entidad promotora de salud, la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario, no comunicado oportunamente a dicha entidad por parte del afiliado cotizante, dicha entidad seguirá el procedimiento de desafiliación correspondiente, previa comunicación escrita al afiliado cotizante, con no menos de un (1) mes de antelación (...)*”

Manifestó que la actora, para continuar como beneficiaria en el régimen contributivo, debía acreditar su dependencia económica mediante un certificado de estudio, o, de no contar con los recursos económicos suficientes para afiliarse como cotizante, solicitar a la Secretaría de Salud su afiliación en el régimen subsidiado.

4. Pruebas relevantes aportadas al proceso

1. Orden para reclamar el medicamento Salbutamol, con fecha catorce (14) de mayo de dos mil siete (2007). (Cuad. 1, folio 11).
2. Copia de exámenes de laboratorio y ecografías realizadas a la actora desde enero de dos mil siete (2007), hasta junio del mismo año. (Cuad. 1, folio 12)
3. Copia de petición presentada a la Secretaría de Planeación Municipal de Medellín. Donde la accionante solicitó se le realizara la encuesta del SISBEN (Cuad. 1, folios 13 y ss.)
4. Copia de información de la Secretaría de Salud sobre novedades en la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, donde se observa

que Leidy Maritza Osorio Gil fue identificada en el nivel 2 del SISBEN, más aparece en el régimen contributivo. De igual forma la fecha de dicha información es del 3 de julio de 2007. (Cuad. 1, folio 21)

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

Correspondió conocer de la causa al Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín, que mediante sentencia proferida el doce (12) de julio de dos mil siete (2007) resolvió negar el amparo solicitado; ordenando conminar a la Secretaría de Salud que, previa la escogencia de una ARS por la actora, otorgara especial prioridad a dicho trámite teniendo en cuenta su estado de gravidez.

Indica la juez de instancia que tanto la Ley 100 de 1993 en su artículo 163, como el Decreto 806 de 1998, consagran la cobertura familiar dentro del plan obligatorio de salud. Pertenecen al grupo familiar, entre otros, los hijos entre los dieciocho y los veinticinco años, que sean estudiantes de tiempo completo.

En este orden de ideas, encuentra el A quo la existencia de fundamento legal suficiente que legitima a la EPS para desvincular a la actora como beneficiaria de su padre, pues es mayor de edad y en el momento no se encuentra estudiando.

A su juicio, tampoco es posible endilgarle responsabilidad a la Secretaría de Salud, pues la accionante no ha adelantado los trámites necesarios “(...) a efectos de elegir una Administradora del Régimen Subsidiado que siguiera prestando los servicios a ella y al niño que está por nacer (...)”. Trámites que dentro de la contestación de la demanda dicha entidad enunció y por tanto quedaron claros.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección número Diez mediante auto del veinticuatro (24) de octubre de dos mil siete (2007), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la revisión de los fallos dictados en los procesos de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problemas jurídicos y esquema de resolución

Tras analizar los hechos narrados y los medios probatorios aportados al proceso, esta Sala de Revisión debe determinar si: al suspenderle el servicio

de salud a la accionante -quien se encontraba en estado de gravidez- bajo el supuesto de que al ser mayor de edad no podía seguir siendo beneficiaria de su padre, se le transgredieron a ella y a su hijo derechos fundamentales.

Para resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará aspectos teóricos y jurídicos de la jurisprudencia de esta Corporación en el siguiente orden: (i) Cuestión previa: improcedencia de la acción de tutela por carencia actual de objeto, (ii) la mujer embarazada como sujeto de especial protección constitucional, (iii) los niños como sujetos de especial protección constitucional, (iv) la prohibición de desafiliación cuando se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional, (v) el Estado Social de Derecho y las Empresas Promotoras de Salud, y (vi) el alcance constitucional de los derechos fundamentales. Posteriormente se entrará a resolver el caso en concreto.

2.1 Cuestión previa: improcedencia de la acción de tutela por la carencia actual de objeto

Teniendo en cuenta que la actora, al momento de interponer la acción de tutela que motivó la presente sentencia, buscaba obtener que COMFENALCO continuara prestándole los servicios de salud por contar con ocho meses de embarazo, y que dicha acción fue instaurada el veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007) (Cuad. 1, folio 17); es necesario que la Sala se pronuncie respecto a la improcedencia de la tutela por la carencia actual de objeto, debido a que el menor debió nacer en el mes de agosto.

El *principal objetivo* de la acción de tutela es servir de baluarte inmediato a los derechos constitucionales fundamentales, por eso, al referirse al mandato que debe pronunciar el juez de tutela al momento de amparar los derechos de los accionantes, el artículo 86 de la Constitución estableció que “(...) [l]a protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo”.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha indicado que en aquellos casos en los cuales los supuestos de hecho que daban lugar a la eventual amenaza de transgresión o violación de derechos constitucionales fundamentales han fenecido, desaparecen o se superan, deja de existir objeto jurídico respecto del cual el juez constitucional pueda adoptar decisión alguna; pues el propósito de la acción de tutela consiste justamente en garantizar la protección cierta y efectiva del derecho y bajo esas circunstancias “*la orden que profiera el juez, cuyo objetivo constitucional era la protección efectiva y cierta del derecho presuntamente vulnerado o amenazado, carecerá de sentido, eficacia, inmediatez y justificación.*”

Sin embargo, para declarar la carencia actual de objeto es preciso constatar que ésta haya tenido lugar dentro del proceso respectivo y haya podido ser verificada por la autoridad judicial. Se requiere de igual modo establecer el momento procesal en el que se presentó, por cuanto de estos aspectos dependerá que “*no obstante se haya producido tal cesación, se exija a los jueces constitucionales de instancia pronunciamiento de fondo que deberá*

estar conforme al ordenamiento jurídico y el sentido dado por el intérprete constitucional frente a la situación en consideración. Por ello, tanto el juez de segunda instancia en el trámite de la tutela como la Corte Constitucional en el trámite de revisión, no obstante encontrar que el hecho haya sido superado, si al verificar el trámite precedente se establece que con base en el acervo probatorio existente a ese momento y los fundamentos jurídicos y jurisprudenciales aplicables al caso, el juez ha debido conceder o negar el amparo solicitado y no lo hizo, debe procederse a revocar la providencia materia de revisión, aunque se declare la carencia actual de objeto, porque no es jurídicamente viable confirmar un fallo contrario al ordenamiento superior.” (subrayas fuera del original)

De esta manera, esta Corporación ha distinguido al menos dos hipótesis diferentes cuando los supuestos de hecho, que han dado origen a la presentación de la acción tuitiva de derechos fundamentales, fenecen, son superados o desaparecen: (i) antes de iniciarse el proceso ante los jueces de instancia o en el transcurso del mismo (ii) estando en curso el proceso de Revisión ante la Corte Constitucional.

En el primer caso, la Sala de Revisión no puede exigir de los jueces de instancia un proceder diferente y ha de orientarse, en consecuencia, a confirmar el fallo revisado, sin perjuicio de la potestad de revisar la sentencia y declarar aspectos adicionales relacionados con la materia. En el segundo evento, es decir, cuando la Sala de Revisión vislumbra que los jueces de instancia debieron conceder el amparo deprecado y no lo hicieron, es necesario que sea revocada el fallo de instancia y conceder la tutela, sin importar que no se proceda a impartir orden alguna.

2.2 la mujer embarazada como sujeto de especial protección. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991 efectuó un importante avance respecto de la protección y efectividad de los derechos de las mujeres. En este sentido, es claro que el Constituyente de 1991, en virtud de la necesidad de desarrollar los principios y valores que fundamentan el Estado Social de derecho, consagró en la nueva Carta Constitucional el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno sus derechos y libertades.

2.2.1 Bajo la perspectiva del deber Estatal de garantizar a las mujeres el pleno goce de sus derechos fundamentales, el artículo 43 Superior dispuso que “[l]a mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado (...) El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.” Con fundamento en esta norma constitucional y en el bloque de constitucionalidad, esta Corporación se ha pronunciado múltiples veces respecto al carácter de sujeto de especial protección que ostenta la mujer parturienta o embarazada. Así, en la sentencia C- 355 de 2006 la Corte Constitucional indicó:

“[A] partir del Acto Constituyente de 1991 los derechos de las mujeres adquirieron trascendencia Constitucional. Cabe recordar, que las mujeres contaron con especial deferencia por parte del Constituyente de 1991, quien conocedor de las desventajas que ellas han tenido que sufrir a lo largo de la historia, optó por consagrar en el texto constitucional la igualdad, tanto de derechos como de oportunidades, entre el hombre y la mujer, así como por hacer expreso su no sometimiento a ninguna clase de discriminación. También resolvió privilegiarla de manera clara con miras a lograr equilibrar su situación, aumentando su protección a la luz del aparato estatal, consagrando también en la Carta Política normas que le permiten gozar de una especial asistencia del Estado durante el embarazo y después del parto, con la opción de recibir un subsidio alimentario si para entonces estuviere desempleada o desamparada, que el Estado apoye de manera especial a la mujer cabeza de familia, así como que las autoridades garanticen su adecuada y efectiva participación en los niveles decisorios de la Administración Pública, entre otras.

En este orden de ideas, la Constitución de 1991 dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada. Por consiguiente, hoy en día, la mujer es sujeto constitucional de especial protección, y en esa medida todos sus derechos deben ser atendidos por parte del poder público, incluyendo a los operadores jurídicos, sin excepción alguna.

Es así como la Corte Constitucional, como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, y por ende protectora de los derechos fundamentales de todas las personas, en multitud de providencias ha hecho valer de manera primordial los derechos en cabeza de las mujeres. En muchísimos pronunciamientos, tanto de control de constitucionalidad de normas o de revisión de acciones de tutela, ha resaltado la protección reforzada de la mujer embarazada, preservado su estabilidad laboral y el pago de su salario, ha considerado ajustadas a la Constitución las medidas afirmativas adoptadas por el legislador para lograr su igualdad real y especialmente aquellas adoptadas a favor de la mujer cabeza de familia, ha protegido su derecho a la igualdad y no discriminación, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, su igualdad de oportunidades, y sus derechos sexuales y reproductivos, entre otros.”

2.2.2 Por su parte, el artículo 4° de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, incorporada al ordenamiento jurídico mediante la Ley 248 de 1995, señaló en sus considerandos que la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e

igualitaria participación en todas las esferas de la vida. Por ende, “[t]oda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a) El derecho a que se respete su vida; b) El derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; e) El derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia (...)”

De igual forma, en dicha Convención se estableció como parte del derecho de toda mujer a una vida libre de violencia “(...) [e]l derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación (...)”. Como obligación de los Estados Parte, se señaló en este sentido, “(...) adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (...) d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad(...)”. (subrayas fuera del original).

2.2.3 En conclusión, con fundamento en las normas constitucionales indicadas anteriormente, así como en los múltiples instrumentos internacionales ratificados por el Estado Colombiano al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el amparo reforzado de la mujer como integrante de los sujetos de especial protección constitucional parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se ha visto sometida históricamente. De esta forma, esta Corporación ha reiterado la obligación del Estado de proteger de manera especial a las mujeres embarazadas o parturientas, y se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente el ejercicio de sus derechos.

En suma, por expreso mandato constitucional las mujeres embarazadas y parturientes son sujetos de especial protección constitucional; debido a que tal condición implica el reconocimiento de una situación de extrema vulnerabilidad, el Estado y los particulares que actúan en su nombre tienen la obligación de brindarles protección y asistencia, así como de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de todos sus derechos.

2.3 Los niños como sujetos de especial protección. Reiteración de jurisprudencia.

Sabido es, que por mandato de la Constitución de 1991, los niños son sujetos de especial protección. Por tanto, es claro que el Constituyente de 1991, en virtud de la necesidad de desarrollar los principios y valores que fundamentan el Estado Social de derecho Colombiano, instauró en la nueva Carta Constitucional el deber del Estado de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y libertades. Así, por ejemplo, la prevalencia de los derechos de los niños y el deber de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y

protegerlos se materializa en el derecho que todo menor de un año tiene de estar cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social (artículo 50 C.P.). Con este principio, el constituyente de 1991 consagró un ámbito de especial protección para los niños menores de un año; campo que debe garantizar los derechos de los menores.

2.3.1 En este orden de ideas, de acuerdo con el artículo 44 de la Carta, son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. En este sentido, la norma constitucional indica que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al menor para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio de sus derechos. Así mismo, dispone que los derechos de los niños tienen un carácter prevaleciente en relación con los derechos de los demás.

Con fundamento en la citada norma constitucional, en reiteradas oportunidades, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la protección del derecho fundamental a la salud de los niños, no sólo obedece al reconocimiento de su condición de sujeto de especial protección constitucional -dada la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentran-, sino a la necesidad de que la familia, la sociedad y el Estado den cumplimiento a los principios de igualdad y solidaridad que orientan la construcción del Estado Social de Derecho.

2.3.2 La calidad de sujeto de especial protección es reconocida también en la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado Colombiano el 28 de enero de 1991, donde se estableció que “(...) *el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”. También se indicó la existencia de un principio de aplicación obligatoria frente a todas las medidas concernientes a los menores: el interés superior del niño. De esta forma, en el numeral primero del artículo 3 de la Convención se estableció que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

En aras de garantizar dicho principio, los Estados parte de la Convención tienen como obligación adoptar “(...) *todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.*”, pues, en aras de asegurar la plena aplicación de este derecho, los Estados reconocieron que “(...) *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.*(...)” De igual forma, existe una obligación de los Estados Parte de asegurar que “(...) *ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.*”

2.3.3 Siguiendo estos parámetros, la Corte Constitucional ha afirmado que los jueces de tutela deben garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud de los menores, en los casos en que su núcleo esencial se encuentre amenazado o vulnerado, esto es, cuando el menor está ante “a) *la existencia*

de un atentado grave contra la salud (...); b) la imposibilidad de evitar la actitud que se reprocha; c) el riesgo potencial y cierto del derecho a la vida y de las capacidades físicas o psíquicas del niño.”

2.4 Prohibición de desafiliación cuando se interrumpen tratamientos o se desamparan personas de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

El primer inciso del artículo 48 de la Constitución establece tres principios respecto a la seguridad social: “(...) *eficiencia, universalidad y solidaridad* (...)”. De igual forma, en dicha disposición, además de caracterizar la seguridad como un derecho irrenunciable, se plasmó el deber del Estado, con la participación de los particulares, de ampliar progresivamente el servicio. Concatenado a lo anterior, el artículo 49 de la Carta estableció la garantía “(...) *a todas las personas [de acceder] a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*”.

Como desarrollo de los postulados Constitucionales, el legislador - mediante la Ley 100 de 1993- definió el sistema de seguridad social haciendo énfasis en el objetivo de “(...) *garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.*” Para lo cual señaló como principios en la prestación del servicio público esencial de seguridad social la “(...) *eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación* (...)”

En este orden de ideas, la Jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado múltiples veces que de los principios de universalidad y progresividad que inspiran el sistema de seguridad en Colombia se desprende el derecho a estar afiliado al sistema de seguridad social en salud, con el consecuente acceso efectivo a las prestaciones que el derecho a la salud garantiza.

De igual forma, de dichos principios debe inferirse el derecho a la continuación de la prestación del servicio, pues “*constituye una regresión del derecho a la salud la expulsión de una persona que se encuentra vinculada a la seguridad social, cuando sin atender los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y progresividad y sin tener en cuenta condiciones especiales de protección constitucional reforzada (tercera edad, situaciones de debilidad manifiesta, grave riesgo a la vida, garantía de una vida digna), se acude a una interpretación restrictiva (no incluyente o positiva) de los criterios que permiten la vinculación y permanencia de las personas en el sistema de salud*”.

Así mismo, siguiendo el principio de solidaridad, “*si una persona puede mantener afiliado al sistema a un miembro de su núcleo familiar sin capacidad económica ni otras alternativas de cobertura, especialmente cuando este último se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, debe facilitarse el cumplimiento de ese deber de solidaridad, antes que dejar expuesto a ese beneficiario a una total desprotección del servicio de salud*”.

De esta manera, existen obligaciones consistentes en prestar el servicio de salud de manera continua, así como brindarlo sin restricciones de orden administrativo y/o reglamentario a grupos de especial protección constitucional. De dichas obligaciones se desprende la prohibición de desafiliación del sistema cuando esta situación implique, (i) no respetar la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o (ii) dejar sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucional.

El régimen de seguridad social en salud garantiza el derecho a los miembros de una familia a tener cobertura a través de los familiares cotizantes, (i) como beneficiarios cuando hacen parte del grupo familiar del cotizante (artículos 25 y ss. Decreto 806 de 1998), o (ii) como cotizantes dependientes o afiliados adicionales. Esta última opción se presenta cuando no se cumplen con los requisitos para ser beneficiario, mas se tiene un vínculo de parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad con el cotizante (artículo 40 Decreto 806 de 1998). A estas dos alternativas habría que agregar, por supuesto, aquellas establecidas en las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social (art. 157 L.100/93), como regla general para todas las personas en Colombia, (iii) como afiliada al régimen contributivo (art. 26 D.806/98), o (iv) como afiliada al régimen subsidiado (arts. 157 y 211 L.100/93).

Corolario a lo anterior, es evidente que junto a la prohibición de desafiliación va aparejada la obligación de las EPS de informar al usuario las alternativas con las que cuenta para no ser desvinculado del sistema y de reestablecer una afiliación cuando (i) no se ha respetado la continuidad en la aplicación de algún tratamiento o medicamento, o (ii) se ha dejado sin servicio de salud a una persona perteneciente a un grupo de especial protección constitucionales.

2.5 Las Empresas Promotoras de Salud en el Estado Social de Derecho. Reiteración de jurisprudencia.

La fórmula política del Estado Social de Derecho surgió como una forma de organización estatal que buscaba corregir las evidentes limitaciones de la concepción clásica del Estado de Derecho; donde se pretendía la existencia de una sociedad compuesta por individuos abstractamente concebidos como libres e iguales. En aquel modelo, el Estado estaba llamado principalmente a brindarles seguridad a las personas frente a peligros internos y externos mediante la policía, el ejército y la justicia; mas los conflictos sociales mostraron que era ineficiente frente a las necesidades de una sociedad compleja y dinámica.

Varios factores, sobre los cuales no es menester profundizar en este momento, influyeron en la reevaluación de aquel tipo de Estado; su ineficacia se probó ante las necesidades de afrontar y superar las dificultades históricas y sociales que surgieron. Se acepto que para lograr la realización de derechos como la libertad o la igualdad se requerían medidas, acciones, prestaciones y servicios que las personas, en muchas ocasiones, no podían ni pueden lograr por sí mismos. Por esto, el Estado de Derecho evolucionó a uno Social, también democrático, con el objetivo principal de alcanzar presupuestos materiales, sin

los cuales, los derechos de las personas no serían efectivamente asegurados.

Es necesario precisar que en un principio las necesidades materiales de la sociedad intentaron aplacarse mediante el modelo del Estado de Bienestar, donde el Estado, para abarcar el cumplimiento de sus obligaciones sociales, terminó desembocando en crisis fiscales y en un incremento de un aparato burocrático ineficiente para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja. Para solucionar esto, se optó por un modelo de Estado basado en una economía social de mercado, donde amén de haber iniciativa privada, se ejerce intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos; buscando así corregir excesos individuales y colectivistas. En este orden de ideas, esta Corporación manifestó en la sentencia T-533 de 1992 que:

“ (...) El sistema económico en el Estado social de derecho, con sus características de propiedad privada de los medios de producción, libertad de empresa, iniciativa privada e intervencionismo estatal, está orientado según un contenido humano y por la aspiración de alcanzar los fines esenciales de la organización social. (...)”

Entonces, y ante las dificultades presupuestales, en el Estado Social de Derecho se confía en la solidaridad y responsabilidad de los privados para que ayuden a consolidar las condiciones materiales necesarias para alcanzar la concreción de los derechos de las personas. De esta forma, a diferencia del Estado de Derecho que atiende exclusivamente a un concepto formal de igualdad y libertad, en el Estado Social de Derecho la igualdad material es determinante como principio fundamental que guía las tareas del Estado y de los particulares con el fin de corregir las desigualdades existentes, promover la inclusión y la participación y garantizar a las personas o grupos en situación de desventaja el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Así, este modelo de Estado implica la vinculación jurídica tanto de las autoridades como de los particulares a unos principios tendientes a asegurar la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales.

En la sentencia C-1064 de 2001 esta Corporación indicó que entre las *“(…) manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado Social de Derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (artículo 13 inciso 2 C.P.); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 inciso 3 C.P.); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (artículos 43 a 49 C.P.(...))”* (subrayas fuera del original).

Ahora bien, la atención en salud –necesariamente relacionada con la protección de la mujer embarazada y de la niñez- es un servicio público a

cargo del Estado (artículo 49 C.P.), que a su vez es inherente a la finalidad social del mismo; por lo que es un deber del Estado asegurar su prestación *eficiente* a todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365 C.P.). Precisamente para alcanzar cobertura y eficiencia, el constituyente de 1991 permitió que los particulares prestaran servicios públicos, pues partiendo de la base de que uno de los objetivos fundamentales de la actividad del Estado es solucionar las necesidades insatisfechas de salud, se consideró la posibilidad de contar con los particulares para materializar condiciones que permitan consolidar los derechos fundamentales (artículo 366 C.P.).

La *eficiencia* en el sistema de Seguridad Social en Salud, no se identifica únicamente con la noción de eficiencia económica, en la cual ésta se describe como una relación entre insumos y resultados en la producción de bienes y servicios. Por el contrario, dentro del Estado Social de Derecho el concepto de eficiencia debe ser entendido de forma amplia, por cuanto está de por medio la prestación de un servicio público esencial –la salud– que se encuentra directamente conectado con la preservación de múltiples derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran la dignidad humana, la vida, y la integridad personal. Por ende, la finalidad prioritaria de las Empresas Prestadoras del Servicio de Salud no es la de reportar utilidades económicas sino beneficio social. Sobre este punto se pronunció la Corte en la sentencia C-559 de 2004, donde se dijo que en materia de seguridad social el concepto de “(...) *rentabilidad financiera debe ser interpretado no de manera aislada, sino en armonía con los principios superiores previstos en los artículos 48 y 49 constitucionales en relación con el sistema de seguridad social en salud.*”

En múltiples decisiones de tutela se ha pronunciado esta Corporación sobre el concepto de eficiencia en la prestación del servicio de salud. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-573 de 2005 esta Corte señaló:

“[E]l principio de eficiencia no solamente tiene que ver con la eficiencia y la adecuada atención, sino con la continuidad en la prestación del servicio (SU.562/99). Esto es particularmente importante tratándose de la salud. Se debe destacar que la eficiencia debe ser una característica de la gestión. La gestión implica una relación entre el sistema de seguridad social y sus beneficiarios. La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no se quede aprisionado en un laberinto burocrático”.

En suma, la prestación del servicio de salud no puede ser entendida por los particulares como un simple “mercado” regido por las leyes de la oferta y la demanda, constituido para que ellos obtengan obvenciones; en el que las EPS se lucren de las enfermedades o necesidades que aquejan a la población colombiana y no realicen ingentes esfuerzos en su atención y prevención. Este principio interpretativo, que surge del modelo de Estado que es la República de Colombia, acarrea como consecuencia la responsabilidad social de las

empresas al momento de cumplir funciones que el Estado permite que ejerzan por, y para, el bienestar general.

La responsabilidad social de las empresas implica la unión necesaria entre las políticas y prácticas de los particulares por una parte, y las necesidades sociales por la otra. Lo cual debe manifestarse no sólo en el cumplimiento de las normas jurídicas sino en todos los comportamientos de la empresa que no pueden quedarse al margen de los problemas y retos que afronta la sociedad. Bajo este parámetro debe entenderse la función social de la propiedad (artículo 58 C.P.), la libertad de empresa (artículo 333 C.P.), al igual que el deber de obrar conforme al principio de solidaridad social contenido en la Constitución (artículo 95, numeral 2). Por tanto, es deber de las autoridades proscribir políticas en la prestación de servicios públicos que contemplen la posibilidad de incumplir sus deberes bajo el argumento de que si el beneficio financiero no es lo suficientemente alto, el servicio, medicamento, o tratamiento debe retardarse o no prestarse.

Al ser el pueblo de Colombia el único soberano, la responsabilidad social de las empresas debe corresponder a las necesidades de aquel. Por tanto, toda EPS, si bien está legítimamente facultada para proteger sus intereses financieros, no puede, en el Estado Social de Derecho, faltar a sus deberes constitucionales de actuar conforme al mandato de consolidación de condiciones materiales para que los derechos fundamentales se concreten.

2.6 Alcance constitucional de los derechos fundamentales

2.6.1 El hecho de que los derechos constitucionales fundamentales hayan sido consignados en instrumentos jurídicos, significa un gran peso para obtener su cumplimiento; empero esto no es suficiente para lograr su materialización. Por eso, es preciso el despliegue de medidas concretas, así como tareas y actuaciones por parte del Estado y de los particulares -entre estos los comprometidos en la prestación de servicios públicos vinculados con la protección de derechos fundamentales como la salud- para lograr condiciones fácticas que permitan su concreción.

Este conjunto de medidas, tareas y actuaciones debe encaminarse a garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, pues no basta con tener una Constitución que los garantice, si las condiciones reales implican el desconocimiento de facto. Tanto nacional como internacionalmente se ha aceptado que la ausencia de condiciones materiales imposibilita la concreción de los derechos. En la sentencia T-704 de 2006 esta Corporación indicó:

“La Carta Democrática redactada en el marco de la Organización de los Estados Americanos, por ejemplo, se ha pronunciado también en esa dirección y ha resaltado la necesidad de procurar las condiciones y de ambientar las circunstancias para lograr la efectividad de la democracia en la realidad. Lo expresado en la Carta Democrática Interamericana reviste especial importancia por cuanto constituye una forma de que los

ciudadanos comprendan cómo cuestiones conectadas con la teoría general son proyectadas en documentos políticos con amplios alcances.

“En el Preámbulo así como en las diferentes disposiciones destaca la Carta Democrática Interamericana la estrecha conexión existente entre los derechos políticos y civiles, los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos. [Así por ejemplo,] Afirma el Preámbulo que “la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática” y se refiere al papel de la educación como medio para despertar la conciencia democrática de los ciudadanos y, en tal sentido, procurar “una participación significativa en el proceso de toma de decisiones.”

“En esta misma línea de argumentación es deber del Estado garantizar la disponibilidad de recursos, emitir un grupo de medidas y realizar un conjunto de tareas y actuaciones dirigidas a asegurar que se cumplan las condiciones para hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales. Las omisiones del Estado en relación con este propósito puede acarrear el grave desconocimiento de estos derechos”.

2.6.2 Las omisiones anteriormente señaladas, son atribuibles tanto al Estado como a los particulares comprometidos con la prestación de servicios públicos esenciales como la salud, pues aquel, como fue señalado anteriormente, les ha conferido la posibilidad de prestar los servicios públicos con el fin de alcanzar y cumplir los fines esenciales del Estado. Por ende, el incumplimiento de sus obligaciones acarreará necesariamente, además del desconocimiento de los derechos fundamentales, un atentado contra las bases mismas del Estado Social de Derecho, que existe para garantizar y materializar los derechos fundamentales de las personas.

2.6.3 Ahora bien, lo anterior es relevante por cuanto la responsabilidad que surge a partir del desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales es específica. No desconoce la Corte Constitucional que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como la del Consejo de Estado han contribuido a ampliar el concepto de responsabilidad, pero sólo hasta la puesta en vigencia de la Constitución de 1991 se hizo patente que los conceptos tradicionales de responsabilidad penal, civil y administrativa no eran suficientes para enfrentar las consecuencias que se derivan del desconocimiento de los preceptos constitucionales y, en particular, de aquellas que se desprenden del desconocimiento de los derechos constitucionales fundamentales.

2.6.4 La obligación de proteger los derechos constitucionales fundamentales no sólo surge de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno, sino que emana de lo establecido en el ámbito del derecho internacional de los derechos

humanos. Cuando se desconoce un derecho constitucional fundamental previsto de manera expresa en el ordenamiento jurídico constitucional y ante ese desconocimiento no se ofrece un mecanismo ágil y efectivo para obtener su protección, entonces no sólo se vulnera lo dispuesto en el ordenamiento jurídico interno – Constitución Nacional - y se origina una responsabilidad en este mismo ordenamiento jurídico sino que, de paso, se desconoce lo preceptuado por los Tratados Internacionales y se da lugar a una responsabilidad en el plano internacional. Este punto es esencial para diferenciar las particularidades de la responsabilidad que surge por el desconocimiento de los derechos fundamentales. La cual - si bien puede tener puntos en común con la responsabilidad penal, con la responsabilidad civil y con la responsabilidad administrativa- no se confunde con ellas.

2.6.5 Cuando el Estado Colombiano ratifica un tratado Internacional sobre los Derechos humanos, se compromete a que todos los agentes que actúan a su nombre cumplirán con las obligaciones que surgen de dicho tratado. El objetivo es claro, no sólo se busca que los Estados reaccionen frente a un estado de cosas que atenta contra los derechos humanos y sancionen a quienes transgredieron dichos derechos; sino que se pretende *prevenir* que en el futuro los derechos sean desconocidos, con lo que se cumple un fin protector, evitando que actos aviesos vuelvan a repetirse en perjuicio de los derechos.

Por tanto, la responsabilidad que sobreviene de la vulneración de los derechos tiene como consecuencia un conjunto de medidas que buscan disuadir a las autoridades estatales y a los agentes que actúan en su nombre de reiterar actuaciones contrarias a los derechos fundamentales de las personas. Un ejemplo de las medidas preventivas fue desarrollado en el decreto 2591 de 1991 *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”* donde se estableció, en el artículo 24, que *“(…) [e]l juez también prevendrá a la autoridad (…) para evitar la repetición de la misma acción u omisión.”*

2.6.6 Por otra parte, las obligaciones derivadas de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos son múltiples y comprometen a todos los sectores estatales sin excepción: político, administrativo y judicial. En tal sentido, deben los Estados: (i) interpretar los derechos constitucionales fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Estado; (ii) ajustar la legislación interna así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales Pactos; (iii) abstenerse de promulgar normas que contraríen esos Tratados sobre la protección de los Derechos Humanos; (iv) evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales se desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales – con independencia del cargo en el cual se desempeñen las autoridades o agentes estatales, o el nivel en que realicen sus funciones - sea en el plano nacional o en el territorial -incluso cuando se trata de la omisión de prevenir o reprimir acciones ilícitas de los particulares; (v) procurar vías ciertas, ágiles y efectivas de acceso a la justicia. Si el Estado incurre en incumplimiento de las obligaciones derivadas de la firma, aprobación y ratificación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos debe, por consiguiente, responder.

2.6.7 En este orden de ideas, en el caso de la acción de tutela, la responsabilidad que surge por la vulneración de derechos fundamentales no persigue de manera directa una pena o reparación - con lo que se diferencia de la responsabilidad penal, civil y administrativa- sino que busca *principalmente* evitar la consumación del acto que transgrede el derecho, procurar la cesación de la acción que lo ha vulnerado y prevenir que vuelva a ocurrir. De esta forma, cumple varios objetivos: garantizar la protección de los derechos, prevenir que la conducta sea reiterada, y disuadir a las autoridades y a los particulares de cometer conductas aviesas que vulneren los derechos. Sin embargo, la sanción como consecuencia de la vulneración de los derechos fundamentales no fue excluida del ámbito de la responsabilidad constitucional, pues si el juez de tutela ordena al accionado actuar - o abstenerse de hacerlo- de determinada manera y éste no lo hizo, podrá ser sancionado mediante figuras como el desacato.

2.6.8 De esta forma, aún cuando las actuaciones que atentan contra los derechos fundamentales puedan proyectarse simultáneamente en el campo penal, civil, administrativo o constitucional; acarrear, en cada uno, consecuencias diferentes que pertenecen a esferas distintas de la responsabilidad. En la sentencia T-120 de 2001 esta Corporación indicó:

“[A] diferencia de la acción penal, el objeto de la acción de tutela no es determinar responsabilidades individuales por la comisión de hechos punibles, ni pretende establecer responsabilidades disciplinarias individuales por las actuaciones de las autoridades. Tampoco tiene como objeto la determinación de una responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico causado al patrimonio de un particular, propia de la acción de reparación directa ante la jurisdicción contencioso administrativa. Con todo, comparte con ésta última la necesidad de determinar el carácter antijurídico del daño, aunque en un caso esta determinación va encaminada a establecer la obligación de reparar un detrimento patrimonial ocasionado, mientras en la tutela la antijuridicidad se refiere a la contradicción de las normas de la Constitución, y tiene como objeto proteger a las personas frente a las vulneraciones o amenazas de los derechos fundamentales protegidos de manera directa por tal ordenamiento.

2.6.9 En conclusión, en nuestro ordenamiento jurídico se le otorga un peso específico a la materialización y protección de los derechos fundamentales; los responsables de la vulneración deben, a raíz de la transgresión o amenaza, asumir consecuencias determinadas. Entre las cuales se encuentra no repetir la conducta aviesa al ordenamiento constitucional; siendo un deber del Estado tomar todas las medidas a su alcance para prevenir lo contrario. La fuente de responsabilidad aquí es distinta a la civil, a la penal a la administrativa y se conecta justamente con la primacía que le confiere el ordenamiento constitucional al amparo de los derechos constitucionales fundamentales. Por

ende, se trata de una responsabilidad que surge a partir de haberse desconocido los derechos constitucionales fundamentales que vinculan, sin excepción, a todas las autoridades públicas y a todos los particulares.

3. Análisis del caso en concreto

Leidy Maritza Osorio Gil, encontrándose en las postrimerías de su embarazo, interpuso acción de tutela contra la EPS COMFENALCO el veintiocho (28) de junio de dos mil siete (2007), pues a su juicio, la desafiliación a dicha entidad en el octavo mes de embarazo, vulneraba sus derechos fundamentales y los de su hijo; solicitando así a la juez de tutela ordenara a la entidad accionada prestarle el servicio público de salud por el tiempo restante de su embarazo y hasta el parto.

La juez de instancia procedió a vincular a la Secretaría de Salud del Municipio de Medellín. Entidad que dentro del proceso señaló que la actora ya había sido identificada por el programa SISBEN y contaba con ficha número 1054342 (Cuad. 1, folio 21), mas indicó que para poder pertenecer al régimen subsidiado era necesario no encontrarse afiliada al régimen contributivo. Condición que podía demostrarse mediante un certificado expedido por la EPS COMFENALCO. Adujo, finalmente, que en caso de requerir atención de urgencias debía acudir a las Unidades Hospitalarias de la ESE Metrosalud, para que fuera atendida en calidad de persona no asegurada. (Cuad. 1, folio 20).

Por su parte, COMFENALCO manifestó que había procedido a desafiliar a la peticionaria el cinco (5) de junio de dos mil siete (Cuad. 1, folio 22), por no contar con los requisitos normativos para seguir perteneciendo al régimen contributivo en calidad de beneficiaria, ya que había cumplido la mayoría de edad el veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (Cuad. 1, folio 16) y no acreditó dependencia económica de su padre –el cotizante- o encontrarse estudiando.

3.1 Cuestión Previa. De la carencia actual de objeto.

Como anteriormente fue reiterado en esta providencia, la Corte, en su jurisprudencia, ha distinguido al menos dos hipótesis diferentes cuando los supuestos de hecho, que han dado origen a la presentación de la acción tuitiva de derechos fundamentales, fenecen, son superados o desaparecen.

Mediante comunicación telefónica con la demandante, el despacho del Magistrado Ponente se enteró que el hijo de la accionante nació el catorce (14) de agosto de dos mil siete (2007), por lo que el presente caso se circunscribe a la segunda hipótesis anteriormente señalada, pues la carencia de objeto surgió estando en curso el Proceso de Revisión ante la Corte Constitucional. En este orden de ideas, existiendo en la actualidad carencia de objeto, debido a que el parto acaeció en el mes de agosto, encuentra esta Sala pertinente pronunciarse sobre la decisión adoptada por la juez de instancia y el comportamiento de la EPS COMFENALCO.

3.2 De los sujetos de especial protección constitucional

Como fue indicado en los fundamentos fácticos de esta providencia, la accionante, Leidy Maritza Osorio Gil, interpuso la acción de tutela, que suscitó la presente sentencia, encontrándose en el octavo mes de embarazo.

Por tanto, la actora era en ese momento un sujeto de especial protección reforzada constitucional; contando en ese momento simultáneamente con la calidad de mujer y madre de un hijo que, al nacer, de acuerdo con el texto constitucional, y ser menor de un año, se convirtió en sujeto de especial protección.

3.3 De la prohibición de desafiliación a personas de especial protección constitucional.

3.3.1 Como fue indicado en el fundamento normativo de esta providencia, el sistema de seguridad social en Colombia implica el derecho a la continuación en la prestación del servicio de salud, así como la prohibición de dejar sin servicio a miembros de grupos de especial protección, pues constituye una regresión del derecho de salud la expulsión de una persona vinculada al sistema de seguridad social sin tener en cuenta las condiciones de protección constitucional reforzada. Paladino es que la mujer parturienta o embarazada y los niños hacen parte de dicho grupo.

3.3.2 De igual forma, para la Sala es evidente que la actuación de la EPS, al desafiliar a dos sujetos de especial protección constitucional, no sólo vulneró el derecho fundamental a la salud y a la seguridad social de la actora y de su hijo, sino que, además de transgredir el derecho al debido proceso de la señora Osorio Gil, amenazó el derecho a la vida de ambos.

En primera medida, es necesario indicar que -según manifestó COMFENALCO- la desafiliación de la accionante se produjo el cinco (5) de junio de dos mil siete (2007), esto es, sólo doce días después de que la actora cumplió la mayoría de edad. Este punto es relevante, por cuanto, amén de la prohibición de desafiliar a los sujetos de especial protección, el Decreto que cita la EPS para sustentar su actuación – Decreto 1703 de 2002 *“Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.”*- consagró en el segundo inciso del artículo 4º que *“[c]uando se compruebe por la entidad promotora de salud, la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario, no comunicado oportunamente a dicha entidad por parte del afiliado cotizante, dicha entidad seguirá el procedimiento de desafiliación correspondiente, previa comunicación escrita al afiliado cotizante, con no menos de un (1) mes de antelación (...)”*.

Debido a que el intersticio entre la fecha en la cual la actora cumplió la mayoría de edad (24 de mayo de mayo de dos mil siete) y el momento de la desvinculación (5 de junio de dos mil siete) es de doce días, es evidente que el término de un mes no fue cumplido por la EPS. Por tanto, no cabe duda de la vulneración al debido proceso, que en el caso en concreto es conexas con la

transgresión al derecho a la continuación de la prestación del servicio de salud, ya que la EPS está obligada a informar a las personas las posibilidades con las que cuentan para no ser desafiadas, entre las cuales se halla la afiliación adicional desarrollada en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998.

3.3.3 De igual forma, es menester indicar que el deber de informar oportunamente a la EPS sobre la ocurrencia de un hecho extintivo de la calidad de beneficiario fue cumplido por la señora Osorio Gil, pues la actora manifestó en el escrito de tutela haberse comunicado con la EPS para indagar la consecuencia que acarrearía el hecho, inevitable, de cumplir la mayoría de edad y cómo esto afectaría el cubrimiento del tiempo restante de embarazo y parto.

Según narró la accionante, la EPS le informó que no se “(...) preocupara por cumplir la edad dado que la EPS [le] cumplía (sic) todo lo del parto y no cubría lo que tuviera que ver con el bebe, pues debía ser afiliado al SISBEN a partir del nacimiento para lo que debía ser encuestado” (Cuad. 1, folio 1).

Ambas afirmaciones no fueron controvertidas por COMFENALCO, por lo que gozan, para los efectos de esta sentencia, de la presunción de veracidad contemplada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En este orden de ideas, encuentra la Sala que Leidy Maritza fue diligente al informar a la empresa el próximo acaecimiento de su cumpleaños número dieciocho, con lo que evidentemente buscaba saber con que posibilidades contaba para continuar afiliada a la EPS. No obstante, COMFENALCO, entidad responsable socialmente de informar a sus afiliados las posibilidades con las que cuentan dentro del sistema para no ser desvinculados, faltó a su deber. Con lo que transgredió el mandato de progresividad, así como los principios de universalidad y solidaridad que el texto Constitucional le impone, pues, amén de tratarse de dos personas de especial protección constitucional, es contrario a dichos principios desafiliar a una persona vulnerándole el debido proceso. Como anteriormente fue señalado, dichos principios suponen que antes de dejar expuesta a una persona a una total desprotección del servicio de salud debe facilitarse que sus familiares lo mantengan afiliado al sistema.

3.4 Del alcance constitucional de los derechos fundamentales

3.4.1 La mujer ha sido discriminada por el hecho de quedar embarazada, razón por la cual, el Constituyente de 1991 le aseguró un régimen jurídico de especial protección. La discriminación por motivos del embarazo, amén de ser un atentado contra el derecho a la igualdad, es un acto que en el ámbito internacional se ha catalogado de violento; ese es precisamente el significado que ha de atribuírsele al artículo 6° de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer cuando establece que el “(...) derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye (...) [el] derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación”.

3.4.2 De igual forma, el texto Constitucional señaló expresamente el deber de

la *“familia, la sociedad y el Estado (...) de asistir y proteger al niño/a para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (...)”*. Concatenado a lo anterior, la Convención de los Derechos del niño señaló que, en aras de garantizar al menor el disfrute del más alto nivel posible de salud, se debía *“(...) asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres (...)”*. De esta forma, la vulneración del derecho a la Salud de la madre, al dejarla desvinculada aún cuando requería controles prenatales acarrea indiscutiblemente la transgresión del derecho fundamental del menor.

3.4.3 Como fue indicado en el fundamento normativo de esta providencia, el interés superior del niño debe ser un vector de toda actuación de las instituciones, sean públicas o privadas, que presten servicios públicos esenciales como la salud. La desafiliación del menor, que a juicio de esta Corporación obedeció a motivos económicos, además de atentar gravemente contra la Salud del niño agredió dicho principio, ya que hizo prevalecer los intereses patrimoniales de una empresa sobre los derechos fundamentales del menor.

3.4.4 Por tanto, la desafiliación de Leidy Maritza Osorio Gil y de su hijo/a constituye un acto avieso al ordenamiento constitucional - pues no se le podía desvincular sin dar opciones para continuar afiliada- que, además de violento y discriminatorio contra la mujer parturienta, afectó el derecho a la continuación de la prestación del servicio de dos sujetos de especial protección constitucional y transgredió el principio que consagró el interés superior del niño.

3.4.5 Es evidente entonces, que las actuaciones de la EPS COMFENALCO transgredieron los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo, y que por ende, la juez de instancia debió haber concedido el amparo solicitado; sin embargo, de forma errónea y en un claro desconocimiento del ordenamiento constitucional no lo hizo, haciendo prevalecer una norma de inferior jerarquía frente a múltiples disposiciones de rango constitucional, ya que aplicó el artículo 3º del decreto 1703 de 2002 en vez de normas constitucionales que consagran que *“(...) la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación[,y que] durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”*. Así mismo, no decidió el caso bajo las normas constitucionales que indican que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*; cuando sabido es que *“la Constitución es norma de normas [y que] en todo caso de incompatibilidad entre [ella] y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.”* En este orden de ideas, la sentencia de instancia habrá de ser revocada. No obstante, la pretensión de la accionante buscaba protección para que la EPS accionada le brindara sus servicios hasta el momento del parto -el cual acaeció en el mes de agosto-, por lo que *en la actualidad* existe carencia de objeto.

3.4.6 Como fue indicado en el fundamento normativo de esta providencia, la Corte Constitucional ha señalado que cuando la carencia de objeto ocurre de forma posterior al fallo de instancia y el juez de tutela debió haber amparado

los derechos fundamentales y no lo hizo, es deber de la Sala de Revisión revocar la providencia de instancia, y en su lugar pronunciarse al respecto, pues no es aceptable confirmar un fallo a todas luces contrario al ordenamiento constitucional.

3.5 De la responsabilidad por violación a los derechos fundamentales

3.5.1 El modelo del Estado Social de Derecho - en aras de alcanzar la universalidad y progresividad de los servicios públicos esenciales- permitió que los privados prestaran el servicio de salud. La eficiencia esperada, evidentemente, no es financiera. Por el contrario, las EPS deben procurar brindarle a las personas los servicios que sus condiciones de salud exigen, sin esperar prioritariamente un beneficio económico –legítimo en todo caso- sino social; dentro del marco del derecho a la continua y adecuada prestación del servicio.

3.5.2 De igual forma, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica la obligación del Estado, y de los particulares que actúan a su nombre, de crear las condiciones materiales para que los derechos fundamentales no sean letra muerta, que en un hado de garantismo fijó el constituyente primario, pisoteada constantemente en busca del beneficio económico. La omisión frente a dichas obligaciones acarrea una responsabilidad específica -que no excluye las posibles consecuencias penales, administrativas o civiles- , que conduce a una orden del juez de tutela para que la entidad accionada actúe o se abstenga de hacerlo, al igual que no reitere la conducta aviesa al ordenamiento constitucional.

3.5.3 Así, vislumbra la Sala la efectiva transgresión de los derechos fundamentales a la Salud, integridad personal, vida y debido proceso de la actora y su hijo, que a su vez constituye una ignominia contra la dimensión objetiva de dichos derechos. La responsabilidad que surgió en ese momento al desafiliarla era evidente: la EPS debía volver a afiliarla cuanto antes, mas por un error evidente de la juez de instancia no lo hizo. Sin embargo, como bien fue indicado anteriormente, el objetivo de la revisión de las sentencias de tutela no queda limitado al caso en concreto, pues tiene como objetivo prevenir la repetición del acto antijurídico.

3.5.4 Las sentencias de Tutela buscan en primera medida evitar que el acto que amenaza el derecho fundamental se concrete y, en caso de que ya lo haya hecho, restaurar el orden constitucional permitiendo a la persona el goce efectivo de su derecho. Sin embargo, otro objetivo de la facultad de revisión de la Corte Constitucional es, además de consolidar la jurisprudencia en torno a los derechos fundamentales, evitar que las acciones aviesas al ordenamiento vuelvan a ocurrir. Este es el sentido de la prevención, desarrollada en el artículo 24 del decreto 2591 de 1991.

3.5.5 Empero, frente a atentados ignominiosos contra el ordenamiento Constitucional no se puede considerar que la simple prevención baste. Por el contrario, es deber del juez Constitucional tomar las medidas necesarias para que el acto vulneratorio no vuelva a repetirse nunca. Entre estas medidas se

encuentran las simbólicas, cuyo fundamento es el resarcimiento a la dignidad humana, que, amén de ser el sustrato del Estado Social de Derecho, se vio vilipendiada al transgredirse los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social de dos sujetos de especial protección constitucional.

Y es que el contenido de la expresión “dignidad humana” puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al respecto, en la sentencia T-881 de 2002 esta Corporación manifestó:

“(…) Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

Entonces, al atentar contra la dignidad humana no sólo se transgrede la intangibilidad de bienes como la vida, la seguridad social y la salud; sino que, por una parte, se actúa contra ciertas condiciones que deben garantizarse. Y por la otra, se atenta contra un principio fundante del ordenamiento jurídico colombiano, que, además de ser un valor, es un derecho fundamental autónomo. La gravedad que reviste una conducta que vilipendie la dignidad es entonces evidente.

La obligación anteriormente señalada fue reconocida por el Estado en normas **del derecho internacional**. Así, el artículo 7° de la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, estableció el compromiso de *“(…) adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (…) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; (…) adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad (…); tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, (…) para modificar o*

abolir prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer (...)”.

3.5.6 Al indicar la disposición enunciada, la obligación de adoptar *todas las medidas existentes, incluidas las legislativas y judiciales*, es claro, que las sentencias judiciales deben estar encaminadas a prevenir, de forma apropiada, “(...) *la persistencia (...) de la violencia contra la mujer.*” Si bien el juez Constitucional no está facultado para sancionar al infractor, pues la acción de tutela es residual, y por ende, frente a la responsabilidad por la vulneración de los derechos fundamentales no puede crear un crédito a favor de la accionante, también es cierto que debe tomar medidas efectivas para prevenir la reiteración de la conducta.

3.5.7 Entre las medidas que puede adoptar se encuentran las simbólicas, que, amén de implicar el reconocimiento de la responsabilidad por el acto antijurídico, **buscan concientizar, tanto al accionado como a la sociedad, sobre la importancia de respetar los derechos fundamentales.** Así, el numeral 1° del artículo 19 de la Convención sobre los derechos del niño consagró la obligación de los Estados de adoptar medidas educativas apropiadas “(...) *para proteger al niño contra toda forma de (...) descuido o trato negligente (...)*”. Medida que debe ser interpretada conforme al artículo 4° de la misma Convención, que, de forma similar a las disposiciones en torno a la eliminación de la discriminación contra la mujer, estableció: “*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*”. En este orden de ideas, no se puede pretermitir, en la interpretación y aplicación de las medidas simbólicas, la obligación que todo tribunal tiene de tener en consideración en todas sus decisiones el interés superior de los niños y las niñas.

3.5.8 En primer lugar, con el objetivo de reestablecer la dignidad vilipendiada de dos sujetos de especial protección constitucional reforzada, la Sala ordenará a COMFENALCO EPS que vuelva a afiliarse, en el término preteritorio de 72 horas a partir de la notificación de esta providencia, a Leidy Maritza Osorio Gil y a su hijo. Deberán permanecer afiliados por lo menos durante el primer año de vida del menor, pues es evidente que la protección que el artículo 50 de la Constitución brinda al menor debe extenderse a su madre, la cual vio transgredidos sus derechos fundamentales al haber sido desvinculada del sistema.

Al terminar dicho año de protección, la EPS tendrá, además, la obligación de acompañar a la accionante hasta que tanto ella como su hijo sean afiliados a otra entidad, ya sea del régimen subsidiado o del contributivo; obligación que implica, entre otros, el deber de no desafiliarse sino hasta cuando la actora y su unigénito cuenten con otra empresa promotora de salud, indicar que documentos requiere para la afiliación y señalar las normas pertinentes de los diferentes regímenes.

3.5.9 En segundo lugar, para la Sala es evidente que las medidas simbólicas que adoptará deben ser proporcionales al agravio que COMFENALCO causó

a los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo. En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el principal objetivo de las medidas simbólicas es prevenir la reincidencia del acto vulneratorio de los derechos fundamentales, – la transgresión del derecho a la salud de dos sujetos de especial protección constitucional – se hace necesario que las medidas contemplen un componente informativo tanto para la sociedad como para la EPS.

3.5.10 La EPS deberá informar a todas las mujeres embarazadas afiliadas a la seccional Antioquia sobre su calidad como sujetos de especial protección y el derecho a la continuación en la prestación del servicio de salud en los términos de esta providencia. Para lograr esto, deberá instalar - en sitios visibles y de información al público- afiches en todo centro de salud y salas de espera; en los cuales deberá especificar que las mujeres y los niños menores de un año son sujetos de especial protección constitucional, y deberá indicar que la continuación en la prestación del servicio de salud hace parte fundamental de dicho derecho, por lo que no se puede interrumpir. Así mismo, dichos afiches deberán contener la parte resolutive de esta providencia.

3.5.11 La EPS deberá informar al Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín el cumplimiento de las órdenes dadas en la presente providencia. A su vez, la juez de instancia será requerida para que controle el total cumplimiento de las medidas simbólicas ordenadas en esta sentencia e informe de su cumplimiento a esta Sala de Revisión.

3.5.12 Ahora bien, el reconocimiento de la responsabilidad frente a la violación de los derechos fundamentales, así como las medidas simbólicas que serán ordenadas, no excluyen la responsabilidad civil, disciplinaria, administrativo o penal en que hayan incurrido la EPS. Dicha responsabilidad, debido a la subsidiariedad de la tutela, deberá ser resuelta a petición de parte en las instancias pertinentes.

3.5.13 En conclusión, al encontrar la Sala de Revisión que la decisión tomada por la juez de instancia fue contraria al ordenamiento constitucional, revocará la providencia dictada por el Juzgado Veintidós Civil Municipal. Ante la necesidad de prevenir que la EPS COMFENALCO repita la actuación aviesa de desafiliar a dos sujetos de especial protección constitucional ordenará medidas simbólicas. De igual forma, requerirá a la juez de instancia para que controle el cabal cumplimiento de lo ordenado en esta sentencia. Por último, la Sala de Revisión remitirá copias a la Superintendencia de Salud para que inicie las investigaciones que considere pertinentes.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín el doce (12) de julio de dos mil siete (2007) en la causa instaurada por la actora contra EPS COMFENALCO Antioquia. **DECLARAR** que por configurarse la carencia actual de objeto en la presente acción de tutela, no se imparten órdenes en torno a las pretensiones de la accionante.

SEGUNDO. ORDENAR a la EPS COMFENALCO Antioquia que en el término perentorio de 72 horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a afiliar a Leidy Maritza Osorio Gil y a su hijo. Tanto la accionante como su hijo deberán permanecer afiliados por lo menos durante el primer año de vida del menor. Al terminar dicho año de protección, la EPS tendrá, además, la obligación de acompañar a la accionante hasta que tanto ella como su hijo sean afiliados a otra entidad, ya sea del régimen subsidiado o del contributivo; obligación que implica, entre otros, el deber de no desafiliarlos sino hasta cuando la actora y su unigénito cuenten con otra empresa promotora de salud, indicar que documentos requiere para la afiliación y señalar las normas pertinentes de los diferentes regímenes.

TERCERO. ORDENAR a la EPS COMFENALCO Antioquia que, en el término perentorio de 72 horas a partir de la notificación de esta providencia, instale afiches - en sitios visibles y de información al público- en todo centro de salud y salas de espera de la EPS; los cuales deberán permanecer instalados por lo menos un año, y deberán especificar que las mujeres y los niños menores de un año son sujetos de especial protección constitucional y que la continuación en la prestación del servicio de salud hace parte fundamental del derecho a la salud, por lo que no se puede interrumpir. De igual forma, dichos afiches deberán contener la parte resolutive de esta providencia.

CUARTO. ORDENAR a la EPS COMFENALCO que informe al Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín el cabal cumplimiento de lo ordenado en la parte resolutive de esta Sentencia. **REQUERIR** al Juzgado Veintidós Civil Municipal de Medellín para que controle e informe a esta Sala de Revisión el pleno cumplimiento de las medidas simbólicas ordenadas en esta providencia.

QUINTO. ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se remitan copias de esta providencia a la Superintendencia Nacional de Salud para que inicie las investigaciones que considere pertinentes por la vulneración de derechos fundamentales de dos sujetos de especial protección constitucional.

SEXTO. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JAIME ARAÚJO RENTERÍA
Magistrado Ponente

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado
CON ACLARACION Y CON SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL
MAGISTRADO MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
A LA SENTENCIA T-088 de 2008**

Referencia: expediente T-1.731.850

Acción de tutela instaurada por Leidy Maritza Osorio Gil contra la E.P.S COMFENALCO y la Secretaría de Salud del Municipio de Medellín.

Magistrado Ponente:
JAIME ARAÚJO RENTERÍA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura. Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos - que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial - son separables, como lo demuestra el derecho comparado. O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habrá, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración

de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia. En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en el 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Así interpretó el famoso jurista Roscoe Pound el dilema de escribir o no opiniones disidentes, en un artículo publicado en 1953. Para Roscoe Pound la

actitud de varios jueces movidos por la vanidad o el orgullo personal, que creían que tenían que escribir una opinión individual para cualquier caso, era contraproducente desde el punto de vista del progreso del derecho. Por eso destacó el siguiente canon de ética judicial: *“Un juez no debe ceder a la vanidad de su opinión ni valorar de manera más alta su reputación individual que la de la Corte a la cual le debe lealtad.”* (Canon 19, párrafo 3, ABA, 1924). De tal forma que hay una diferencia entre anunciar un desacuerdo y, adicionalmente, escribir en extenso una crítica de la sentencia de la cual el magistrado difiere.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendell Holmes - denominado el gran disidente - sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de

justicia, que ha de ser tenida en cuenta por el juez constitucional cuando - más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto - decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado