



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

EYDER PATIÑO CABRERA
Magistrado Ponente

ATP787-2019

Radicación n.º 102246

Acta N° 125

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

ASUNTO

Sería del caso pronunciarse de fondo sobre la impugnación presentada por **XXXXXX**, agente oficiosa de la menor **XXXXXX** y de su hija **XXXXXX**, frente a la sentencia proferida el 14 de marzo de 2019, por la Sala Única del Tribunal Superior de **XXXXXX**, mediante la cual negó el amparo contra el Hospital **XXXXXX**, La unidad Administrativa Especial de Salud, la Fiscalía Seccional, de esa ciudad, la Alcaldía de **XXXXXX** y el Departamento Nacional de Planeación, por la presunta vulneración de sus derechos a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la integridad física, sino fuera porque se advierte una causal de nulidad que implica retrotraer la actuación.

ANTECEDENTES

1. Los hechos que fundamentan el presente amparo fueron relatados por el *A quo* así:

[...] M.A.C. es ciudadana venezolana, menor de edad, hija de N.S., tal como consta en la boleta de nacimiento a folio 22 del cuaderno.

El 12 de abril de 2016, M.A.C. es diagnosticada con la enfermedad conocida como "Toxoplasmosis" (folios 23 y 24).

*El 27 de julio de 2018, y en razón a la crisis económica, humanitaria, y social que acaece en el vecino país de Venezuela M.A.C, con 14 años de edad, ingresa a **XXXXXX** (Colombia) proveniente de **XXXXXX** (Venezuela), acompañada de su núcleo familiar, conformado por su madre, su padre y sus hermanas también menores de edad. M.A.C. ingresa a **XXXXXX** con 17 semanas de embarazo producto de una relación sexual consentida.*

*El 11 de septiembre de 2018 la madre de M.A.C. denuncia en la URI de la Fiscalía Seccional de **XXXXXX** al señor J.N.R.B., ciudadano colombiano y vecino de la familia, por el delito de acceso carnal violento cometido contra su hija M.A.C. el día 2 de septiembre de 2018, de acuerdo a lo que consta en el Formato Único de Noticia Criminal, (folios 26 a 33), denuncia que aún se encuentra en etapa de investigación en la Fiscalía 04 Seccional de **XXXXXX**.*

*Tras la agresión sexual denunciada, la policía de infancia y adolescencia remite el 10 de septiembre de 2018 a M.A.C. al Hospital **XXXXXX** para una exploración médica por medicina legal, en la cual se determina que la menor está gestante de 25 semanas, presenta afectaciones como insomnio, episodios depresivos diarios, estrés post evento, y contraído vaginosis por hongos, por lo cual se ordena Clotrimazol 100 mg Ovulo Vaginal # 7, controles prenatales y valoración por toxoplasma. (Folios 34 a 40).*

*El 2 de octubre de 2018 M.A.C. se dirige al Hospital **XXXXXX** para la realización de los controles y exámenes ordenados, en donde no recibe atención médica. De allí es remitida al Centro regulador de Urgencias y Emergencias C.R.U.E. de **XXXXXX** donde tampoco es atendida "porque no tenía Sisbén".*

Desde el 25 de septiembre de 2018, N.S. y su grupo familiar solicitan el reconocimiento de la calidad de refugiados ante el Ministerio de Relaciones Exteriores (folios 41 a 45), a lo cual el 12 de octubre de 2018 el Ministerio entrega a N.S. y a M.A.C. salvoconducto para permanecer en el país (SC2), con una vigencia de tres meses mientras se resuelve su condición de refugiados (Folios 46 y 47).

*En virtud de lo anterior, la accionante requiere el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana, integridad y libre desarrollo de la personalidad de M.A.C, y por consiguiente, que se ordene la atención en salud por parte del Hospital **XXXXXX** a la menor de edad, específicamente lo relacionado con el tratamiento por toxoplasmosis, controles prenatales, atención de parto y postparto, y en general las atenciones y prestaciones de salud materna necesarios para un cubrimiento efectivo conforme a los protocolos establecidos por el Ministerio de Salud, así como la atención psicosocial necesaria.*

*Igualmente pide se ordene conminar a las autoridades competentes a regularizar el estatus migratorio de M.A.C, otorgar medidas de protección por parte de la Fiscalía 04 de **XXXXXX** a la víctima en la investigación adelantada contra su agresor, así como dar celeridad a la misma e investigar la posible comisión de otros delitos sexuales contra niñas a manos del señor J.N.R.B.*

*Finalmente, solicita eliminar barreras para poder acceder a servicios de salud por parte de M.A.C. (exigir afiliaciones a Sisbén, EPS o negar atención en salud en razón de la nacionalidad venezolana), incluirla en el "Plan de acción de salud: Primeros Mil (1000) días de vida 2011-2012" del Ministerio de Salud, dotación al **XXXXXX** por parte de MinSalud y Unidad Administrativa Especial de Salud de **XXXXXX** de los recursos e implementos necesarios para el cubrimiento en salud que requiere la agenciada, realización de programas de salud materna por parte de estas dos entidades, y campañas de capacitación e integración en **XXXXXX**, por parte de Migración Colombia, para evitar la xenofobia, violencia de género y prevención de la violencia sexual contra mujeres y niñas migrantes de Venezuela, así como reevaluación o flexibilización de su legislación frente a nacimientos apátridas.*

2. El 22 de octubre de 2018¹, la Sala Única del Tribunal Superior de **XXXXXX** avocó el conocimiento del presente trámite y dispuso la vinculación del Hospital **XXXXXX**, la Unidad Administrativa Especial de Salud, la

¹ Cfr. Folio 51 – cuaderno n.º 1.

Fiscalía Seccional, todos de esa ciudad, los Ministerios de Salud y de Relaciones Exteriores.

3. Mediante fallo de tutela del 2 de noviembre siguiente², ese cuerpo colegiado negó el amparo.

4. Contra esa determinación la demandante interpuso impugnación y mediante providencia CSJ ATP153-2019, 31 ene. 2019, rad **XXXXXX**³, esta Sala de Decisión decretó la nulidad de lo actuado, con el fin de que fueran vinculados la Alcaldía de **XXXXXX** y el Departamento Nacional de Planeación.

5. En vista de lo anterior, luego de acatar lo ordenado, el 14 de marzo de 2019⁴ el *A quo* resolvió no tutelar el amparo propuesto.

6. Frente a esa decisión la accionante incoó impugnación, motivo por el que nuevamente correspondió conocer del trámite a la Sala.

CONSIDERACIONES

1. En reiteradas oportunidades la jurisprudencia de la Sala ha sostenido que aunque quien acude a la tutela tiene el deber de manifestar cuál es la autoridad o el particular

² Cfr. Folios 94 a 104 – *ibidem*.

³ Cfr. Folios 4 a 10 – cuaderno n.º 2.

⁴ Cfr. Folios 221 a 232 – cuaderno n.º 1.

que le ha lesionado o amenazado sus derechos, tal enunciación no puede atar al juez constitucional ni limitar su acción. Éste está obligado a revisar la actuación procesal que se tacha de irregular y de vincular a todas las personas y autoridades judiciales que pudieron vulnerar los derechos, así como a aquellos que puedan verse afectados con la decisión que se adopte al resolver el amparo propuesto.

2. En el presente asunto, la parte accionante acudió a la acción de tutela con el fin de que, entre otros, se ordenara a las autoridades accionadas la prestación del servicio de salud requerido por las interesadas.

2.1 Mediante auto CSJ ATP153-2019, 31 en. 2019, rad. **XXXXXX**, esta Sala de Decisión anuló la actuación desplegada por el *A quo* en la medida que:

*[...] debía ser vinculados el Departamento Nacional de Planeación y el Municipio de **XXXXXX** toda vez que son los encargados del ingreso de los ciudadanos nacionales y extranjeros al SISBEN.*

2.2 En acatamiento a lo anterior, a través de proveído del 28 de febrero de 2019, la Magistrada Ponente avocó conocimiento y vinculó al Municipio de **XXXXXX** y al Departamento Nacional de Planeación.

2.3 El Jefe de la Oficina Jurídica de la Alcaldía de **XXXXXX** solicitó negar el amparo en lo que respecta a ese ente territorial, ya que la menor y núcleo familiar ya no residen en esa ciudad.

2.4 Tal situación ocasionó que el juez constitucional de primera instancia decidiera no tutelar las garantías de las petentes, entre otras cosas, porque:

*[...] no es dable actualmente ordenar o exigir a las mencionadas autoridades [Municipio de **XXXXXX**] la prestación de servicios adicionales de salud a la menor, toda vez que aquella y su núcleo familiar actualmente no se encuentran domiciliadas en el Municipio de **XXXXXX**, y su atención médica para el parto de su hijo acaecido en enero del presente año, se surtió en otro lugar del país.*

3. Al respecto la Corte considera que si bien es cierto que en la actualidad no existe ninguna acción u omisión que se le pueda endilgar al Municipio de **XXXXXX**, lo cierto es que el *A quo* debió ejercer sus facultades oficiosas para determinar el lugar en el que en la actualidad reside la accionante y proceder a vincular a la entidad territorial encargada de realizar las gestiones tendientes a incorporarla en el SISBEN y prestar los servicios de salud requeridos.

3.1 Tal circunstancia ha generado una tardanza en la resolución del presente trámite expedito, dejando sin solución las pretensiones de la parte accionante y poniendo en grave riesgo la vida y salud de **XXXXXX** y de su hija **XXXXXX**, quienes son sujetos de especial protección constitucional.

Para la Corte resulta inaudito el proceder de la Sala Única del Tribunal Superior de **XXXXXX**, que tras conocer de las difíciles condiciones en las que se encuentra la parte

accionante, se limite a cumplir la orden de este cuerpo colegiado, desconociendo que durante el trámite por ellos adelantado, la situación de la menor varió [cambio de residencia a XXXXXX], lo que demandaba del juez constitucional un mínimo de diligencia para vincular a las partes que eventualmente tendrían interés en las resultados del proceso.

Por tal motivo, en aras de garantizar el debido proceso de los intervinientes de la presente demanda constitucional, se hace necesario **vincular** a la Alcaldía Municipal de XXXXXX y a la Gobernación de XXXXXX, ya que son las encargadas del ingreso de los ciudadanos nacionales y extranjeros al SISBEN, y de conformidad con lo establecido en los artículos 43⁵ y 44⁶ de la Ley 715 de 2001, los responsables de dirigir, coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción.

En consecuencia, se hace necesario enterarlos del presente trámite para que se pronuncien en torno a lo allí reclamado. De no ser informados se lesionaría su derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la contradicción.

⁵ **ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD.** Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. [...]

⁶ **ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS.** Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción [...]

En tal orden de ideas, se decretará la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda de tutela emitido el 28 de febrero de 2019, inclusive, dejando con plena validez las pruebas practicadas y aportadas, para que proceda a integrar el contradictorio como corresponde.

4. De otra parte, como se trata de un tema de salud en evidente conexidad con la vida, es necesario acceder a la medida provisional que invocó la accionante en la demanda de tutela. En este sentido se dispondrá ordenar a la Alcaldía del Municipal de **XXXXXX** y a la Gobernación de **XXXXXX** que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación personal de esta providencia, dentro del ámbito de sus competencias, realice todas las gestiones necesarias para prestar los servicios de salud requeridos por la menor **XXXXXX**, y su hija **XXXXXX**, en relación con el diagnóstico de toxoplasmosis de la primera, así como los cuidados post natales de las dos. Esta decisión tendrá vigencia, hasta tanto el *A quo* profiera la respectiva providencia al rehacer el trámite tutelar.

Esta determinación se justifica en tanto que la agenciada es una menor de edad proveniente de Venezuela, presunta víctima de violencia sexual, que padece de una enfermedad parasitaria y no se encuentra afiliada a ningún régimen de salud, ni siquiera al subsidiado.

Dichas circunstancias permiten afirmar que es merecedora de especial protección constitucional, conforme

lo prevé el artículo 13 de la Carta Política, que indica que el Estado deberá propender de manera especial por aquellas personas que por sus condiciones físicas, mentales o económicas, se encuentran en condición de debilidad manifiesta.

Aunado a lo anterior, es inminente y necesario que se brinden los servicios de salud a la agenciada y su hija, pues **XXXXXX** tiene 15 años, y su hija **XXXXXX** tan solo 5 meses de edad, sin que se le hubiera practicado ningún tipo de control postnatal, pese a que la enfermedad que padece la primera puede ser transmitida a la recién nacida, lo que pone en grave riesgo, de no ser debidamente valoradas y atendidas, la salud y vida de aquellas.

Por ello se encuentra plenamente justificada la medida provisional reconocida en este caso, la cual tiene respaldo en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991 según el cual *«el juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso»* (idéntica postura adoptó esta Corporación en providencias CSJ ATP4015 – 2016 y CSJ ATP8191 – 2016).

Además, el Consejo de Estado expuso, en providencia del 15 de enero de 2015, (Rad. 11001-03-15-000-2014-

01787-01(AC)), que comparte esta Sala por su claridad y suficiencia, lo siguiente:

*Del contenido del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, anteriormente transcrito, se extrae que **el decreto de medida cautelar por parte del juez de tutela puede ser desde la presentación de la demanda a petición de parte o de oficio y que no establece un límite procesal para ello**, por lo cual debe entenderse, que la misma puede ser solicitada en cualquier momento sin importar la instancia en que se encuentre el trámite constitucional - impugnación o revisión , de considerarse que la vulneración o amenaza del derecho cuya protección se pretende continua latente, en aras de evitar un perjuicio inminente o mayor... (Negrillas fuera de texto).*

5. Finalmente, debe considerarse que al haberse tratado el asunto de la garantía de los derechos al *habeas data* y a la intimidad de la parte accionante, de conformidad con lo previsto en el numeral 3º, del artículo 3º del Decreto 1377 de 2013, reglamentario de la Ley 1581 de 2012 «*Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*»⁷, la Sala dispone, que por conducto de la Relatoría de Tutelas y de la Oficina de Sistemas, se habilite la reserva de los datos que posibiliten la individualización y/o identificación de las interesadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

⁷ **Datos sensibles:** Se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual, y los datos biométricos.

RESUELVE

Primero: DECLARAR la **nulidad** de lo actuado por la Sala Única del Tribunal Superior de **XXXXXX**, dentro de la acción de tutela incoada por la agente oficiosa de **XXXXXX**, a partir del auto del 28 de febrero de 2019, inclusive, dejando con plena validez las pruebas practicadas con arreglo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Segundo. CONCEDER la **medida provisional** que invocó la accionante en la demanda de tutela. En ese sentido, se dispondrá **ORDENAR** a la Alcaldía del Municipal de **XXXXXX** y a la Gobernación de **XXXXXX** que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación personal de esta providencia, dentro del ámbito de sus competencias, realice todas las gestiones necesarias para prestar los servicios de salud requeridos por **XXXXXX**, y su menor hija **XXXXXX**, en relación con el diagnóstico de toxoplasmosis de la primera, así como los cuidados post natales de las dos. Esta decisión tendrá vigencia, hasta tanto el *A quo* profiera la respectiva providencia al rehacer el trámite tutelar.

Tercero. Ordenar que por conducto de la Relatoría de Tutelas y de la Oficina de Informática, ambas de esta Corporación, se habilite la reserva de los datos que posibiliten la individualización y/o identificación de las interesadas.

XXXXXX

Cuarto. Devolver las diligencias a la Sala de origen, con el fin de que proceda conforme con lo señalado en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EYDER PATIÑO CABRERA

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria