

Sentencia T-1035/06

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Abuela en representación de nieta

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR/PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

REGIMEN CONTRIBUTIVO DE SALUD-Atención a nietos de afiliados cotizantes

DERECHO A LA SALUD DE BEBE DE BENEFICIARIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Caso en que recién nacida es nieta de cotizante/DERECHO A LA SALUD DE BEBÉ DE BENEFICIARIA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Cobertura que debe dar la EPS

Aun cuando los hijos de madres beneficiarias, a su vez nietos de los afiliados cotizantes, no se encuentran incluidos en el grupo familiar beneficiario de aquél, la EPS correspondiente debe (a) brindar acompañamiento a sus usuarias que consiste en informarlas sobre los servicios médicos cuya prestación no les corresponda a fin de adelantar en la etapa de gestación las diligencias pertinentes destinadas a obtener la asignación de la entidad prestadora de salud o administradora que asumirá la atención del hijo que está por nacer y (b) si la criatura nace y no ha sido asignada la entidad que prestará el servicio de salud la EPS está obligada a cubrir la atención médica del menor, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía. Esta cobertura del recién nacido hijo de beneficiaria por la EPS se extenderá hasta que el menor pueda ingresar a uno de los regímenes de salud mediante las modalidades

previstas, a saber: (i) como miembro dependiente de su abuelo o abuela, cuando la familia del menor cuente con capacidad económica para asumir el costo de la UPC adicional regulada en el art. 40 del Decreto 806 de 1998, (ii) como beneficiario de su mamá, cuando esta pueda acceder al Sistema como afiliada principal, (iii) como afiliado en el régimen subsidiado una vez sus padres ingresen al mismo.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL DE BEBE PREMATURO-Caso en que la EPS se negó a autorizar servicios médicos de cuidados intensivos

ACCION DE TUTELA-Hecho superado por atención médica a bebé prematuro/ACCION DE TUTELA-Hecho superado no obsta para que la Corte se pronuncie y unifique jurisprudencia

En este caso, la vulneración a los derechos fundamentales de la menor nieta de la demandante ha desaparecido y la Sala se encuentra frente a un hecho superado, pues en primer término, (a) la Clínica suministró el tratamiento médico de cuidados intensivos que requirió la niña en el período siguiente su nacimiento y en segundo lugar, (b) porque la menor se encuentra afiliada al régimen de seguridad social en salud subsidiado y recibe servicios médicos a cargo de la ARS. Por este motivo, se carece de objeto para fallar y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

DERECHO A LA SALUD DE RECIEN NACIDO-Obligaciones de entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud

Según fue afirmado por esta Corporación en anteriores oportunidades, las entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud -EPS, ARS e IPS- no pueden condicionar la atención en salud de un recién nacido al cumplimiento de requisitos

relacionados con la vinculación directa o indirecta de éste a determinado grupo familiar. Es decir, la afiliación previa al régimen de salud de una niña o un niño recién nacido no puede constituir una barrera que impida el acceso al servicio de salud de los mismos. Se prevendrá a la EPS para que no vuelva a incurrir en el comportamiento descrito y en sus actuaciones respete y proteja los derechos fundamentales de niños y niñas. Adicionalmente, toda vez que presta un servicio público que permite realizar el derecho constitucional a la salud, ordenará a la EPS que diseñe programas de acompañamiento a madres gestantes dirigidos a garantizar la atención en salud de sus hijos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Referencia: expediente T-1315681

Acción de tutela instaurada por Asceneth Duque Obando en calidad de agente oficiosa de su nieta Ashley Nashira Marulanda Duque contra Humana Vivir E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil seis (2006).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la

preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo único de instancia dictado por el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías Constitucionales de Santiago de Cali el doce (12) de febrero de 2006.

I. ANTECEDENTES

La señora Asceneth Duque Obando, en calidad de agente oficiosa de su nieta Ashley Nashira Marulanda Duque, presentó acción de tutela de manera verbal el 31 de enero de 2006 contra Humana Vivir E.P.S., con el objeto de que se ampararan los derechos fundamentales de la recién nacida a la salud, a la vida, a la seguridad social y la protección especial de la niñez.

Hechos y pretensiones

1.- La peticionaria Asceneth Duque se encontraba afiliada a la EPS Humana Vivir en calidad de cotizante del régimen contributivo de salud. En virtud de dicha afiliación, su hija, Christel Yuliana Marulanda Duque, quien dependía económicamente de aquélla y era parte de su

grupo familiar, recibía atención en salud como beneficiaria del régimen.

2.- La joven beneficiaria Christel Yuliana Marulanda Duque, dio a luz a la niña, Ashley Nashira Marulanda Duque el 19 de enero del 2006 en las instalaciones de la Clínica Versalles. La menor, nieta de la demandante nació de manera prematura y fue remitida a la Unidad de Cuidados Intensivos -UCERIN- de dicha Institución, debido a que sufrió problemas respiratorios, cardíacos, anomalías en el pulmón izquierdo y bajo peso.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

4.- Como consecuencia de lo anterior, la demandante solicitó ante el juez constitucional ordenar a Humana Vivir EPS prestar los tratamientos médicos, cirugías y medicamentos necesarios para preservar la vida de su nieta, Ashley Nashira Marulanda Duque.

5.- Adicionalmente, solicitó como medida provisional que la EPS demandada brinde a la bebé la atención médica integral y urgente.

Intervención de Humana Vivir EPS

6.- María Clemencia Ballesteros Echeverri, representante judicial de la entidad accionada, dio contestación a la acción de tutela de la referencia mediante oficio del 7 de febrero de 2006, donde expuso las razones por las que considera que el proceder de la EPS no vulneró los derechos fundamentales invocados por la peticionaria y solicitó declarar improcedente la protección solicitada.

7.- En su escrito informó que la demandante inició su afiliación a Humana Vivir en junio 17 de 2001 y entre sus beneficiarios se encontraba su hija Christel Marulanda, quien dio a luz a la niña cuya protección constitucional se solicita. En virtud de la situación descrita, la representante de la EPS manifiesta que entre dicha Entidad y la niña Ashley Nashira Marulanda Duque “no existe vínculo alguno que genere la obligación de prestar los servicios de salud”(ver cuad. 1 fl. 30), por cuanto aquélla no tiene la calidad de beneficiaria de su abuela por no encontrarse inscrita como beneficiaria adicional.

8.- Igualmente, indicó que la EPS no era la encargada de cumplir la medida provisional solicitada, por cuanto la Clínica Versailles, que atendió a la niña desde el nacimiento, debía continuar brindando la atención médica y posteriormente, facturar el costo de los servicios médicos a cargo del ente territorial, pues aquélla tiene la calidad de vinculada al sistema de seguridad social.

9.- De la misma manera, señaló que de conformidad con la normatividad vigente, Decreto 047 del 2000, la accionante puede incluir a su nieta en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS- como beneficiaria adicional, o en calidad de beneficiaria de su mamá, caso en el cual ésta ingresaría como cotizante del régimen. Así mismo, explicó que la niña puede recibir atención médica en calidad de beneficiaria del régimen subsidiado.

10.- Posteriormente, mediante escrito de mayo diez (10) de 2006, allegado durante el trámite de revisión, el Director Jurídico de la EPS insistió en solicitar la improcedencia de la acción de tutela presentada y manifestó que la Entidad procedió a efectuar la desafiliación de la accionante, por cuanto aquélla incurrió en conductas abusivas frente al Sistema General de Seguridad Social -SGSSS-, pues brindó información inconsistente sobre su vinculación laboral.

11.- Agregó que en atención a la naturaleza parafiscal de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la EPS no estaba autorizada a prestar los servicios de salud a la accionante. En consecuencia, aquélla debía acudir a la Secretaría de Salud con el fin de solicitar su clasificación en el SISBEN y acceder al régimen subsidiado o iniciar los trámites destinados a afiliarse a su hija como trabajadora independiente con el objeto de que aquélla incluyera como su beneficiaria a la niña Ashley Nashira Marulanda Duque.

Intervención de la Clínica Versalles

12.- María Teresa Correa, Directora Operativa de la Clínica Versalles, intervino en el trámite de revisión de la acción de tutela e informó a la Corte Constitucional algunos aspectos relacionados con los servicios de salud brindados a la niña Ashley Nashira Marulanda Duque. En primer lugar, señaló que aquélla fue atendida en la Institución entre enero 19 y febrero 6 de 2006, período en el cual recibió atención médica de cuidados intensivos hasta ser dada de alta por mejoría.

13.- Así mismo, indicó que la joven Christel Marulanda Duque, madre de la bebé, ingresó a la Clínica en calidad de beneficiaria (hija) de la señora Asceneth Duque Obando, quien era cotizante de la EPS Humana Vivir. Por este motivo, la EPS cubrió los gastos relacionados con la atención del parto pero no autorizó la atención de cuidados intensivos a favor de la recién nacida. Igualmente, expresó que “la madre y la abuela de la Recién Nacida se negaron a asumir los costos manifestando problemas económicos”.

14.- Por otra parte, informó que el costo total de los gastos hospitalarios generados por la atención a la neonata fue de \$13.200.156 pesos, valor que “aún no ha sido cancelado ni por la familia de la paciente ni por la EPS Humana Vivir” (ver fl. 40, segundo cuaderno).

Intervención Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca

15.- Javier Hernán Parga Coca, Subsecretario de Gestión de Recursos, presentó escrito en el trámite de revisión adelantado en la Corte Constitucional y solicitó exonerar de responsabilidad a la Secretaría Departamental, pues la misma ha cumplido con el deber de garantizar la prestación de servicios de salud a la niña Ashley Nashira Marulanda Duque, en cumplimiento de la Ley 715 de 20011.

16.- En su intervención manifestó que la accionante Asceneth Duque Obando así como su hija Christel Yuliana Marulanda Duque son afiliadas a Humana Vivir EPS y por tanto, se encuentran vinculadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-.

17.- De igual manera, indicó que a la luz de la normatividad vigente, la niña Ashley Nashira Marulanda Duque debe recibir atención en salud del Estado, a través de las Instituciones Prestadoras de Salud Pública -IPS-. En virtud de lo anterior, expresó que la solicitud de prestación de servicios de salud de la menor debe ser dirigida a tales Instituciones.

18.- Por otra parte, expresó que la niña cuya protección constitucional fue solicitada puede ser incluida en el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- "(i) como beneficiaria adicional de su abuela en el régimen Contributivo pagando una UPC adicional, (ii) siendo la Madre de la menor cotizante del Régimen Contributivo y así incluir a su hija como beneficiaria del sistema, (iii) que a la menor se aplique la encuesta del SISBEN del Municipio de residencia, sea clasificada y beneficiaria del régimen subsidiado" (fl. 46, segundo cuaderno).

19.- Agregó que “la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca dará la atención en salud a la menor Ashley Nashira, hasta tanto le sea asignada una EPS o ARS por parte del Municipio-Secretaría de Salud Pública Municipal” (ver fl. 46, segundo cuaderno).

20.- Finalmente, informó que requirió a la Secretaría de Salud Pública Municipal de Santiago de Cali con el objetivo de que dicha Entidad realice una nueva encuesta SISBEN a la señora Christel Yuliana Marulanda Duque y proceda a clasificarla e incluirla como beneficiaria del régimen subsidiado, en caso de que se cumplan los requisitos para tal fin.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Intervención Secretaría de Salud Pública Municipal de Santiago de Cali

21.- María Patricia Ochoa Victoria, Coordinadora del Área Jurídica de la Secretaría de Salud Pública Municipal de Santiago de Cali, presentó memorial durante el trámite de revisión ante la Corte Constitucional, en donde informó que la bebé Ashley Nashira Marulanda Duque se encuentra identificada con la ficha del SISBEN desde el 21 de febrero de 2006, con el No. 724419, nivel 2 y afiliada a la ARS Calisalud, la cual se encuentra encargada de prestar servicios médicos a aquélla desde marzo 29 de 2006.

22.- Así mismo, presentó algunas consideraciones relacionadas con la garantía del servicio público de salud a la menor nieta de la demandante y de manera general, a la atención de nietas y nietos de afiliados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-. En primer término, se refirió a las normas de la Ley 100 de 1993 -art. 163- y del Decreto 806 de 1993 -art. 34- que definen quiénes integran el grupo familiar de una persona afiliada al régimen contributivo y el derecho de niñas y niños recién nacidos a ser incluidos automáticamente como beneficiarios del régimen contributivo a través de la EPS a la que esté afiliada la madre y recibir los servicios incluidos en el POS, sin que sean exigibles períodos mínimos de cotización para brindar atención médica.

23.- De la misma manera, precisó dos situaciones en las cuales una persona recién nacida no es beneficiaria de inclusión automática en el régimen de salud contributivo y por tanto, los servicios de salud que reciba una vez acceda a la afiliación están sujetos a períodos mínimos de cotización. Por un lado, cuando la madre que da a luz no se encuentra afiliada al régimen contributivo pues en este caso, deberá afiliarse e incluir al bebé como beneficiario y por otro lado, cuando el padre del recién nacido se encuentra afiliado a una EPS ya que, en criterio de la interviniente, la normatividad vigente sólo contempla el beneficio en caso de afiliación de la madre.

24.- En segundo término, indicó que según el Decreto 806 de 1998, una persona recién nacida que tenga la calidad de nieta de quien es afiliado cotizante al régimen contributivo no forma parte del grupo familiar de éste y por consiguiente, deberá ser incluida como afiliada adicional o cotizante dependiente mediante el pago de un aporte adicional que se denomina Unidad de Pago por Capitación -UPC- y de valores mensuales definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud para la financiación de actividades de promoción de la salud y de la enfermedad.

25.- Adicionalmente, explicó que recién nacidos que sean nietos de personas beneficiarias del régimen subsidiado podrán ser afiliados a dicho régimen si cumplen los requisitos de identificación y priorización definidos por los Acuerdos 244 y 253 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Indicó que en caso de no cumplir con los requisitos exigidos en la normatividad, los recién nacidos “podrán ser atendidos como población pobre y vulnerable en servicios no cubiertos con subsidios a la demanda, por el Departamento, Distrito o Municipio descentralizado en salud en el cual resida según las competencias establecidas por la Ley 715 de 2001 (...)” (ver fl. 60, segundo cuaderno).

Pruebas que obran en el expediente

- Copias de fotografías de la bebé Ashley Nashira Marulanda Duque, nieta de la demandante, en incubadora (cuad. principal, fls. 3 y 4).

- Copia del certificado de persona nacida viva No. A 6962211 expedido por el DANE, donde consta nacimiento de la niña hija de Christel Yuliana Marulanda Duque (cuad. principal, fl. 5).

- Copia del formulario de autoliquidación de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS- del 4 de enero de 2006, con salario base de cotización de \$408.000 pesos, correspondiente a la afiliada Asceneth Duque Obrando (cuad. principal, fl. 6).

- Copia de la cédula de ciudadanía de Asceneth Duque Obando y del carné de afiliación a Humana Vivir EPS en calidad de cotizante con vigencia desde junio 17 de 2001 (cuad. principal, fl. 7).

- Copia de la cédula de ciudadanía de Christel Yuliana Marulanda Duque y del carné de afiliación a Humana Vivir EPS en calidad de beneficiaria con vigencia desde junio 17 de 2001 (cuad. principal, fl. 7).

- Copia de la historia clínica de la niña Ashley Nashira Marulanda Duque nacida el 19 de enero de 2006 (cuad. principal, fls. 8 a 22).

- Copia del oficio de citación para presentación de descargos por las inconsistencias

encontradas en relación con la vinculación laboral que soportaba la afiliación de la demandada (cuad. 2, fls. 13 y 14).

- Copia del acta de no comparecencia de la señora Asceneth Duque Obando a la diligencia de descargos previa al procedimiento de desafiliación de la misma (cuad. 2, fl. 16).

- Copia del oficio de febrero 28 de 2006 en el que Humana Vivir le informa a la señora Asceneth Duque Obando que resolvió su desafiliación por “haber incurrido en conductas abusivas o de mala fe frente al Sistema” (cuad. 2, fls. 17 y 18).

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Sentencia objeto de revisión

Fallo único de instancia

26.- El Juzgado Trece (13) Penal Municipal con Función de Control de Garantías Constitucionales, mediante fallo del 12 de febrero de 2005, profirió sentencia única de instancia en la cual denegó la protección constitucional solicitada por la peticionaria. En su pronunciamiento, consideró que a la luz de la legislación del Sistema General de Seguridad Social en Salud no es posible prestar servicios de salud a la recién nacida, por cuanto la madre de la bebé tiene otras alternativas, como: afiliarse al régimen contributivo en calidad de cotizante para beneficiar a su hija o acudir a las entidades del Estado con el fin de acceder al régimen subsidiado.

27.- Igualmente, señaló que no era posible ordenar a Humana Vivir EPS cubrir los gastos de salud de la menor, toda vez que no existía vínculo contractual entre la recién nacida y la entidad demandada.

28.- Finalmente, destacó que el fallo de tutela debe responder a la realidad fáctica y por ese motivo, procede amparar los derechos cuando es posible verificar una violación de los mismos. Sin embargo, en caso de no existir una vulneración, amenaza o desconocimiento de aquéllos, “la tutela no puede convertirse en un medio o camino judicial para satisfacer caprichos, imaginaciones o deseos de quien se considere víctima o sujeto pasivo, sin tener la calidad de tal, y mucho menos para licitar acciones de los ciudadanos contrarias a la ley” (cuad. principal, fl. 38).

Revisión por la Corte Constitucional

29.- Remitido el expediente a esta Corporación, mediante auto de seis (6) de abril de dos mil seis, la Sala de Selección dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

30.- En el trámite de revisión surtido en la Corte Constitucional, la Sala Séptima de Revisión Constitucional, mediante auto de veinticuatro (24) de mayo de 2006, decidió vincular a instituciones que no fueron demandadas pero que eventualmente podían resultar afectadas con la decisión adoptada por la Corte Constitucional, particularmente la Clínica Versalles de Cali, la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca y la Secretaría de Salud Pública Municipal de Santiago de Cali.

31.- En el auto referido, la Sala Séptima ordenó por Secretaría General, solicitar a la Clínica

Versalles indicar si brindó atención en salud a la niña Ashley Nashira Marulanda y en caso de ser así, señalar el tipo de vinculación contractual con fundamento en el que otorgó dichos servicios e igualmente, el valor de la atención brindada.

32.- Así mismo, ordenó solicitar a la Secretaría de Salud Pública de Cali remitir información referente a la prestación de servicios de salud a la población recién nacida cuando sus padres se encuentran afiliados al régimen contributivo en calidad de beneficiarios de una persona cotizante principal; indicar si la menor nieta de la señora Asceneth Duque Obando es parte de la población clasificada en el SISBEN, especificar el nivel en el que se encuentra y finalmente, informar si fue afiliada a una Administradora del Régimen Subsidiado -ARS-.

33.- En providencia de veinticuatro (24) de mayo de 2006, la Sala Séptima de Revisión comisionó al Juzgado Trece Penal Municipal de Cali con Función de Garantías Constitucionales para que practicara y allegara a esta Corporación las siguientes pruebas:

“(i) Declaración de la ciudadana Asceneth Duque Obando en la que indique:

“- En relación con los servicios de salud que requería su nieta nacida el 19 de enero de 2006:

“(a) si a la niña le fue brindada la atención médica de cuidados intensivos que requería, (b) cuál o cuáles entidades brindaron la atención médica necesaria (c) quién asumió los gastos médicos brindados a la bebé, (d) en caso de que ella o un integrante de su familia hubiese asumido los gastos de salud generados, cuál fue el instrumento de pago (e) si la EPS Humana Vivir le informó acerca de las opciones para cubrir los servicios de salud prestados a su nieta y en caso afirmativo cuáles fueron las alternativas planteadas, (f) si intentó afiliarse a su nieta

ante la EPS demandada para que le fuera prestada la atención médica, (g) agregar a la diligencia otras explicaciones que considere convenientes.

“- En relación con su situación económica y la de su familia:

“(a) informar a cuánto ascienden actualmente sus ingresos económicos y cuál es su origen, (b) si algún otro miembro de su familia percibe un ingreso y contribuye con el sostenimiento económico del núcleo familiar y, de ser así, a cuánto corresponde, (c) cuáles son sus obligaciones económicas personales y familiares, e indicarlas de manera discriminada (tales como arrendamiento, educación, servicios públicos, alimentos, vestuario, deudas con entidades financieras), (d) cuántas personas se encuentran económicamente a su cargo, e indicar su parentesco y edad.

“- En relación con su desafiliación de la EPS Humana Vivir:

“(a) si recibió la comunicación de la EPS Humana Vivir en la cual le informaba sobre las inconsistencias encontradas en relación con su situación laboral, (b) si intentó explicar a la EPS Humana Vivir las dudas en relación con su vinculación laboral, (c) si ha intentado realizar una nueva afiliación ante el régimen contributivo de seguridad social.

“(ii) Declaración de la ciudadana Christel Yuliana Marulanda Duque en la que indique:

“- En relación con los servicios de salud prestados a su hija nacida el 19 de enero de 2006:

“(a) si a la niña le fue brindada la atención médica de cuidados intensivos que requería, (b) cuál o cuáles entidades brindaron la atención médica necesaria, (c) quién asumió los gastos médicos brindados a la bebé, (d) en caso de que ella o un integrante de su familia hubiese asumido los gastos de salud generados, cuál fue el instrumento de pago, (f) en qué condición fue atendida la niña, -afiliada al sistema de seguridad social, beneficiaria de la EPS, particular-, (f) si la EPS Humana Vivir o la Clínica Versalles le indicaron alternativas para cubrir los costos generados por la atención en salud prestada a su hija y en caso afirmativo cuáles fueron las alternativas planteadas, (g) si intentó afiliarse a su hija ante la EPS demandada para que le fuera prestada la atención médica, (h) si en la actualidad su hija recibe atención médica y a cargo de quién, (i) agregar a la diligencia otras explicaciones que considere convenientes.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“- En relación con su situación económica:

“(a) informar a cuánto ascienden actualmente sus ingresos económicos y cuál es su origen, (b) si algún otro miembro de su familia percibe un ingreso y contribuye con el sostenimiento económico del núcleo familiar y, de ser así, a cuánto corresponde, (c) cuáles son sus obligaciones económicas personales y familiares, e indicarlas de manera discriminada (tales como arrendamiento, educación, servicios públicos, alimentos, vestuario, deudas con entidades financieras), (d) cuántas personas se encuentran económicamente a su cargo, e indicar su parentesco y edad”.

34.- Mediante comunicación de veintidós (22) de junio de 2006, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió al despacho del Magistrado Sustanciador de la acción de tutela de la referencia los documentos con las respuestas aportadas por la Clínica Versalles, la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca y la Secretaría de Salud Municipal de Cali en relación con la acción de tutela de la referencia.

35.- En auto de junio veintidós (22) de 2006 dictado por el despacho del Magistrado Sustanciador, esta Corporación ordenó por Secretaría General, requerir al Juzgado Trece Penal Municipal de Cali con Función de Control de Garantías Constitucionales para que en el término de cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha de notificación de dicho auto practicara el despacho comisorio dispuesto por la Sala Séptima de Revisión.

36.- En comunicación de agosto veinticuatro (24) de 2006, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió al despacho del Magistrado Sustanciador, el informe allegado por la Juez de Conocimiento de la acción de tutela objeto de revisión, en donde informó lo siguiente:

“En cumplimiento a la comisión impartida por la Secretaría de la Corte Constitucional a través del despacho comisorio número 04 de mayo 26 de 2006, éste despacho requirió por medio de los números telefónicos obrantes en la demanda en varias ocasiones la asistencia de la señora Asceneth Duque Obando y Christel Marulanda, a efectos de escucharlas en declaración jurada de acuerdo a lo encomendado, sin que ello hubiera sido posible en virtud a que, según manifestación de la señora Ana Obando (madre de Asceneth), ésta se marchó para otra ciudad sin saber cuándo retorna en tanto que Christel no reside en su domicilio.

“De igual manera el despacho libró un oficio que fue remitido oportunamente al lugar de residencia reportado por la actora, sin que las personas requeridas hubieran comparecido como se les hizo saber.

“Por la referida razón y en virtud este Juzgado estima conveniente devolver las actuaciones a su lugar de origen, para que se resuelva lo pertinente.

“(...)”.

37.- Mediante Auto de septiembre 25 de 2006, el despacho el Magistrado Sustanciador ordenó por Secretaría General de esta Corporación, solicitar a la demandante y a la Clínica Versalles de Cali la siguiente información:

“(i) Indique si la demandante Asceneth Duque Obando o la señora Christel Yuliana Marulanda Duque respaldaron el valor de los servicios de salud prestados a la niña Ashley Nashira Marulanda Duque hija de Christel Yuliana Marulanda Duque mediante títulos valores suscritos a favor de la Clínica u otras garantías de pago.

“(ii) Señale cuáles son las gestiones que ha emprendido para efectuar el cobro del valor facturado por los gastos hospitalarios generados por la atención de la menor Ashley Nashira Marulanda Duque.

“SEGUNDO.- ORDENAR que por Secretaría General de esta Corporación se solicite a las accionantes Asceneth Duque Obando y Christel Yuliana Marulanda Duque enviar a esta Corporación copia de los instrumentos para garantizar el pago -títulos valores- suscritos a favor de la Clínica Versalles por los servicios hospitalarios prestados a la menor Ashley Nashira Marulanda Duque”.

38.- En auto de 11 de octubre de 2006, Secretaría General informó que vencido el término no se recibió comunicación alguna por la peticionaria. En auto de 12 de octubre de 2006, la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho del Magistrado Sustanciador memorial de 9 de octubre de 2006, suscrito por el Gerente Médico de la Clínica Versalles José Luis Gélvez Martínez.

39.- Con fundamento en la información allegada por las partes tanto en el trámite de instancia como durante la revisión, la Sala Séptima de Revisión procederá a proferir sentencia sobre el asunto objeto de examen.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Presentación del caso y problema jurídico objeto de estudio

2.- De conformidad con las circunstancias presentadas en la acción de tutela, esta Sala se pronunciará sobre los siguientes asuntos jurídicos (a) legitimidad por activa de quien es abuela y solicita la protección constitucional de los derechos de su nieta mediante la acción de tutela y (b) estudiará si una Entidad Promotora de Salud -EPS- vulnera derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social de una recién nacida, por no autorizar la prestación de servicios de salud de cuidados intensivos que la misma necesita, con fundamento en que la niña es hija de una afiliada beneficiaria del régimen, nieta de la afiliada cotizante y por tanto, se encuentra excluida del grupo familiar que, según la normatividad vigente, puede ser beneficiario del cotizante principal y recibir atención en

salud.

3.- Con el fin de resolver los asuntos presentados, la Corte (i) reiterará la jurisprudencia constitucional sobre la agencia oficiosa de abuelas para solicitar mediante acción de tutela la protección constitucional de los derechos de sus nietos, (ii) reiterará la jurisprudencia constitucional acerca de la prevalencia de los derechos de los niños, (iii) estudiará la atención en salud a nietos de afiliados cotizantes en el régimen contributivo de seguridad social en salud (iv) analizará el caso concreto.

Jurisprudencia constitucional sobre la agencia oficiosa de quien en condición de abuela solicita mediante acción de tutela la protección constitucional de los derechos de sus nietos

4.- El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala la legitimidad e interés para actuar en sede de tutela y dispone que fuera de la persona afectada en sus derechos -quien actuará por sí misma o a través de representante-, es posible agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa⁴.

Por otra parte, importa recordar que con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política, cualquier persona, natural o jurídica, puede acudir ante el juez de tutela para solicitar su protección⁵. Así las cosas, ante la ausencia de los representantes legales del menor, es posible que otras personas soliciten la protección constitucional de los derechos de aquel, dadas las circunstancias especiales en que se encuentre el niño, o la inminencia del daño causado.

5.- En este caso, la acción de tutela es promovida por la abuela de la menor afectada en sus derechos toda vez que en el momento de presentar la acción de tutela, la mamá de la recién

nacida se encontraba interna en la Clínica Versailles de Cali, dado el reciente alumbramiento, por cesárea, de su bebé. (Ver fl. 2, 8 cuaderno principal).

6.- En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que la progenitora de la niña no estaba en condiciones de reclamar protección constitucional a favor de su hija, la accionante se encuentra legitimada por activa para promover el amparo constitucional a nombre de su nieta. Por ende, para la Sala la actuación de la señora Asceneth Duque Obando se encuentra ajustada a la Constitución y al trámite de acción de tutela del decreto 2591 de 1991.

Reiteración de jurisprudencia constitucional sobre la prevalencia de los derechos de los niños

7.- La Constitución Política de Colombia establece un amplio marco de protección para los niños. De esta manera, el artículo 446 prevé que aquéllos son beneficiarios tanto de derechos establecidos en el Texto Constitucional como en tratados internacionales ratificados por Colombia y señala el carácter prevalente de los mismos. Este precepto se encuentra complementado por el artículo 50, que fija una especial protección para los niños menores de un año y por el artículo 67 sobre el carácter obligatorio del derecho a la educación para niños entre 5 y 15 años de edad.

8.- Así mismo, dadas las condiciones de vulnerabilidad de los niños y la necesidad de cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquéllos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional⁷. Este criterio permite la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas, donde tanto el Estado como la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos.

9.- Adicionalmente, y por virtud de tratados internacionales a la luz de los cuales deben interpretarse los derechos consagrados en la Constitución Política⁸, las situaciones que involucren a los menores deben ser resueltas considerando el principio de interés superior del niño. Este principio fue incorporado en el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño⁹ y, según el Comité de Derechos del Niño¹⁰, el mismo conlleva que “los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente”.

10.- Adicionalmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes reconocen el derecho de los menores al disfrute del más alto nivel posible de salud. De este modo, los Estados Partes se comprometen a asegurar la plena aplicación de este derecho y a adoptar medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia sanitaria necesaria a todos los niños, especialmente el desarrollo de la atención primaria en salud.

11.- En este contexto, la jurisprudencia de esta Corporación ha reafirmado los lineamientos previstos tanto en la Constitución como en la normatividad internacional y los ha aplicado para resolver casos donde están de por medio derechos de los niños.

12.- En relación con la protección de los derechos de los niños y en especial, los recién nacidos, esta Corporación ha analizado diversas situaciones donde ha otorgado un amplio alcance a las garantías constitucionales dispuestas a su favor, particularmente en materia de salud y seguridad social.

Así, sobre las prestaciones incluidas en el Sistema de Seguridad Social Integral, en sentencia T-680 de 200311, la Corte afirmó que “El menor recién nacido es sujeto de especial protección dado el grado de dependencia e indefensión en el que se encuentra, a diferencia de menores de edad que ya gozan de un desarrollo físico, psicológico y emocional que les permita adoptar autónomamente algunas de sus decisiones sin la anuencia necesaria de sus padres”.

En fallo T- 731 de 2004, la Corte se refirió a la responsabilidad de las EPS y empresas de medicina prepagada frente a la atención en salud a recién nacidos¹² y recordó a Salud Coomeva Medicina Prepagada y a la E.P.S. Coomeva, que “la protección de los derechos fundamentales de los niños está en cabeza no sólo de la familia, sino también del Estado y la sociedad, de manera que todas las instituciones públicas y privadas, más cuando están a cargo de la prestación de un servicio público esencial como el servicio de salud, están comprometidas en la garantía de tales derechos, por lo que todas sus actuaciones deben estar guiadas por el interés superior del menor”.

Adicionalmente, la Corte se refirió al acceso a los servicios de salud por parte del bebé, en los siguientes términos:

“(…)

“la Sala considera necesario aclarar que era responsabilidad de Salud Coomeva Medicina Prepagada garantizar al menor Jacobo Giraldo Arango la atención integral en salud que requiriera durante su primer mes de vida, de acuerdo con el parágrafo del artículo 20 del Decreto 806 de 1998, en vista de que dicha entidad nunca le advirtió a Adriana María Arango Vélez, madre del menor, la necesidad de que estuviera afiliada al régimen contributivo de

salud para que pudiera acceder al plan de medicina prepagada que contrató.

“En este punto hay que tener presente que de haber estado la accionante afiliada al sistema de salud, la E.P.S. a la que hubiese estado vinculada, tendría que haber garantizado los tratamientos requeridos por el menor durante sus tres primeros meses de vida, como mínimo, pues tal consecuencia está contemplada dentro de las normas que regulan la prestación del P.O.S. a los afiliados del régimen contributivo, de modo que a falta de E.P.S., y dado que se entiende que el P.O.S. comprende los servicios básicos necesarios para garantizar una atención integral en salud, correspondía a Salud Coomeva Medicina Prepagada hacerse responsable de la prestación de estos”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En sentencia T-405 de 2006, la Corte se pronunció sobre el deber de una Entidad Promotora de Salud proporcionar a una niña de 5 años, los elementos necesarios para el tratamiento de la enfermedad de diabetes que padecía. En su fallo, estimó que cuando los niños se encuentran en alto riesgo, la atención del Estado hacia los menores debe ser aún mas expedita.

En la providencia citada, la Corte agregó: “con fundamento en las normas internacionales y en la Carta Política el derecho de los menores a beneficiarse de la seguridad social implica que los entes del Estado y aquéllos que en su nombre prestan el servicio de Salud, deben prestar especial atención especial a este grupo de personas por encima de las reglamentaciones ordinarias que se opongan a tal imperativo”.

13.- En consecuencia, existe un marco constitucional y legal que permite brindar a los niños un trato preferente en situaciones concretas que involucran sus derechos. Así, dada la prevalencia de los derechos de los niños, su condición de sujetos de especial protección constitucional y el principio de interés superior del menor, el derecho a la salud de los niños debe ser garantizado tanto por las autoridades públicas como por los particulares sin que sea posible oponer requisitos de orden legal o administrativo que anulen el alcance de la garantía de sus derechos fundamentales.

La atención en salud a nietos de afiliados cotizantes en el régimen contributivo de seguridad social en salud

14.- El Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, diseñado por la Ley 100 de 1993, pretendió crear condiciones adecuadas para lograr el acceso de toda la población a los distintos niveles de atención en salud. Con el fin de garantizar cobertura en salud, el Sistema -SGSSS- fue organizado en dos regímenes, a) contributivo y b) subsidiado. Las personas pueden acceder a estos sistemas como afiliados, o como vinculados¹⁴.

15.- En el régimen contributivo reciben servicios de salud tanto las personas afiliadas a cargo de realizar el pago de cotizaciones, como su grupo familiar. Ahora bien, ¿de qué manera se encuentra regulado el acceso al servicio público de salud de hijos de afiliados beneficiarios, a su vez, nietos del afiliado cotizante en el régimen contributivo?

Sobre este asunto, importa señalar que la prestación de servicios de salud en el régimen contributivo, tanto a afiliados como a su grupo familiar beneficiario está regulada por el artículo 163 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 34 del Decreto 806 de 1998. Dichos preceptos indican la manera en que está conformado el grupo familiar, el cual recibe servicios mediante el cubrimiento de la Unidad de Pago por Capitación.

De conformidad con estas disposiciones, son parte del grupo familiar tanto los hijos menores de 18 años de edad que dependan económicamente del afiliado, los hijos mayores de edad que padecen incapacidad permanente o menores de 25 años que sean estudiantes con dedicación exclusiva y que dependan económicamente del afiliado. Así mismo, el parágrafo 2 del artículo 163, señala que “Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre (...)”¹⁵.

Adicionalmente, estas normas prevén la posibilidad de extender la vinculación al régimen contributivo a personas que a pesar de no estar señalados como integrantes del grupo familiar del cotizante, dependan económicamente del mismo y tengan menos de 12 años, o que tengan un parentesco hasta el tercer grado de consanguinidad. Estas personas deben cubrir el valor de una UPC adicional y acceden al régimen en calidad de “otros miembros dependientes”¹⁶.

16.- Así las cosas, dentro del grupo familiar beneficiario del afiliado cotizante no se encuentran incluidos sus nietos. No obstante, es posible que los mismos ingresen al régimen contributivo como “otros miembros dependientes” mediante el pago de una UPC adicional a cargo del afiliado. Es decir, el ingreso de los nietos se encuentra condicionado al cumplimiento del requisito de índole económica previsto en el artículo 40 del Decreto 806 de 1998.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

18.- Así, en sentencia T- 953 de 2003¹⁷, la Corte se refirió a la protección de los menores de un año, hijos de madres adolescentes beneficiarias del régimen contributivo. En su fallo, esta

Corporación sostuvo que el Sistema de Seguridad Social ampara la salud integral de todos los niños, durante el primer año de vida, desde su concepción, y no únicamente la de aquellos que pertenecen a un determinado grupo familiar o cuentan con el apoyo de alguno. Por consiguiente, de acuerdo con la Corte, “no puede decirse que la atención integral en salud del recién nacido pende de que éste pertenezca al grupo familiar del cotizante, como tampoco es dable afirmar que dicha atención se supedita al pago de un aporte adicional, por parte de aquel”.

Así mismo, consideró que las EPS deben asumir la prestación de servicios médicos a niños hijos de beneficiarias “sin perjuicio, claro está, de que el régimen de afiliación cuente para determinar si la EPS asume los costos, con cargo a la unidad de pago por capitación -dada la pertenencia del recién nacido al grupo del cotizante, en los términos del artículo 34 del Decreto 806 de 1998-, o si la prestadora tiene derecho a revertir contra el Fondo de Solidaridad y Garantías en Salud”. En el fallo, la Corte concluyó que “las entidades prestadoras, promotoras y administradoras de salud, en cuanto reciben aportes del Sistema de Seguridad Social son las primeramente obligadas a brindar asistencia médica a los recién nacidos, hijos de sus afiliadas -durante el primer año de vida -, salvo que a tiempo del alumbramiento la atención del pequeño haya sido asignada a otra institución del Sistema y se encuentre por ende garantizada”.

19.- Posteriormente, en providencia T-950 de 2005, la Corte analizó si el hijo de una beneficiaria menor de edad, perteneciente al régimen contributivo, tenía derecho a la atención en salud por parte de la entidad promotora de salud a la cual se encontraba afiliada, y si, por consiguiente, la E.P.S. demandada le vulneró a su hijo, los derechos a la salud y a la seguridad social por negarse a prestarle los servicios de salud, bajo el argumento de que no se encontraba afiliado al régimen contributivo. Sobre la prestación del servicio de salud a niños menores de un año esta Corporación indicó:

“no puede atarse o depender de la afiliación o no directa del niño a una entidad prestadora del servicio de salud, pues justamente por su situación de indefensión y vulnerabilidad tienen derecho a una atención gratuita. Tal protección es aún más fuerte cuando la madre es adolescente -quien por mandato de la Constitución tiene derecho a la protección y a la formación integral-, no posee recursos económicos y no cuenta con el apoyo del padre del neonato”.

20.- Igualmente, en fallo T-1199 de 2005, la Corte estimó que la EPS Coomeva vulneró derechos fundamentales de un recién nacido, hijo de una menor de edad beneficiaria del régimen contributivo, por haber decidido negarle a partir del segundo mes la atención en salud que éste requería, dado que se presentó mora en el pago de la UPC adicional que permitió en un principio la atención del neonato como afiliado en el grupo familiar de su abuela cotizante.

Según esta Corte, sin perjuicio de las regulaciones legales que excluyen como beneficiarios del régimen contributivo a nietos del cotizante principal, “tratándose de niños y, en particular, menores de un año, la aplicación de las normas referidas en casos específicos debe armonizarse con las regulaciones normativas de carácter superior que exigen dar plenas garantías a los niños para la satisfacción de sus necesidades básicas, deber reconocido en la propia Constitución Política, así como en diferentes instrumentos internacionales que obligan a Colombia”.

21.- En consecuencia, los niños recién nacidos son acreedores de especial protección y su derecho a la salud debe ser garantizado por las entidades que forman parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-. Lo anterior, como consecuencia de las cláusulas constitucionales que consagran su derecho a la salud -artículo 44 C.P.- y a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado -artículo

50 C.P.-

Así pues, aun cuando los hijos de madres beneficiarias, a su vez nietos de los afiliados cotizantes, no se encuentran incluidos en el grupo familiar beneficiario de aquél, la EPS correspondiente debe (a) brindar acompañamiento a sus usuarias que consiste en informarlas sobre los servicios médicos cuya prestación no les corresponda a fin de adelantar en la etapa de gestación las diligencias pertinentes destinadas a obtener la asignación de la entidad prestadora de salud o administradora que asumirá la atención del hijo que está por nacer¹⁸ y (b) si la criatura nace y no ha sido asignada la entidad que prestará el servicio de salud la EPS está obligada a cubrir la atención médica del menor, con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía.

Esta cobertura del recién nacido hijo de beneficiaria por la EPS se extenderá hasta que el menor pueda ingresar a uno de los regímenes de salud mediante las modalidades previstas, a saber: (i) como miembro dependiente de su abuelo o abuela, cuando la familia del menor cuente con capacidad económica para asumir el costo de la UPC adicional regulada en el art. 40 del Decreto 806 de 1998¹⁹, (ii) como beneficiario de su mamá, cuando esta pueda acceder al Sistema como afiliada principal, (iii) como afiliado en el régimen subsidiado una vez sus padres ingresen al mismo.

Análisis del caso concreto

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El Juzgado Trece (13) Penal Municipal con función de Control de Garantías Constitucionales, que obró como juez de conocimiento de la acción de tutela en el caso de la referencia, negó

el amparo constitucional y consideró que la petición de la demandante, en el sentido de solicitar la atención médica de la bebé mediante la EPS Humana Vivir, infringe la normatividad vigente en materia de seguridad social en salud, por cuanto la madre de la niña puede afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante para incluir a su hija como beneficiaria o acudir a las instituciones públicas con el fin de ser estratificada en el SISBEN y adquirir el estatus de afiliada del régimen subsidiado.

Hecho superado

23.- La Corte Constitucional ha establecido que cuando el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la acción de tutela ha desaparecido, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la protección de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir objeto jurídico sobre el cual proveer²⁰. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir la Corte, en relación con la protección solicitada, resultaría inoficiosa por carencia actual de objeto²¹.

En este orden, en sentencia T-352 de 2006, la Corte recordó que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción²².

24.- En estas ocasiones, con el fin de unificar la jurisprudencia y para evitar que se repitan los mismos hechos, el Juez constitucional se encuentra habilitado para señalar cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la entidad o entidades demandadas, para no desconocer los derechos fundamentales²³. En efecto, según el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, cuando cesen los efectos del acto impugnado o este se ha consumado en forma que

resulta posible ordenar el restablecimiento invocado, “los accionados serán prevenidos para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serán sancionados, en los términos de la misma disposición”.

25.- De conformidad con el material probatorio allegado durante el trámite de la acción de tutela y en sede de revisión, se encuentra demostrado que la niña Ashley Nashira Marulanda Duque, a favor de quien fue solicitada la protección constitucional del derecho a la salud, recibió la atención médica que necesitaba. Por consiguiente, la situación vulneratoria de sus derechos fundamentales resulta superada.

26.- En efecto, la niña Ashley Nashira Marulanda Duque nació el 19 de enero de 2006, según el certificado de persona nacido viva No. A 6962211 expedido por el DANE, donde consta nacimiento de la niña hija de Christel Yuliana Marulanda Duque (cuad. principal, fl. 5). De acuerdo con la historia clínica emitida por la Clínica Versailles de Cali (fls. 8 a 22, cuaderno principal), la menor fue hospitalizada en la Unidad de Cuidados Intensivos -UCI- y puesta en incubadora. Según las observaciones de los médicos, la recién nacida padeció inestabilidad hemodinámica, se evidenció “patrón respiratorio irregular a pesar de ventilación mecánica” y presentó episodio de convulsión.

Ante esta situación, la EPS Humana Vivir no accedió a la solicitud de la abuela de la menor consistente en autorizar los servicios médicos que requería su nieta y ratificó dicha decisión en la contestación de la demanda, donde la apoderada judicial de la Entidad afirmó “(...) entre mi representada y la recién nacida no existe vínculo alguno que genere la obligación de prestar servicios de salud. La menor no tiene la calidad de beneficiaria de su abuela, por cuanto para tener tal calidad debería estar inscrita como beneficiaria adicional (circunstancia que no se verifica en este caso), y tampoco es beneficiaria de su progenitora por cuanto la joven Christel es beneficiaria y no cotizante”²⁴.

27.- No obstante, en el registro de servicios de salud brindados la Sala observa los siguientes procedimientos realizados a la menor en la Clínica Versailles: (i) examen físico, hospitalización, atención en sala de recuperación, fue intubada previa sedación con morfina, práctica de hemograma, suministro de antibiótico, práctica de terapia respiratoria, entre otros. En el mismo sentido, acerca de la atención médica otorgada a la menor, la Institución afirmó: “La menor hija de Christel Yuliana Marulanda Duque (...) fue atendida en nuestra institución desde el momento de su nacimiento ocurrido en enero 19 de 2006 hasta el 6 de febrero del mismo año. Durante este período de tiempo estuvo hospitalizada en la Unidad de Cuidados Intensivos del Recién Nacido UCIREN, en donde recibió todos los cuidados médicos y de enfermería necesarios para el manejo de sus patologías hasta ser dada de alta por mejoría”²⁵.

28.- Así las cosas, esta Sala encuentra que la prestación de servicios de salud a la niña Ashley Nashira Marulanda Duque por la Clínica Versailles permitió proteger oportunamente el derecho a la salud de la recién nacida y es acorde con la primacía de los derechos de los niños contemplada en el Texto Fundamental.

29.- Adicionalmente a lo anterior, en su intervención ante la Corte Constitucional, la Secretaría de Salud Pública Municipal de Santiago de Cali informó que “la menor Ashley Marulanda Duque nieta de la señora Asceneth Duque Obando, se encuentra identificada con la ficha de SISBEN desde el día 21 de febrero de 2006 con el No.724419 nivel 2 y afiliada a la ARS (Aseguradora del Régimen Subsidiado) CALISALUD con subsidio total, entidad encargada de prestarle los servicios médicos desde el día 29 de marzo de 2006” (ver folio 57, segundo cuaderno).

30.- Por tanto, en este caso, la vulneración a los derechos fundamentales de la menor nieta de la demandante ha desaparecido y la Sala se encuentra frente a un hecho superado, pues

en primer término, (a) la Clínica Versalles suministró el tratamiento médico de cuidados intensivos que requirió la niña en el período siguiente su nacimiento y en segundo lugar, (b) porque la menor se encuentra afiliada al régimen de seguridad social en salud subsidiado y recibe servicios médicos a cargo de Calisalud ARS. Por este motivo, se carece de objeto para fallar y así se señalará en la parte resolutoria de esta sentencia.

31.- Ahora bien, en virtud del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 mencionado, que autoriza al juez constitucional para prevenir a las entidades accionadas con el objeto que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones vulneratorias de derechos constitucionales, esta Sala realizará algunas precisiones acerca de las obligaciones de Humana Vivir EPS con respecto a niños recién nacidos hijos de afiliadas beneficiarias.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

32.- En primer lugar, importa destacar, tal como lo ha reiterado esta Corporación en providencias anteriores, que era responsabilidad de Humana Vivir EPS garantizar a la menor Ashley Nashira Marulanda Duque la atención integral en salud que requirió, toda vez que dicha Entidad omitió realizar su labor de acompañamiento a la madre gestante, con el fin de que se realizaran oportunamente las gestiones dirigidas a garantizar que en el momento de su nacimiento, la niña pudiese acceder al servicio de salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud²⁶.

33.- Por consiguiente, la EPS demandada estaba obligada a actuar frente a la situación de Ashley Nashira con arreglo a la cláusula de prevalencia de los derechos de niños y niñas, su condición de sujeto de especial protección constitucional y el principio de interés superior del niño. Estos criterios le habrían permitido garantizar la recuperación de la salud de la menor no obstante, las regulaciones legales que condicionaban el acceso a la salud de la recién nacida al cumplimiento de ciertos requisitos.

En este contexto, según fue afirmado por esta Corporación en anteriores oportunidades, las

entidades que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud -EPS, ARS e IPS- no pueden condicionar la atención en salud de un recién nacido al cumplimiento de requisitos relacionados con la vinculación directa o indirecta de éste a determinado grupo familiar²⁷. Es decir, la afiliación previa al régimen de salud de una niña o un niño recién nacido no puede constituir una barrera que impida el acceso al servicio de salud de los mismos²⁸.

34.- En virtud de lo anterior, la peticionaria tenía derecho a exigir y obtener atención integral para su bebé y era la accionada Humana Vivir EPS la llamada a brindar dicho servicio. Pues fue tal Entidad la que desde el año 2001 recibió aportes y cotizaciones realizadas por la señora Asceneth Duque.

35.- Así las cosas, toda vez que la niña Ashley Nashira Marulanda Duque Obando recibió la atención médica que necesitaba para recuperarse y, en la actualidad se encuentra afiliada al régimen de seguridad social en salud subsidiado, esta Corte no concederá la tutela y declarará que existe un hecho superado en relación con el asunto puesto bajo su conocimiento. Por ende, no cabe emitir orden alguna al respecto.

De igual manera, prevendrá a Humana Vivir EPS para que no vuelva a incurrir en el comportamiento descrito y en sus actuaciones respete y proteja los derechos fundamentales de niños y niñas. Adicionalmente, toda vez que presta un servicio público que permite realizar el derecho constitucional a la salud, ordenará a la EPS que diseñe programas de acompañamiento a madres gestantes dirigidos a garantizar la atención en salud de sus hijos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De la misma manera, dada la condición de sujetos de especial protección de los niños, esta Sala ordenará que por Secretaría General de esta Corporación se remita a la Superintendencia Nacional de Salud copia de esta sentencia para que dentro de la órbita de su competencia realice seguimiento a las medidas que adopte la EPS Humana Vivir para

brindar acompañamiento a las madres gestantes beneficiarias, en orden a que sus hijos accedan al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión del término decretado dentro del trámite de revisión de la sentencia de tutela.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia dictada por el Juzgado Trece (13) Penal municipal con Función de Control de Garantías Constitucionales de Santiago de Cali el 12 de febrero de 2006, por la cual negó la tutela promovida el asunto de la referencia. En su lugar, DECLARAR que existe un HECHO SUPERADO en relación con la protección constitucional del derecho fundamental a la salud de la niña Ashley Nashira Marulanda Duque.

TERCERO.- PREVENIR a Humana Vivir EPS para que en el futuro no vuelva a incurrir en la conducta que motivó la presentación de la acción de tutela conocida por esta Sala. En consecuencia, ORDENAR a la EPS Humana Vivir para que realice una labor de

acompañamiento de madres gestantes afiliadas o beneficiarias a fin de adelantar en la etapa de embarazo las diligencias destinadas a obtener la asignación de la entidad prestadora de salud o administradora que asumirá la atención del hijo que está por nacer.

CUARTO.- ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que expida y envíe copia de esta sentencia y del expediente respectivo a la Superintendencia Nacional de Salud para que dentro de la órbita de su competencia realice seguimiento a las medidas que adopte la EPS Humana Vivir con el fin de cumplir su deber de acompañamiento de madres gestantes beneficiarias del régimen contributivo, con el objeto de que sus hijos accedan al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

QUINTO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”.

2“por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

3 “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”.

4 El artículo 10 dispone: “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en

todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

“También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

5 El inciso segundo del artículo 44 señala “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

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

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

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

7 Ver sentencias T-307 de 2006, T-754 de 2005, T-907 de 2004, T-143 de 1999.

8 El artículo 93 señala “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

“(…)”.

9 Adoptada en Colombia mediante Ley 12 de 1991

10 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL Nº 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)” Distr. GENERAL CRC/GC/2003/5 27 de noviembre de 2003 ESPAÑOL. 34º período de sesiones 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003.

11 En el fallo, la Corte se pronunció sobre la vulneración de derechos fundamentales de un recién nacido por la decisión de la EPS de negar el pago de la licencia por paternidad a favor del padre del neonato. En la sentencia sostuvo “La renuencia de la demandada a cancelar la licencia remunerada de paternidad vulnera los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del menor, hijo del peticionario. Esto porque la carencia de medios económicos adicionales que permitieran al padre financiarse el goce de la licencia laboral dentro del año siguiente al nacimiento de su hijo, dificulta en grado extremo la realización de los mencionados derechos fundamentales, hasta el punto de que pasados varios meses el padre del menor no ha disfrutado plenamente de tal licencia”.

12 En dicha oportunidad, la Corte se pronunció sobre los derechos a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la integridad física de un menor por cuanto Coomeva E.P.S, se había negado a aceptar la afiliación de su madre al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de cotizante, impidiendo que ésta, a su vez, vinculara al niño como su beneficiario; y Salud Coomeva Medicina Prepagada se había rehusado a asumir los costos de los tratamientos que el menor requirió después de sus primeros 15 días de nacido, alegando que esa era la cobertura acordada en el contrato de servicios de medicina prepagada celebrado con la madre.

13 [Cita del aparte transcrito] Sentencia C-157 de 2002.

14 En virtud del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, las personas vinculadas son quienes por falta de capacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tienen

derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas contratadas por el Estado.

15 Artículo 163 “La Cobertura Familiar. El Plan de Salud Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

“PARAGRAFO 1. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

“PARAGRAFO 2. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley”.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Este afiliado se denominará cotizante dependiente y tiene derecho a los mismos servicios que los beneficiarios.

“Parágrafo. La afiliación o desafiliación de estos miembros deberá ser registrada por el afiliado cotizante mediante el diligenciamiento del formulario de novedades”.

17 En dicha oportunidad la Corte conoció de una tutela interpuesta por una menor, beneficiaria de su padrastro, por cuanto Cruz Blanca E.P.S. y el Hospital San José se negaban a prestarle los servicios médicos a su hijo bajo el argumento de que los hijos de los beneficiarios no integran el grupo familiar del cotizante.

18 Cfr. T-1199 de 2005

19 Ver sentencias T- 1199 de 2005, T-953 de 2003, T-544 de 2002, T- 134 de 2002

20 Consultar sentencias T-262 de 1999, T-027 de 1999, T-1301 de 2001, T-001 de 2003, T-608 de 2002 y T-552 de 2002.

21 Sentencia T-519 de 1992 y T-731 de 2004

22 Esta posición fue reiterada en sentencia T-515A de 2006.

23 Ver sentencia T-953 de 2003

24 Cfr. folio 30, cuaderno principal.

25 Ver folio 40, segundo cuaderno.

26 En sentencia T- 1067 de 2005 aun cuando la Corte no procedió a ordenar la práctica de tratamientos médicos a una persona pues no se cumplían los requisitos para la misma, sí ordenó a la ARS demandada, en aquella oportunidad “que, siempre y cuando el usuario permanezca afiliado, están obligadas a informar, orientar, apoyar y acompañar al mismo en la consecución de la atención no incluida en los Planes Obligatorios de salud, en especial cuando tiene derecho a demandar del Estado la prestación”.

27 Cfr. sentencia T-1119 de 2005

28 En sentencia T-907 de 2004, la Corte Constitucional reiteró el carácter prevalente de los derechos de los niños y el deber de las entidades del sistema general de seguridad social en salud de aplicar e interpretar las normas legales a la luz de la constitución política. en el fallo, concedió la protección constitucional del derecho a la salud a la seguridad social y a la igualdad de menor dado en custodia por el ICBF a abuela pensionada de las fuerzas militares, a quien la dirección de sanidad no inscribió como beneficiario por existir disposición que no permitía la inclusión de nietos de pensionados. La Corte ordenó la inclusión del menor como beneficiario de la pensionada en el subsistema de salud de las fuerzas militares y dentro de sus consideraciones, estimó que existió un perjuicio irremediable cierto e inminente, grave y urgente causado al menor y reiteró las obligaciones correlativas de las autoridades en la prestación del servicio público de salud.