DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Acceso de las personas sin ninguna discriminación/DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Suministro de medicamentos

(…) los extranjeros con permanencia regular dentro del territorio nacional y que se encuentren afiliados en el Sistema de Salud mediante un documento idóneo expedido por la autoridad migratoria (salvoconducto tipo SC-2), como es el caso de la accionante…, tienen el derecho de recibir una atención integral en salud, acorde a las prestaciones que están incluidas dentro del Plan de Beneficios en Salud (PBS). (…), el derecho a recibir los medicamentos para cumplir con el tratamiento para la enfermedad del VIH se encuentra también garantizado. Derecho de que gozaran sin ningún tipo de discriminación en razón a su identidad de género, estado de salud, o condición de migrante.

ENFOQUE DE INTERSECCIONALIDAD-Aplicación/DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación por origen nacional/DERECHO A LA IGUALDAD-Discriminación a portadores de VIH/PERSONAS CON IDENTIDAD DE GENERO DIVERSA TRANSGENERO-Protección cualificada contra la discriminación

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Principios rectores

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Aseguramiento y acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de Migrantes en situación irregular

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Contenido

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Deber de cumplir

el ordenamiento jurídico

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGENERO-Jurisprudencia constitucional

ACCIONES AFIRMATIVAS-Sujetos beneficiarios

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Alcance y contenido

PRESUNCION DE DISCRIMINACION-Se invierte la carga de la prueba a favor de la persona que denuncia haberla sufrido

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA NO DISCRIMINACION DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA PERTENECIENTES A LA COMUNIDAD LGBTI-Reglas constitucionales para la prueba de actos discriminatorios

DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Extranjeros gozan de los mismos derechos civiles y garantías que gozan los nacionales, salvo las limitaciones que establece la Constitución o la ley/DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Extranjeros deben cumplir el ordenamiento jurídico colombiano

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sala Octava de Revisión

SENTENCIA T-456 DE 2023

Referencia: Expediente T-9.400.303

Acción de tutela instaurada por Brigith, contra Coosalud EPS, IPS Uno, IPS Dos, Secretaría Distrital de Salud de Santa Marta y Alcaldía Distrital de Santa Marta

Magistrada ponente:

Cristina Pardo Schlesinger

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Natalia Ángel Cabo, José Fernando Reyes Cuartas y Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, en

ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela proferido en única instancia del 28 de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Santa Marta, que negó el amparo de los derechos a la salud, dignidad humana y vida de Brigith, por haberse acreditado la adecuada prestación del servicio de salud.

Mediante el auto de 30 de junio de 2023, notificado por estado no. 10 del 17 de julio de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Seis1 escogió el expediente T-9.400.303 para revisión2. El 19 de julio siguiente, la Secretaría General remitió el expediente al despacho de la magistrada sustanciadora para lo de su competencia.

Previo a relatar los hechos del caso, la Sala hace dos precisiones. La primera,

es que se alude a la historia clínica de una mujer trans; así, de acuerdo con lo dispuesto por la Circular 10 de 2022, como medida de protección a su intimidad, la presente providencia modificará su nombre, así como cualquier otra información que permita identificarla. Por tanto, se emitirán dos copias del mismo fallo, recalcando que en la versión que publique la Corte Constitucional reemplazará la identificación de la accionante por un nombre ficticio. La segunda, para aclarar que, quien presentó el amparo se identificó con el nombre de Brigith. Al respecto, dado que la jurisprudencia constitucional ha reconocido el nombre identitario o social de quienes son trans como un componente esencial de sus derechos a la identidad de género, a la autodeterminación y a la dignidad, incluso sin la modificación de sus documentos de identidad, la Sala se dirigirá a la accionante como Brigith y utilizará el género

femenino para referirse a ella en la presente sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y pretensiones

1.1. La accionante de 41 años, manifestó que en un centro de sanidad de la ciudad de Maracaibo (Venezuela), el 3 de noviembre del 2016 le diagnosticaron VIH/SIDA, formulándosele el tratamiento correspondiente. Adicionalmente afirmó que, por la escasez de medicamentos, se trasladó a San Cristóbal (Táchira) donde consiguió la medicación que necesitaba; hasta que en 2018, por falta de abastecimiento de éstos y llevar casi seis meses sin tomar su medicina, de forma irregular cruzó a la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander).

1.2. Indicó que en Cúcuta permaneció un año y medio (2019 a 2020), siendo atendida por la IPS ABC, donde fue sometida a unos exámenes para iniciar medicación con: Abalam, Lamivudina y Dolutegravir sódico. Luego, por recomendación de la misma institución, viajó a la IPS ABC de Bogotá para continuar con un tratamiento más especializado. Aseveró que en Bogotá permaneció 18 meses (2020 a 2021), pero debido a problemas de asma se fue al Distrito turístico de Santa Marta, donde la IPS ABC no cuenta con sede, por lo que no pudo continuar con su tratamiento.

1.3. La accionante aseguró que mientras estuvo en Bogotá, con la ayuda de una fundación, logró la expedición del salvoconducto por su condición de refugiada, y así pudo afiliarse al régimen subsidiado de salud, situación que pudo corroborarse al analizarse el expediente; puesto que le fue expedido el salvoconducto de permanencia tipo SC-2 el 29 de junio de

2021 y así pudo ser afiliada a Coosalud EPS S.A. el 10 de septiembre de 2021.

1.4. Sostuvo que en Santa Marta, en el año 2021, la IPS Uno la atendió y le ordenó exámenes médicos de su aparato bucal (radiografía de sus piezas dentales y de su visión (seguimiento por optometría). Posteriormente, señaló que acudió a dicho centro médico sin cita previa debido a que se sintió mal, en razón a la falta del tratamiento y a las precarias condiciones en que vive; y que cuando se acercó a la doctora para que la atendiera, aquella se negó y enfatizó el diagnóstico de VIH como razón para no hacerlo.

1.5. Afirmó que, por gestiones adelantadas por su progenitora, logró que la IPS Dos se interesara en su situación; de esta manera, el 1° de julio de 2022 asistió a una cita con el doctor Christian David Mogollón, quien le prescribió: Abacavir+Lamivudina, Tiamina, Ritonavir, Darunavir y preservativos. Y que, una vez agotada la medicación, regresó a consulta el 17 de agosto de 2022, con el fin de que le recetaran nuevamente los medicamentos, pero el médico se negó y, en vez de recetárselos, la remitió a valoración con psiquiatría.

1.6. Aseguró que desde el mes de agosto, dada la intermitencia en el suministro de los medicamentos para su tratamiento, dicha situación representa un riesgo para su salud y agrava su condición, haciéndole imposible salir de su vivienda, debido a que puede enfermarse. Asimismo, indicó que las entidades prestadoras de salud son renuentes a entregarle la medicación requerida, lo que pone su vida, su integridad y sus derechos en juego; y que lo único que le dicen es que debe acudir a Psiquiatría, con lo que la actora está en desacuerdo, pues de esa cita no debe depender la continuidad de su tratamiento, además de que no sabe la fecha de la cita, siendo indispensable seguir con su tratamiento médico.

1.7. Con base en los anteriores hechos, la demandante alegó que se le vulneraron los derechos a la salud, vida, dignidad humana e integridad física, por lo que pretende que la

Secretaría de Salud de Santa Marta, conjuntamente con el Centro Médico Dos, garanticen la continuidad en su tratamiento en lo que respecta a la entrega del medicamento para combatir el VIH y que se le realicen los exámenes y atenciones pertinentes para su recuperación.

1. Trámite de la acción de tutela y de la medida provisional

2.1. Mediante auto del 15 de septiembre de 20223, el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Santa Marta admitió la acción de tutela, en contra de Coosalud EPS, IPS Dos, IPS Uno, Secretaría de Salud Distrital de Santa Marta y Alcaldía de Santa Marta; por tanto, les corrió traslado para que en un plazo de dos días se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la interposición de la acción, so pena de presumirlos ciertos. Respecto de la solicitud de medida provisional, el juez de tutela la concedió y ordenó a Coosalud EPS asignar, de manera inmediata, cita de valoración médica a la accionante, e indicar la pertinencia de los medicamentos: Abacavir + Lamivudina, Tiamina, Ritonavir, Darunavir o en su defecto los requeridos para el restablecimiento del estado de salud.

1. Contestación de la demanda

3.1. Coosalud EPS4

3.1.1. El Gerente de la Sucursal Magdalena de la EPS manifestó que la entidad ha prestado todos los servicios de salud a su afiliada, incluyendo la entrega de medicamentos por parte de la IPS Uno, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, en el que recalcó el cumplimiento de las fuentes normativas (Artículos 8 y 15 de Ley 1751 de 2015 y Resolución 2292 de 2021, que actualizó el Plan de Beneficios en Salud). Hizo énfasis en que: “en llamada telefónica con el usuario ratifica lo anterior manifestado”.

3.1.2. Por otro lado, puso de presente algunos incidentes de maltrato y amenazas de la accionante a los empleados de la IPS Uno, aportando un par de correos electrónicos, del que se destaca uno, enviado por la trabajadora social de esa IPS a la EPS en el que se lee: “se analizó el caso de Brigith, quien desde su ingreso al Programa en nuestra institución presentó conductas de delicado manejo caracterizándose por introducir trabas e inconformidades inmotivadas a la atención brindada, no asiste a las consultas agendadas y reagendadas, el uso de palabras soeces e injuriosas, falta de respeto con los funcionarios de la institución, emisión de falsas acusaciones por mala dispensación de medicamentos y malos tratos por parte del equipo, manifestaciones generales por posible inestabilidad emocional que no se deja atender. Ante esta situación, el equipo interdisciplinario llegó a la determinación que se debe entregar formalmente a su EPS”.

3.1.3. La EPS alegó en su defensa que se presentó una carencia actual de objeto por hecho superado, toda vez que la medicación fue entregada a conformidad de la usuaria, que fue lo que motivó la presente tutela; en consecuencia, citó las sentencias T-970 de 2014 y T-038 de 2019, ambas de la Corte Constitucional, para sustentar la petición. En similar sentido, se pronunció acerca del tratamiento integral; aunque esta no fue una petición que hiciera la accionante.

3.2. IPS Dos.5

3.2.1. El Representante Legal de la IPS, de manera breve y concisa, indicó que la accionante fue atendida por primera vez el 03 de junio de 2022, siendo valorada por: médico general, psicología, trabajo social, enfermería y nutrición, practicándosele laboratorios clínicos y entrega de medicación (Abacavir/ Lamivudina + Darunavir+Ritonavir, Tiamina, Ensoy Adultos y Preservativos). Asimismo, sostuvo que la actora tuvo una cita de control el 01 de julio de 2022, cuando fue vista por infectología, nutrición y trabajo social, por lo que se le dio la

misma medicación. Por tanto, arguyó que no se ha negado la atención en salud a la usuaria del sistema de salud y que, para hacer la dispensación del tratamiento, se debe asistir a las citas de control y seguimiento. Solicitó se le absolviera del cualquier incumplimiento.

3.2.2. De igual manera, manifestó que la usuaria incumplió su cita programada del 01 de agosto de 2022, y que al indagar se encontró que no pudo asistir por motivos económicos, reprogramándose para el día siguiente en donde tampoco asistió, a pesar de que se le ofreció ayuda con los transportes. Por otro lado, mencionó unos mensajes enviados por la accionante al número del área de trabajo social, relativos a inconformidades que no se entendieron; que a raíz de lo anterior, por correo del 12 de agosto de 2022 se le notificó a la EPS, la entrega formal de la paciente por: "conductas de delicado manejo (…), no asiste a las consultas agendadas y reprogramadas, el uso de palabras soeces e injuriosas, falta de respeto con los funcionarios de la institución, emisión de falsas acusaciones por mala dispensación de medicamentos y malos tratos por parte del equipo, manifestaciones generales por posible inestabilidad emocional que no se deja atender. (…) la entidad conserva videos y audios tanto de las entregas de medicamentos como de los mensajes agresivos e inadecuados de la paciente".

3.3. Secretaría de Salud de Santa Marta6

3.3.1. La secretaria (E) de la entidad accionada manifestó que su representada cumple funciones administrativas relacionadas con la inspección, vigilancia y control en los temas que por ley debe asumir (artículo 31 de la Ley 1122 de 2007). En cuanto a las pretensiones de la actora, reiteró que le corresponde a la EPS satisfacer lo demandado por la demandante; puesto que, "éstas son las encargadas de garantizar el aseguramiento de sus afiliados y realizar la gestión para la entrega de medicamentos y tecnologías y demás servicios que requiera el afiliado"; al mismo tiempo, puso de relieve la definición de aseguramiento que trae el artículo 14 de la ley en mención. Por tal razón, insistió en la figura de la carencia actual de objeto por falta de legitimación en la causa por pasiva, para que se desvincule a la

Secretaría de Salud de Santa Marta de todo tramite relacionado con la presente tutela.

3.4. Alcaldía Distrital de Santa Marta7

3.4.1. La apoderada judicial de la alcaldía en mención se opuso a los hechos planteados en la presente acción constitucional, por cuanto no le constaba lo anotado por la demandante, ateniéndose a lo que se pruebe dentro del proceso; En todo caso, señaló que no es la alcaldía la que debiera responder por la queja constitucional por la presunta vulneración de los derechos. De igual manera, elevó la petición de declarar la falta de legitimación por pasiva de la alcaldesa, y sugirió que quien debería responder a los reproches endilgados, por delegación normativa, es la Secretaría de Salud del Distrito de Santa Marta (Artículo 4° del Decreto 061 de 2012).

3.5. Centro Médico Uno

A pesar de que la entidad accionada fue notificada en debida forma por el juzgado de conocimiento de única instancia, ésta no dio respuesta en la oportunidad concedida.

1. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Pantallazo de historial extranjero no. 1046928, de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia del Ministerio de Relaciones Exteriores, perteneciente a quien funge como accionante, expedido el 29 de junio de 2022.

4.2. Pantallazo de consulta en la página web de la ADRES, realizado el 09 de septiembre de 2022, en el que se observa a la accionante identificada con su nombre de nacimiento y activa en el régimen subsidiado de salud con Coosalud EPS, desde el 10 de septiembre de 2021.

4.3. Pantallazo de la página web del Sisbén, en la que se visualiza consulta del día 13 de septiembre de 2022 con el número del salvoconducto, evidenciando que pertenecen al grupo A4 catalogado como de pobreza extrema.

4.4. Pantallazo de orden de medicamentos del 01 de julio de 2022, en papelería de la IPS Dos, que expidió el médico Christian David Mogollón, para los medicamentos: Abacavir 600mg+Lamivudina 300mg, Tiamina, Ritonavir, Darunavir 800 y preservativos, por un mes. Adicionalmente, interconsulta para valoración por el servicio de Psiquiatría de fecha 17 de agosto de 2022.

1. Decisión judicial objeto de revisión8

5.1. En sentencia del 28 de septiembre de 2022, el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Santa Marta negó el amparo al derecho a la salud, Dignidad Humana y Vida, invocados por Brigith, al haberse acreditado la prestación adecuada del servicio de salud; desvinculó a las demás entidades, instó a la accionante a acudir a las citas y acatar las recomendaciones, con la advertencia de moderar su comportamiento y tratar con respeto al personal médico y administrativo de la EPS y de la IPS Dos. El juez constitucional, con base en el artículo 86 superior, hizo una sucinta explicación en la que mostró las ventajas de la acción de tutela; en cuanto al derecho a la salud, apoyó su postura con una cita de la sentencia T-406 de 2015, que mencionó el artículo 49 superior; y frente al acceso a la salud, recordó la sentencia T-760 de 2008.

5.2. Otros dos aspectos de relevancia que se reflejan en la sentencia de revisión son la

importancia del concepto del médico tratante otorgada por la jurisprudencia de esta Corte, pues es “la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido”; y, por lo tanto, sólo ellos son quienes “pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico”. Y de los ‘derechos y deberes de los pacientes’ en relación con la prestación del servicio de salud, que se encuentran en el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, también conocida como Ley Estatutaria en Salud. En consideración a lo anterior, el juez encontró que ha sido la usuaria la que ha incumplido con las distintas citas de control y desacatando las recomendaciones e instrucciones médicas del programa.

1. Actuaciones en sede de revisión

6.1. El Despacho de la magistrada sustanciadora, el día 12 de septiembre de 2023, consultó en la Base de Datos Única de Afiliados (BDUA) de la página web de la ADRES el número del salvoconducto de la accionante, encontrando que tiene afiliación vigente con Coosalud en el régimen subsidiado9.

6.2. Por otro lado, se consultó el documento de identidad de la accionante -que obra en algunos documentos del expediente- y se pudo consultar el estado del trámite de su PPT (https://apps.migracioncolombia.gov.co:8443/consultappt/). En esa medida, se encontró que, en la actualidad, está en proceso.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1.1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional tiene la competencia para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 y numeral 9 del artículo 241 de la Constitución y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Análisis de procedencia de la acción de tutela10

2.1. Cuatro características se desprenden del artículo 86 de la Constitución Política de 1991 que estableció la acción de tutela y del Decreto Ley 2591 de 1991 que la reglamentó. Por tanto, para que proceda este mecanismo de amparo, el interesado debe acreditar ante el juez esos cuatro requisitos, que son: i) legitimidad en la causa por activa, ii) legitimidad en la causa por pasiva, iii) inmediatez y iv) subsidiariedad; de cumplirse todos, la autoridad judicial debe fallar de fondo el caso, amparando o no los derechos fundamentales alegados por la accionante; en caso contrario, de estar ausente alguno de los requisitos, el juez tendrá que declarar improcedente el amparo solicitado. A continuación, la Sala analizará el cumplimiento de los cuatro requisitos aludidos.

Legitimación en la causa por activa

2.2. En primer lugar, el artículo 86 superior consagra que “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (…), por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales”; en segundo lugar, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991, indica que la tutela “podrá ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma, a través de representante, o por medio de agente oficioso”; en tercer lugar, en el caso de personas extranjeras, sostiene la jurisprudencia en vigor11 que, más allá de las condiciones de nacionalidad y ciudadanía, el artículo 86 superior no distingue entre un nacional o extranjero. En el caso que se estudiará, la tutela fue interpuesta por la ciudadana

venezolana Brigith, en nombre propio, titular de los presuntos derechos que alega vulnerados por las entidades accionadas por la no entrega de los medicamentos que sirven para su tratamiento de la enfermedad de VIH/SIDA. En consecuencia, la solicitud de amparo cumple con el requisito de legitimidad en la causa por activa.

Legitimación en la causa por pasiva

2.3. El artículo 86 superior y el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 señalan que

la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de cualquier autoridad pública, que constituya una vulneración o sea una amenaza a algún derecho fundamental; también aplica contra particulares, en los casos enunciados en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, como en la prestación del servicio público de salud a cargo de un particular. Por su parte, la sentencia T-246 de 2020 se refirió a la legitimación por pasiva haciendo referencia a "la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, al estar llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite en el proceso"; y la sentencia T-496 del 2020 recordó que para acreditar esta legitimación se exigen dos requisitos: "que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo y, por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión".

2.4. En el asunto que nos ocupa, Coosalud EPS, la IPS Uno y la IPS Dos cumplen con la legitimación por pasiva, puesto que son las entidades llamadas a responder por las presuntas transgresiones a los derechos fundamentales que la demandante considera vulnerados, y de las cuales podría exigírseles actos para que cesen las posibles amenazas. En cambio, no se predica lo mismo de la Secretaría Distrital de Salud de Santa Marta y la Alcaldía Distrital de Santa Marta, ya que a partir de sus respuestas se encuentra que no tienen la vocación para responder por la falta de entrega de los medicamentos que requiere la accionante; puesto que su rol dentro del sistema de salud es diferente al aseguramiento o prestación del servicio.

Inmediatez

2.5. Este presupuesto surge de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que creó el requisito en estudio, e indica que la acción debe interponerse en un 'término razonable', siendo el juez constitucional quien tiene la potestad de evaluar en cada caso particular si así fue. De lo contrario, señala la Corte, se desdibuja el objeto que le dio el constituyente a la tutela. De igual manera, le corresponde al juez advertir si la presunta vulneración del derecho es permanente en el tiempo y si se trata de sujetos de especial protección, como en situación de indefensión o en condiciones de vulnerabilidad.

2.6. En el caso que nos ocupa se cumple con el requisito en cuestión, en tanto una de las presuntas vulneraciones ocurrió antes del 17 de agosto de 2022 y la otra en esa fecha, cuando la accionante acudió al centro de salud accionado y uno de los médicos de la IPS Dos, en vez de renovarle la fórmula médica de los medicamentos para su diagnóstico, le dio una interconsulta para la especialidad de Psiquiatría, que la usuaria negó aceptar; y la acción de tutela se interpuso el 15 de septiembre de 2023; es decir, a escasos días de cumplirse un mes después de ocurrido el hecho descrito; siendo para la Sala, un término razonable.

Subsidiariedad

2.7. De los artículos 86 superior y 6° del Decreto 2591 de 1991 se desprende el carácter subsidiario de la acción de tutela, que determina cuándo procede este mecanismo. La Corte Constitucional ilustró las diferentes eventualidades en que puede proceder como herramienta principal, cuando: i) no existen medios de defensa judicial; ii) aunque existiendo, dicho mecanismo, para el caso concreto, no es idóneo ni eficaz; y una última, que procede como una medida transitoria, en el caso de que sea necesario evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, antes de acudir a la tutela se debe acudir a los medios procesales dispuestos para atacar la amenaza o vulneración, salvo que esos mecanismos no

sean idóneos ni eficaces.

2.8. En relación con los sujetos de especial protección, la jurisprudencia constitucional permite que, si el actor acredita su condición (personas en condición de discapacidad, niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, madres o padres cabezas de familia entre otros), es deber del funcionario judicial hacer un análisis más flexible del presente requisito, pero no menos riguroso, otorgando criterios de análisis más amplios12.

2.9. Para la protección del derecho a la salud, el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 200713 otorgó competencias jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, señalando en el literal a) que se activa ese mecanismo ordinario de defensa judicial, cuando una persona ventila conflictos relacionados con la cobertura de servicios, tecnologías o procedimientos de salud incluidos en el PBS, cuando su negativa ponga en riesgo o amenace la salud del usuario. Sin embargo, recientes fallos14 que han reiterado la sentencia SU-508 de 2020, recuerdan que esa entidad tiene serias deficiencias estructurales que han impedido que ese mecanismo jurisdiccional sea idóneo y eficaz, resultando en que cualquier persona pueda acudir a la tutela como mecanismo principal, sin importar que se trate de un sujeto de especial protección constitucional, situación que, igualmente deberá evaluar el juez constitucional15.

2.10. En el caso objeto de análisis, la Sala verifica el cumplimiento del presente requisito, puesto que la accionante es una persona transgénero migrante que, al momento de la presentación de la tutela, no tenía del todo regularizado su status migratorio, con la enfermedad del VIH, de escasos recursos, que acude a la tutela como mecanismo principal, ya que no se tiene conocimiento de que la Superintendencia Nacional de Salud haya superado las deficiencias detectadas en la sentencia SU-508 de 2020. Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela, le corresponde a la Sala establecer el problema jurídico y la metodología que guiará el abordaje del caso concreto y la resolución del mismo.

3. Asunto objeto de análisis, problema jurídico y metodología

3.1. La Sala estudiará la acción de tutela de Brigith, ciudadana venezolana, migrante en condición irregular, persona transgénero, de escasos recursos, perteneciente al régimen subsidiado en salud16, que tiene diagnóstico de VIH, a quien la EPS Coosalud, por intermedio de su IPS, no le ha suministrado los medicamentos para el tratamiento de su enfermedad. Es así que la peticionaria solicitó se le amparen sus derechos a la salud, vida, dignidad humana e integridad física garantizando la continuidad en la entrega de los medicamentos para combatir el VIH y la realización de exámenes y atenciones pertinentes para lograr su recuperación.

3.2. De conformidad con los hechos narrados y la presunción de veracidad del artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, respecto de la IPS Uno, se tiene que ésta incurrió en actos de discriminación, cuando la accionante acudió a dicho centro médico sin avisar porque se sintió mal a falta del tratamiento y las precarias condiciones en que vive, y la médica de la que pretendía recibir atención se la negó, en razón al diagnóstico de VIH. Por su parte, el 17 de agosto de 2022, al parecer, la IPS Dos impuso barreras al negarse a elaborar la orden médica de entrega mensual de los medicamentos a la usuaria, al exigirle que visitara previamente al psiquiatra. El juez de instancia decretó la medida provisional solicitada, pero luego negó la tutela al acreditarse la debida prestación del servicio; y en cambio, instó a la accionante a no faltar a las citas de control y tratar con respeto al personal médico y administrativo de las entidades de las que recibe la prestación del servicio.

3.3. Conforme al contexto fáctico, el problema jurídico que debe resolverse es si: ¿Las IPS accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud, identidad de género y vida digna e integridad física, de una persona transgénero, migrante que mutó su condición de irregular a regular, de escasos recursos, perteneciente al régimen subsidiado en salud, al

discriminarla y no bridarle la atención requerida en salud y negarle la entrega de medicamentos para atender su diagnóstico de VIH?

3.4. Con la finalidad de contestar a este interrogante, la Sala se referirá al (i) derecho a la salud de los extranjeros con VIH en condición irregular y de las personas transgénero. Reiteración jurisprudencial; (ii) derecho a la vida y a la integridad física de los extranjeros y derecho a la nodiscriminación. Reiteración jurisprudencial; (iii) derechos y deberes de los extranjeros. Reiteración jurisprudencial; y, finalmente; (iv) decidirá el caso concreto.

4. El derecho a la salud de los extranjeros con VIH en condición irregular y de las personas transgénero. Reiteración jurisprudencial 17

Generalidades

4.1. Los artículos 48 y 49 de la Constitución Política son el punto de partida para analizar el derecho a la salud del que gozan todos los individuos que se encuentren dentro del territorio colombiano, puesto que definen la seguridad social en salud, al igual que la atención en salud, como un servicio público obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado, que se rigen bajo los tres pilares de eficiencia, universalidad y solidaridad. Bajo la anterior premisa, es que se garantiza a todos los habitantes el acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de salud. Así mismo, existe el principio de integralidad que acompaña a los tres pilares, el cual refuerza aquella garantía dada a nivel constitucional.

4.2. En cuanto al principio de solidaridad, este tiene sustento en los artículos 1° y 95-2 de la Carta Política, y quiere decir que es transversal y predicable de todos los derechos. En ese sentido, vale la pena mencionar la sentencia C-529 de 2010, la cual hizo un análisis de este

concepto en materia de seguridad social concluyendo que es ‘piedra angular’ para la realización de todos los fines del Estado; algunas sentencias18 lo definen como aquel deber que recae en todo individuo y toda persona pública, por el simple hecho de pertenecer al conglomerado social, que consiste en el desarrollo del propio esfuerzo y su actividad en favor o bien de otros asociados o en interés colectivo. En palabras de la sentencia T-417 de 2022 “este principio impone a todos los miembros de la sociedad el deber de propender y aportar a la consecución de los fines del Estado y a la protección de los derechos de los demás asociados, muy especialmente los de aquellos que, por encontrarse en situación de debilidad manifiesta, no cuentan con la posibilidad de asegurarse por sí mismos el ejercicio de sus derechos”.

4.3. En relación con los principios de universalidad e integralidad, debe decirse del primero que se entiende como el pilar del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) que soporta lo atinente a la cobertura de los servicios de los individuos que se encuentren dentro del país, en todo el ciclo vital de su existencia. Precisamente, uno de los efectos de este principio es que, el sujeto que no se encuentre afiliado al sistema, ni tenga capacidad de pago y requiera la atención en salud, deberá ser atendido obligatoriamente por el ente territorial. En lo que se refiere al otro principio, se trata de: “la garantía de un tratamiento integral, adecuado y especializado según la enfermedad padecida, (…) incluye medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y demás servicios médicos prescritos por el médico tratante como necesarios para restablecer la salud de la persona o mitigar sus dolencias19. Ahora bien, no deben olvidarse los deberes y cargas que el ordenamiento jurídico exige de las personas como lo son los requisitos para el acceso a algunos servicios de salud.

4.4. Es sabido que el derecho a la salud se reguló con la Ley 100 de 1993, que creó el SGSSS, al poco tiempo de haberse expedido la actual Constitución Política, y algunas de sus principales reformas se dieron con la Ley 1122 de 2007, que hizo algunos ajustes o modificaciones con la idea de hacerlo más eficiente, y la Ley 1751 de 2015, Ley Estatutaria en Salud20, la cual elevó a rango estatutario el derecho fundamental a la salud, acogiendo lo

que la Corte Constitucional ya había avanzado en esa materia con su jurisprudencia. Al respecto, la reciente sentencia T-399 de 2023 recordó que: “el derecho a la salud es autónomo e irrenunciable y su carácter fundamental fue dado por la Corte Constitucional en la sentencia hito T-760 de 200821; y luego, por el legislador con el artículo 2° de la Ley 1751 de 201522”.

Derecho a la salud de los extranjeros en condición migratoria irregular

4.6. Son varias las sentencias24 que han hecho visible la crisis humanitaria generada por la migración masiva de individuos del vecino país, Venezuela, y en donde más ha tenido impacto, sin desconocer la afectación de otros derechos, es en la garantía del derecho a la salud, máxime si dicha afectación recae en niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular, quienes no tienen por qué soportar los efectos negativos que conlleva algunas decisiones de sus progenitores, que ya estando en suelo colombiano no se acercan a las autoridades migratorias a regularizar su status migratorio25. En ese sentido, la sentencia T-417 de 2022 recordó las sentencias SU-677 de 201726, T-705 de 2017 y T-348 de 2018, para mostrar una pequeña evolución en torno a la protección del derecho a la salud del migrante irregular, ampliando en algunos casos, la garantía más allá de la atención inicial de urgencias bajo ciertas condiciones.

4.7. Fue con la sentencia T-246 de 2020 que se compilaron algunas reglas jurisprudenciales27 para que un migrante en situación irregular pueda recibir la atención inicial de urgencias, que involucró la participación de algunas autoridades públicas, incluida la Nación, entidades que de manera coordinada deben asegurar los recursos para garantizar aquella prestación, la cual “no incluye la entrega de medicamentos ni la autorización de tratamientos posteriores a la atención de urgencias”; salvo que haya una afiliación al sistema de salud. Por tanto, un aspecto que se le ha recalcado al migrante en condición irregular es

la necesidad de que realice todos los trámites que establece la normatividad migratoria interna del Estado colombiano, para regularizar su situación migratoria, y de esta manera cumplir con las leyes en esa materia, que tal como se verá más adelante en el caso concreto, se resaltará que la accionante si ha cumplido con dicha normatividad.

4.8. Por último, cabe destacar que existe una relación directa entre el derecho a la salud y el oportuno suministro de medicamentos; así, la sentencia T-243 de 2016 que destacó que la demora por razones administrativas o el suministro inoportuno en la entrega de medicamentos entorpece el tratamiento ordenado o su continuidad, y en el caso de pacientes que viven con VIH, la afectación tendría consecuencias desastrosas y retroceso en el manejo y control de la enfermedad. Por esa razón, se ocasionaría la violación de los derechos fundamentales del paciente y el desconocimiento de los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud28.

4.9. Por tanto, vale la pena rescatar lo anotado en la Sentencia T-012 de 2020, donde la Corporación ordenó "(…) coordinar y garantizar la entrega [de los medicamentos] en el lugar de residencia o trabajo si el afiliado lo autoriza (…)". Si bien en esa oportunidad se estudiaron presupuestos fácticos diferentes, lo cierto es que en esa oportunidad, la Corte determinó que se vulneran los derechos fundamentales a la salud, vida digna e integridad física cuando se demora, retrasa o impide la entrega de un medicamento, en razón a que, se pierde la finalidad del tratamiento prescrito por el médico tratante, situación que se agrava cuando se trata de una patología ruinosa.

Derecho a la salud de personas con VIH

4.10. En la sentencia T-517 de 2020, se recordó que: "La protección de las personas con VIH abarca más que la atención integral en salud porque tiene efectos en otras garantías fundamentales". Allí, se afirmó además que, en materia del disfrute de los derechos

sexuales, se encuentra el acceso a los servicios de salud sexual, que para los personas que tienen diagnosticada esta enfermedad se evidencia en el suministro de preservativos y en los tratamientos para reducir la carga viral. Asimismo, es importante mencionar que los servicios para el tratamiento del VIH gozan de plena cobertura en el Plan de Beneficios en Salud, para aquellos que se encuentren afiliados al Sistema de Salud.

Derecho a la salud de personas transgénero

4.11. En primer lugar, se hace necesario referirnos a la definición que ofreció la sentencia T-218 de 2022 de las personas transgénero, indicando que son aquellas que: “tienen una vivencia que no corresponde con su sexo”. En aquella sentencia se enfatizó en que esta Corporación es ajena a la discusión que pueda haber en la sociedad civil o en la academia acerca de la noción de género y de identidad de género.

4.12. Las sentencias T-231 de 2021 y T-218 de 2022 trataron el tema del derecho a la salud de las personas transgénero en el contexto de reasignación de sexo, indicando que la salud no debe verse únicamente desde lo físico, sino que también incluye lo mental y que la misma jurisprudencia reconoce que la salud incluye una esfera psíquica, mental y social. En ese sentido, se considerará vulnerada cuando se niegue o demore su suministro por trámites burocráticos y administrativos que al usuario no le corresponde asumir; vulneración que puede irradiar otros derechos como el de vida digna, identidad sexual o libre desarrollo de la personalidad. La sentencia T-918 de 2012 fue una de las primeras providencias que abordó el derecho a la salud de una mujer trans. En esa ocasión se indicó que “el derecho a la salud de las personas trans exige un cuidado apropiado y oportuno que reconozca sus identidades diversas y permita el acceso a la prestación de salud que requieran para lograr su bienestar”29.

4.13. Ahora bien, trayendo el concepto de universalidad al contexto de una persona trans y

migrante en situación irregular, se hace pertinente hacer referencia a la sentencia SU-508 de 2020, la cual señaló que el establecimiento de acciones afirmativas a favor de algunos sujetos de especial protección constitucional30 no incumple lo preceptuado por el artículo 13 superior. Asimismo, la sentencia T-382 de 2018 señaló que: “la omisión del Estado de adoptar medidas diferenciales a favor de grupos vulnerables, marginados o históricamente discriminados quebranta su derecho a la igualdad, por cuanto existe el deber de desarrollar acciones afirmativas en relación con las personas en situación de discapacidad, con el fin de contrarrestar los efectos negativos generados por su situación (…)”.

5. Derecho a la vida digna y a la integridad física, y derecho a la no discriminación. Reiteración jurisprudencial 31

5.1. Respecto de la vida digna y la integridad física, son varios aspectos que se desprenden de la sentencia SU-677 de 2017. El primero de ellos es que desde el preámbulo de la Constitución se “consagra el derecho a la vida humana como un valor superior dentro de la estructura de un Estado Social de Derecho”, siendo un asunto presente desde las primeras sentencias; así, la sentencia T-535 de 1992 mencionó que una característica de la vida es su inviolabilidad, significando que “la vida es un valor ilimitado como correlativamente lo es su protección”. De tal magnitud es el derecho a la vida, que es requisito para el goce y disfrute de los demás derechos, siendo el Estado el garante de adoptar todo lo que se encuentre a su alcance para permitir que las personas vivan dignamente, incluyendo la integridad física, psíquica y espiritual.

5.2. De manera más reciente, en lo que concierne al derecho a la vida digna, la sentencia T-399 de 2023 citando a la sentencia T-041 de 2019, sostuvo que “la dignidad humana es un pilar fundamental, base del ordenamiento jurídico, principio constitucional y derecho fundamental”. Asimismo, que “la salud, la integridad física, psíquica y espiritual, así como el acceso a las condiciones materiales mínimas de existencia, entre otros, constituyen los presupuestos irreductibles para una vida digna”32; y frente a su conexión con el derecho a la

salud, la sentencia T-033 de 2013 explicó que las prestaciones propias de esta permiten que el individuo desarrolle “plenamente las diferentes funciones y actividades naturales del ser humano, lo que consecuentemente eleva el nivel de oportunidades para la elección y ejecución de un estilo de vida”33. En conclusión, la sentencia T-017 de 2021, frente a este tema, concluyó: “que la debida protección y garantía del derecho fundamental a la salud redunda en la protección de la dignidad de la persona y la vida en condiciones dignas”34.

5.3. Por otro lado, la protección que ha dado la Corte a la vida digna tiene un sustrato que deviene de diferentes instrumentos internacionales que se entienden incorporados al cuerpo normativo constitucional, ya que tratan de derechos humanos; así pues, se encuentra el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Observación General No. 14 del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), que indican que: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”35.

Derecho a la no discriminación

5.4. El Derecho fundamental a no ser discriminado es reconocido por este Tribunal como una de las garantías prevista en el artículo 13 superior, que incluye la dimensión formal y material de este derecho. Es así como las normas no pueden aplicarse distintamente según su destinatario. Frente a la dimensión material, el Estado tiene como deber el promover “que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”, de suerte que en esta dimensión, es primordial detectar las desigualdades entre las personas, sus circunstancias particulares, sus trayectorias de vida y en comunidad, entre otros, para evidenciar las desventajas en las que se encuentran del resto de la sociedad, con el fin de ejecutar acciones para asegurar que la igualdad sea una realidad de la que puedan gozar los individuos.

5.6. La sentencia T-376 de 2019 encontró diferentes maneras en que se manifiesta la discriminación bajo dos expresiones, a saber: i) acto discriminatorio y ii) escenario discriminatorio; el primero, se refiere a la conducta o trato, que consciente o inconscientemente busca anular, dominar o ignorar a una o varias personas acudiendo a prejuicios sociales que trae como resultado la vulneración de derechos fundamentales; y el segundo, se trata de una escenificación o 'puesta en escena teatral' donde el juez debe determinar cómo se desplegó el escenario de discriminación; en la medida que pueden confluir varios factores de discriminación, como por ejemplo, el vivir con VIH y el pertenecer a la comunidad LGBTI .

5.7. En consideración a lo anterior, la sentencia mencionada recomienda que, en los casos de discriminación debe haber un enfoque de interseccionalidad; puesto que: "los motivos de discriminación enunciados en el artículo 13 de la Constitución Política, como la raza, el sexo o la orientación política, no se despliegan de manera aislada en las relaciones sociales, sino que por el contrario, suelen encontrarse en una misma persona o grupo, profundizando las desventajas en las que se encuentran". Más adelante, indicó que: "ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos".

5.8. Así las cosas, a partir de la jurisprudencia sentada por la sentencia T-376 de 2019, también se predica de una presunción de discriminación, tal como lo reafirmó la sentencia T-031 de 2021, ésta consiste en la presunción de veracidad respecto del hecho sufrido, que debe desvirtuarse por la parte acusada o por quien ejecuta el presunto acto discriminatorio. Por tanto, sostiene el alto Tribunal que: "la autoridad judicial debe aplicar la carga dinámica de la prueba a favor del extremo accionante, es decir, la obligación probatoria se invierte y

pasa a cargo del extremo accionado. Esta pauta radica en la dificultad que tiene la parte débil (víctima de un trato diferencial) de una determinada relación para acceder a los documentos y demás materiales probatorios necesarios para acreditar que cierta situación es desfavorable y constituye un desconocimiento de sus derechos fundamentales". Por tanto, será en el caso concreto que veremos como se aprecia mejor la figura en comento.

6. Deberes y Derechos de los extranjeros. Reiteración jurisprudencial36

6.1. Del artículo 100 superior se pueden extraer una serie de derechos y deberes para las personas extranjeras. Por un lado, la Carta Política les garantiza que en el territorio colombiano disfrutarán de los mismos derechos civiles que los connacionales y que gozarán de todas las garantías concedidas que tienen los colombianos; sin embargo, mediante leyes o la misma Constitución, estos derechos pueden ser limitados o restringidos. Una de las consecuencias que se deriva de lo anotado es que los extranjeros, en materia de derechos civiles, son tratados conforme al principio de igualdad37; otro de los efectos es que, así como se conceden derechos, correlativamente se imponen obligaciones, como las de observar y obedecer la Constitución y las leyes, mandato superior que se encuentra en el artículo 4° de la Constitución38.

6.2. En este orden de ideas, tal como se sostuvo en la sentencia T-145 de 2023, uno de los asuntos en que se le permite al Estado dar un trato distinto a nacionales y a extranjeros es en la regulación y control migratorio. Ahora bien, la situación de crisis humanitaria que describió la sentencia SU-677 de 2017 y que se esbozó en el parágrafo 4.6. de esta sección, produjo que el Estado colombiano expidiera una legislación transitoria y extraordinaria que fuera capaz de atender la migración masiva del vecino país al nuestro, a partir de unos permisos39. Para el caso concreto que se estudiará a continuación, el Decreto 1067 de 2015 establece que "un migrante irregular que haya incurrido en permanencia irregular podrá acercarse a las instalaciones del Centro Facilitador de Servicios Migratorios de Migración Colombia para obtener, previa cancelación de la sanción a la que hubiere lugar, un

salvoconducto SC-2. Dicho documento, no solo representa una autorización que habilita al extranjero para solicitar un permiso válido de permanencia, sino que le permite, de manera temporal, afiliarse al SGSSS".

Evolución normativa en materia de deberes de los usuarios del Sistema de Salud

6.3. En la actualidad, como normatividad vigente, se encuentran (i) el Decreto 1067 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores", (ii) el Decreto 216 de 2021 "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria", (iii) en materia de salud el Decreto 780 de 2016 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social" y Decreto 1288 de 2018 "Por el cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos".

6.4. Los extranjeros tampoco son ajenos al cumplimiento de otra serie de deberes. Por ejemplo, en materia de salud, la Resolución 13437 de 1991, que adoptó el decálogo de derechos de los pacientes, estableció una serie de postulados a favor de los usuarios del sistema de salud con el fin de humanizar el servicio y de mejorar la calidad en la prestación, norma que estuvo vigente por casi 20 años, cuando se recopiló en las resoluciones 1817, 2818 y 4392 del 2009, que a su vez fueron derogadas para dar paso a la Resolución 4343 de 2012, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, y por la cual se unificaron una serie de lineamientos en la Carta de Derechos y Deberes del Afiliado y del Paciente, regulación actualmente vigente; que se dio en cumplimiento a la orden vigesimoctava emanada de la sentencia hito 760 de 2008, declarada cumplida por la Sala Especial de Seguimiento a la citada sentencia, mediante Auto 549 del 2018.

6.5. En atención al caso que se estudiará a continuación, en lo que respecta a los deberes del afiliado y del paciente, el numeral 3° del artículo 4° de la Resolución 4343 de 2012 indica que deben "propender por su autocuidado", también "atender oportunamente las recomendaciones formuladas por el personal de salud", asimismo "respetar al personal responsable de la prestación y administración de los servicios de salud", igualmente "cumplir con las normas del sistema de salud", entre otros. En la sentencia T-124 de 2019 se sostuvo que el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 contiene unos deberes para los pacientes en relación al servicio de salud y reparó que nunca su incumplimiento puede ser usado para negar la atención en la prestación del servicio de salud.

7. Análisis y solución del caso concreto

7.1. En esta ocasión le correspondió a la Sala Octava de Revisión Constitucional examinar y dar solución al interrogante planteado sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales a la salud, identidad de género y vida digna e integridad física, de una persona transgénero, migrante irregular, de escasos recursos, perteneciente al régimen subsidiado en salud, por parte de las IPS accionadas, al discriminarla y a negarle la entrega de medicamentos para atender su diagnóstico de VIH.

7.2. Para iniciar, se tiene que Brigith, por sí misma, presentó la acción de tutela, cuya pretensión es que se ordene a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Marta y la IPS Dos hacer entrega de los medicamentos necesarios para tratar su patología, enfermedad que le fue diagnosticada en el año 2016 en un vecino país, donde su tratamiento se interrumpió, viéndose en la necesidad de cruzar hacia Colombia para continuar con el manejo médico indicado.

7.3. Del mencionado trámite constitucional de amparo conoció en única instancia el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Santa Marta que, mediante

sentencia del 28 de septiembre de 2022, negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana y vida, al acreditarse la prestación efectiva del servicio de salud; en cambio, advirtió a la accionante su deber de cumplir con las citas programadas, acatar las recomendaciones y respetar al personal de la salud. Sin embargo, la providencia no hizo alusión al tema de enfoque de género, en consideración a la condición de persona transgénero de la accionante, siendo un aspecto importante que omitió la decisión adoptada; en este sentido, es importante recordar que la IPS Uno no respondió dentro del plazo otorgado por el juez de conocimiento a los hechos narrados.

7.4. Con base en los hechos acreditados y el material probatorio adjunto al expediente, la Sala evidencia que: i) la accionante es una mujer trans (quien solicitó desde el escrito de tutela que se le tratara como tal) que tiene 41 años y hoy en día vive en situación de migrante regular dentro del territorio colombiano, situación que la Sala presume, al: a) hallarla afiliada al Sistema de Salud con la EPS Coosalud y, b) al constatar que se encuentra en trámite su PPT (Permiso por Protección Temporal), conforme a las consultas desplegadas en sede de revisión (ver supra I.6.1. y I.6.2.); ii) persona seropositiva, diagnosticado en su país natal en el año 2016, cuyo tratamiento no ha sido constante por la crisis humanitaria generada en su país; y, en Colombia, por diversos factores40; y de igual manera, iii) se encuentra en una condición de vulnerabilidad, al ser una persona de muy escasos recursos, quien hace parte del Sisbén calificado como A4 (pobreza extrema), y como sujeto de especial protección constitucional (perteneces a la comunidad LGBTI+) merece la atención de ésta Corte para atender su llamado de amparo; puesto que bajo el enfoque de interseccionalidad, la accionante sufrió de una triple discriminación.

7.5. La jurisprudencia constitucional da cuenta de haber conocido casos similares al presente, como los que se exponen a continuación:

b) La sentencia T-246 de 2020 conoció el caso de una madre de 3 hijos, de nacionalidad venezolana, en situación irregular y en malas condiciones económicas, a quien se le diagnosticó el virus del VIH en territorio colombiano, debiendo acudir a la tutela porque no contaba con afiliación a una EPS y ciertas entidades le negaron el tratamiento ordenado por su médico.

c) Sentencia T-496 de 2020, de una persona diagnosticada con VIH en su país natal, que por la situación de su país se vio forzado a atravesar la frontera terrestre con Colombia, enfrentándose a situaciones adversas, que agravaron su salud, haciendo necesario que retomara su tratamiento con medicamentos, que fueron suministrados por una organización que no hace parte del sistema de salud, por tal motivo, en esa ocasión se declaró la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente.

d) Sentencia T-517 de 2020, que conoció el caso de un individuo con diagnóstico de VIH hecho en su país, que por la crisis económica y desabastecimiento cruzó por un paso fronterizo autorizado, recibiendo por Migración Colombia un permiso de ingreso y permanencia (PIP), al que le fue negado por su condición de migrante irregular el ingreso a un programa especial de atención de pacientes con VIH, luego de solicitárselo a una IPS pública; en esa ocasión no se le amparó el derecho al accionante.

7.6. Ahora bien, del trámite de tutela surtido en única instancia, llaman la atención dos situaciones; por un lado, la falta de respuesta de la IPS Uno, que si bien observó el juez de conocimiento, olvidó el mismo imponer la sanción que establece el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que a la postre implica, bajo la presunción de discriminación, de tener por ciertos los hechos relatados por la accionante, en el sentido que hubo discriminación hacia ella, cuando afirmó que “me acerqué a preguntarle a la doctora para ver si podía atenderme, esta se negó a hacerlo y enfatizó mi diagnóstico de VIH como una razón para no atenderme”, lo que eventualmente hubiera cambiado el sentido del fallo.

Por otro lado, también se advirtió de la IPS Dos un acto de negación del servicio, cuando el 17 de agosto de 2022, a pesar de no tener una cita programada, la actora se acercó a renovar su formulación de medicamentos con su médico tratante, que supeditó su petición a una interconsulta con la especialidad de Psiquiatría, que a partir de las respuestas dadas, pareciera que se justificó en el mal comportamiento de la accionante, olvidando que la interconsulta de especialidades complementarias dentro de un programa especial de pacientes con VIH no debió ser impedimento para que la demandante accediera a su tratamiento con la medicación requerida, estando en todo su derecho de decidir como usuaria si aceptaba o no asistir a esa interconsulta.

7.7. De acuerdo con lo anterior, procede la Sala Octava a analizar si en el asunto sub examine se accede a la pretensión de «que se garantice la continuidad del tratamiento a la 'señora Brigith', en lo que respecta a la entrega de medicamentos para su tratamiento de VIH y que se le realicen los exámenes y atenciones pertinentes para su recuperación integral», solicitada por la accionante, de conformidad con las consideraciones realizadas previamente.

7.8. Conforme a la parte considerativa expuesta en la presente sentencia (acápite 4.7., 4.9. y 6.2.), los extranjeros con permanencia regular dentro del territorio nacional y que se encuentren afiliados en el Sistema de Salud41 mediante un documento idóneo expedido por la autoridad migratoria (salvoconducto tipo SC-2), como es el caso de la accionante Brigith, tienen el derecho de recibir una atención integral en salud, acorde a las prestaciones que están incluidas dentro del Plan de Beneficios en Salud (PBS). En este sentido, el derecho a recibir los medicamentos para cumplir con el tratamiento para la enfermedad del VIH se encuentra también garantizado. Derecho de que gozaran sin ningún tipo de discriminación en razón a su identidad de género, estado de salud, o condición de migrante. Lo anterior, pese a que Coosalud EPS, en su respuesta afirmó que el usuario en llamada telefónica ratificó la entrega a conformidad, por cuanto en la respuesta aludida la EPS siempre hizo referencia fue a la IPS Uno cuando del material probatorio se desprendió que la atención de su enfermedad

ocurrió en la IPS Heres Ltda; de igual manera la afirmación no tuvo sustento probatorio.

7.9. Ahora bien, la Sala es consciente de la dificultad, para el caso concreto, de materializar el anterior postulado por la evidente situación de precariedad en la que vive la accionante, al punto de no permitirle tener los recursos económicos para transportarse del lugar de su residencia, o de donde se encuentre, a cumplir con las citas programadas con sus IPS y a reclamar los medicamentos necesarios para el tratamiento de su compleja enfermedad, en la ciudad de Santa Marta; lo que hace imperante que se deba encontrar un mecanismo que garantice el acceso oportuno a estos, como el de la entrega a domicilio en el lugar de residencia de dichos medicamentos, para lo cual se debe coordinar entre la EPS, la IPS y usuario o paciente la recepción de los mismos.

7.10. Por otro lado, como se mencionó anteriormente, la Sala advirtió tres situaciones de discriminación, ya anotadas en los numerales 3.2. y 7.6., sin importar si fue en razón a la enfermedad que tiene la accionante o si fue por su identidad sexual, o por su condición de migrante, afirmaciones que es razonable tenerlas por ciertas en virtud del principio de veracidad y principio de discriminación; ya que, por un lado, respecto de la IPS Uno al no rendir el informe de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, se aplicó la sanción de que trata el artículo siguiente del citado cuerpo normativo; y por el lado de la IPS Dos, en la respuesta que rindió el representante legal dentro de la oportunidad otorgada, no se refirió a la situación descrita por la accionante del 17 de agosto de 2022 en las instalaciones de ese centro de salud, donde el médico tratante se negó a expedir la prescripción con los medicamentos: “Abacavir+Lamivudina, Tiamina, Ritonavir, Darunavir y preservativos”, ya que recaía en el representante legal de la IPS, la carga de la prueba de demostrar que no cometió acto discriminatorio alguno.

7.11. Para finalizar, de conformidad con lo anotado en los acápites 6.4 y 6.5., y de lo explicado en los párrafos del derecho a la no discriminación, puede que la accionante, haya reaccionado en respuesta a esos actos de discriminación enunciados en precedencia, de

manera irrespetuosa; pero no deja de ser reprochable que una usuaria incumpla sus deberes como paciente del sistema, ya que estos tienen la finalidad de propender por el buen manejo de su salud. Por tanto, a los usuarios se les impone una corresponsabilidad en el cuidado de su salud, cuyo incumplimiento, bajo ningún motivo debe ser utilizado por el prestador, con el fin de sustraerse de su obligación principal de prestar el servicio de salud; y en algunos casos, esa inobservancia en los deberes, puede traer consigo consecuencias desfavorables para alcanzar el bienestar, llevando incluso al fracaso de una petición de amparo, como sucedió en la sentencia T-124 de 2019, que analizó el caso de un accionante que no cumplió con su deber de solicitar los medicamentos directamente a su EPS, acudiendo primero a la tutela.

Por otro lado, del análisis al expediente, no se evidenció de parte de la EPS Coosalud vulneración alguna a los derechos alegados por la accionante, lo que no la exime de que continue garantizando la adecuada prestación del servicio de salud con la red contratada.

7.12. Por las razones expuestas, la Sala revocará parcialmente la decisión del juez de única instancia, por medio de la cual negó el amparo de los derechos invocados por la accionante y desvinculó a la IPS Uno, a la IPS Dos, a la Secretaría Distrital de Salud de Santa Marta y a la Alcaldía Distrital de Santa Marta. En su lugar, tutelará el derecho a la salud, identidad de género y vida digna e integridad física de la accionante vulnerados por las IPS Uno y Dos. En consecuencia:

i. ordenará a la IPS Dos, si aún no lo ha hecho, de hacer entrega de la medicación requerida por la demandante en el lugar donde resida; y a que también, de manera coordinada con la EPS Coosalud, evalúe si es viable hacer la entrega de los medicamentos en el lugar de residencia de la actora. De igual manera, se le ordenará ofrecer disculpas públicas a la accionante por su acto de discriminación y a que, con el acompañamiento de la Defensoría

del Pueblo y Ministerio de Salud y Protección Social adopte unas guías de manejo que permitan brindar una mejor atención a los pacientes que vivan con VIH y/o que sean transgénero, con el fin de que no se repitan prácticas discriminatorias, para lo cual se hace necesario socializar lo dicho en esta decisión al personal médico que pudo interactuar con la usuaria, con la finalidad de evitar que este tipo de situaciones se presenten en un futuro.

i. Adicionalmente, a pesar de que pueda haber una explicación a la conducta de Brigith, en cuanto al irrespeto hacia el personal administrativo y médico, se mantendrá los numerales tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia, en la que se insta y advierte a la accionante a cumplir con sus deberes como paciente.

Síntesis de la decisión

7.13. La Corte Constitucional conoció la acción de tutela promovida por una persona transgénero, con la enfermedad del VIH, que por causa de la crisis humanitaria migró de manera irregular a territorio colombiano para recibir el tratamiento requerido para la patología en cuestión; que una vez radicada, hizo la gestión para legalizar su status migratorio, logrando que le expidieran el salvoconducto tipo SC2, el cual le permitió afiliarse al sistema de seguridad social en salud en una EPS del régimen subsidiado, y quien solicitó que la IPS le hiciera entrega de la medicación requerida, pese a incumplir algunas citas, en razón a que no contaba con los medios económicos para trasladarse a la institución en salud.

7.14. Después de superar con éxito el examen de procedencia propio de la acción de tutela, la Sala estableció como problema jurídico a analizar, si las IPS accionadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud, identidad de género y vida digna e integridad física de una persona transgénero, migrante que mutó su condición de irregular a regular, de escasos recursos, perteneciente al régimen subsidiado en salud, al discriminarla y no bridarle la

atención requerida en salud y negarle la entrega de medicamentos para atender su diagnóstico de VIH.

7.15. Con el fin de resolver el interrogante, la Sala reiteró la jurisprudencia sobre el derecho a la salud de los extranjeros con VIH en condición irregular y de las personas transgénero, el derecho a la vida y a la integridad física de los extranjeros y el derecho a la no discriminación, los derechos y deberes de los extranjeros y resolvió el caso concreto. En tal sentido se pronunció sobre las normas de carácter constitucional y legal que regulan el derecho a la salud y los principios que rigen la atención en salud de las personas extranjeras en condición irregular, junto a la jurisprudencia relativa al derecho a la salud de las personas transgénero que viven con VIH. Lo mismo hizo en relación con el derecho a la vida digna e integridad física, derecho a la no discriminación y finalizó con una mención a los derechos y deberes de los usuarios y pacientes del sistema de salud.

7.16. Con todo lo anterior, la Sala evidenció, a partir de su jurisprudencia, la necesidad de amparar los derechos de la accionante, en razón a que: (i) es una persona de especial protección constitucional, (ii) evidenció que se transgredieron el derecho a la salud y de identidad de género y (iii) su condición de irregular fue subsanada con la obtención del salvoconducto SC-2, que le permitió afiliarse al Sistema de Salud obteniendo para sí, todas las garantías del Plan de Beneficios en Salud. Así las cosas, principalmente la Sala revocó, de manera parcial la decisión del juez de única instancia y en su lugar amparó el derecho a la salud, identidad de género y vida digna e integridad física de la demandante. En consecuencia, ordenó a las IPS accionadas a ofrecer excusas públicas por un acto de discriminación y a una de las IPS le ordenó, si aún no lo hubiera hecho, entregar la medicación en el lugar de residencia de la accionante, entre otras. Adicionalmente, de manera coordinada entre la IPS prestadora y la EPS estudiar la viabilidad de hacer la entrega de los medicamentos en el lugar de residencia de la accionante. Finalmente, se mantuvieron los ordinales tercero y cuarto de la providencia revisada, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia del 28 de septiembre de 2022, proferida en única instancia por el Juzgado Primero de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Santa Marta, que negó la tutela interpuesta por Brigith, en contra de Coosalud EPS. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud, identidad de género, vida digna e integridad física, vulnerados por la IPS Uno y la IPS Dos, por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO. – ORDENAR a la IPS Uno que, a través de su representante legal, en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, presente disculpas en un acto solemne a la accionante Brigith, por el acto de discriminación ocurrido dentro de las instalaciones de ese centro médico, por parte de una profesional de la salud.

TERCERO. – ORDENAR a la IPS Dos, i) que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo ha hecho, entregue los medicamentos en el lugar de residencia de su usuaria conforme a la última orden médica expedida42, que garantice el tratamiento del VIH de la accionante; ii) que a través de su representante legal, en el término de diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, presente disculpas en un acto solemne a la accionante Brigith, por el acto de discriminación ocurrido dentro de las instalaciones de ese centro médico, por parte de una profesional de la salud.

CUARTO. – ORDENAR a la IPS Dos, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia y de manera coordinada con la EPS Coosalud, evalúe la viabilidad de realizar la entrega de los medicamentos recetados a la demandante en su domicilio.

QUINTO. – ORDENAR a la IPS Uno y a la IPS Dos, que dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la presente providencia adopte, con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y Ministerio de Salud y Protección Social, unas guías de manejo o lineamientos que le permitan brindar una mejor atención a los pacientes que vivan con VIH y/o que sean transgénero, con el fin de que no se repitan prácticas discriminatorias; para lo cual se hace necesario socializar lo dicho en esta decisión al personal médico que pudo tener interacción con la usuaria, con la finalidad de evitar que este tipo de situaciones se presenten en un futuro.

SEXTO. – MANTENER, pero por las razones expuestas en la presente sentencia, los siguientes apartes de los ordinales tercero y cuarto del fallo de tutela proferido el 28 de septiembre de 2022, que se transcriben a continuación:

“TERCERO: INSTAR a (BRIGITH) a acudir a las citas médicas programadas, y en general, acatar las órdenes, recomendaciones y tratamientos ordenados por su médico tratante.

CUARTO: PREVENIR a (BRIGITH) a moderar su comportamiento y tratar con respeto al personal médico y administrativo de la EPS COOSALUD y la IPS DOS”.

SÉPTIMO. – Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRENSE la comunicación

prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

1 Integrada por los magistrados Diana Fajardo Rivera y José Fernando Reyes Cuartas.

2 Documento que se accede en el siguiente enlace: https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20SELECCION%2030%20JUNIO-23%20NOTIFICADO%2017%20DE%20JULIO-23.pdf

3 Expediente Digital T-9.400.303 Archivo “03AUTOADMITE”.

4 Expediente Digital T-9.400.303 Archivo “09CONTESTACION”.

5 Expediente Digital T-9.400.303 Archivo “10CONTESTACION”.

6 Expediente Digital T-9.400.303 Archivo “11CONTESTACION”.

7 Expediente Digital T-9.400.303 Archivo “08CONTESTACION”.

8 Expediente Digital T-9.400.303 Archivo “04SENTENCIA”.

9 Expediente digital T-9.400.303.

10 Esta sección se hizo atendiendo la sección de examen de procedencia de las siguientes sentencias: SU-677 de 2017, T-246, T-267, T-497 y T-517 de 2020, T-415 de 2021 y T-244 y T-284 de 2022.

11 Corte Constitucional, sentencias T-380 de 1998, T-269 de 2008, T-1088 de 2012 y T-314 de 2016.

12 Corte Constitucional, sentencia T-517 de 2020.

14 Corte Constitucional, sentencias T-264 y T-268 de 2023.

15 Corte Constitucional, sentencia T-268 de 2023.

16 De acuerdo con la consulta efectuada el 12 de septiembre de 2023 en la página web de la ADRES, la accionante pertenece al régimen subsidiado en salud.

17 Capítulo elaborado fundamentalmente a partir de las sentencias SU-677 de 2017, T-246, T-496 y T-517 de 2020, T-231, T-415 y T-417 de 2021, y T-145 de 2023.

18 Corte Constitucional, sentencias T-170 de 2005, T-730 y T-795 de 2010, C-767 de 2014, T-021 de 2018, T-032 de 2020, C-156 de 2022, entre otras.

19 Corte Constitucional, sentencia T417 de 2022.

20 Ley que superó el control previo de constitucionalidad por medio de la sentencia C-313 de 2014.

21 La jurisprudencia define a la salud como: “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general”. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-539 de 2013, T-499 de 2014, T-745 de 2014, T-094 de 2016, T-014 de 2017 y T-471 de 2018.

22 Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 2. “Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y

paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado".

23 Corte Constitucional, sentencias T-145, T-264, T268 y T-399 de 2023.

24 De manera ilustrativa, se muestra algunos resultados tomados del buscador de sentencias de Relatoría de la Corte Constitucional, con la palabra "migración masiva": T-459 de 2016, T-210 de 2018, T-074, T-143, T-178, T-197, T-298, T-452 de 2019, entre otras.

25 Esta afirmación que se hace tiene una justificación que inició en la sentencia T-178 de 2019, y que siguió en esa línea, la sentencia T-576 de 2019, T-021 y T-090 de 2021 y la T-284 de 2022.

26 En aquella sentencia se hizo una profunda descripción de la crisis humanitaria originada como consecuencia de la situación económica, política y social que afronta Venezuela, así como de las acciones que, hasta entonces, había desplegado Colombia para hacerle frente.

27 (i) Los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al subsidio a la oferta cuando carezcan de recursos económicos; (ii) La atención de urgencias comprende (a) emplear todos los medios disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas; y (b) remitir inmediatamente al paciente a una entidad prestadora del servicio; iii) Los procedimientos o intervenciones médicas para la atención de enfermedades catastróficas pueden incluirse en el concepto de urgencias en casos extraordinarios en los que esté acreditada la necesidad para preservar la vida y la salud del paciente.

28 Corte Constitucional, Sentencia T-243 de 2016. De igual manera, consultar la sentencia T-195 de 2021en materia de entrega de medicamentos a domicilio, en el contexto de la pandemia mundial del COVID-19.

29 Corte Constitucional, sentencia T-918 de 2012.

30 El parágrafo del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 dispuso que los principios del derecho

fundamental a la salud se interpretarán de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional.

31 La providencia tomó las consideraciones pertinentes de las sentencias SU-677 de 2017, T-263 de 2021 y T-376 de 2019.

32 Corte Constitucional, sentencia T-399 de 2023.

33 Corte Constitucional, sentencias T-645 de 1998, T-062 de 2006, T-033 del 2013, entre otras.

34 Corte Constitucional, sentencia T-017 del 2021.

35 Corte Constitucional, sentencia T-195del 2021.

36 Acápite fundamentado en la parte considerativa de las sentencias T-246 de 2020 y T-145 de 2023

37 Corte Constitucional, sentencia T-215 de 1996.

38 Artículo 4°: "…Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

39 Más exactamente son dos, clasificados en Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP) y en Permiso Temporal de Permanencia (PTP).

40 Entre los que se podría mencionar, los traslados constantes de una ciudad a otra (Cúcuta, Bogotá, Santa Marta).

41 Sin importar el régimen al que se encuentre afiliado el usuario, toda vez que en la actualidad en Colombia existe un Plan de Beneficios en salud unificado.

42 La orden médica expedida el 1° de julio de 2022, contenía los siguientes medicamentos: "Abacavir+Lamivudina, Tiamina, Ritonavir, Darunavir y preservativos".