

Sentencia T-465/19

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

Las obligaciones que tienen los extranjeros que ingresan al país, incluidos los migrantes que provienen de Venezuela que se encuentran con permanencia irregular en el territorio, pues si bien es evidente la crítica situación económica y política por la que atraviesa ese país y la precariedad económica en la que se encuentran la gran mayoría de sus nacionales que llegan a Colombia, y que el cumplimiento de algunos deberes que impone la legislación migratoria para lograr su regularización en Colombia y la normativa en salud para lograr la afiliación, se encuentra con diferentes obstáculos, tienen la obligación de cumplir con los deberes que a la fecha contempla la política migratoria y por lo tanto, deben procurar regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se autorizaron exámenes y citas médicas a menor venezolana

Referencia: Expediente T-7.343.448

Demandante: YALV, como representante legal de MSCL

Demandado: Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, y las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia del 27 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta (Norte de Santander), que negó el amparo invocado.

El expediente T-7.343.448 llegó a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 31 de mayo de 2019, la Sala Número Cinco de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y éste fue repartido a la Sala Quinta de Revisión.

Aclaración previa

En el presente asunto, con el fin de proteger el derecho a la intimidad de la menor, que acude al recurso de amparo representada por su madre, y teniendo en cuenta que se analizan datos especialmente sensibles relacionados con su salud y vida privada, la Sala encuentra necesario suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre de la menor y de su representante legal, así como los demás datos que puedan transgredir su derecho a la intimidad. En este orden de ideas, se cambiarán los nombres reales por las iniciales de los mismos.

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos y pretensiones

1.1.1 La señora YALV, representante legal de MSCL, de 7 años de edad, presentó demanda de tutela el 18 de febrero de 2019, contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, con el fin de que se le protejan a su hija los derechos fundamentales a la salud y a la vida.

1.1.2 Lo anterior, con fundamento en que, primero, la menor “padece de muchas malformaciones y su vida corre riesgo por la parte renal y cardiopulmonar ya que hace apnea respiratoria y taquicardia además tiene grado 3 de una enfermedad renal crónica tiene 14 patologías distintas (...);” y, segundo, fue atendida por el servicio de urgencias del Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta (Norte de Santander), el 13 de febrero de 2019, fecha en la cual el médico tratante le prescribió diferentes exámenes, medicamentos

y dos citas de control con Nefrología y Cardiología Pediátricas. Sin embargo, la entidad accionada no autorizó los servicios bajo el argumento de que la menor no acredita la condición legal de residente en el territorio colombiano y no se encuentra afiliada a ninguna entidad prestadora de salud.

1.1.3 La señora YALV solicita se le suministre a su hija la atención médica especializada que requiere y se le realicen los exámenes necesarios para restablecer su salud y mejorar su calidad de vida.

1.2 Actuación procesal

El proceso correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta, el cual a través de auto del 19 de febrero de 2019 admitió la acción de tutela y ordenó, como medida provisional, al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y /o a quien haga sus veces, que de manera inmediata y sin dilación alguna, autorice las actuaciones pertinentes y necesarias para que a la menor MSCL se le garantizara la realización de los exámenes y los medicamentos ordenados por el médico tratante y citas con especialistas en nefrología y cardiología pediátricas.

Adicionalmente, vinculó al trámite al Hospital Universitario Erasmo Meoz y a la Secretaría de Salud Municipal de Cúcuta. Y, finalmente, ordenó practicar las pruebas que se estimen necesarias para el esclarecimiento de los hechos objeto de la acción de tutela.

1.3 Respuesta de las entidades vinculadas al trámite de tutela

(i) Respuesta de la Alcaldía de San José de Cúcuta

A través de escrito del 21 de febrero de 2019, el Subsecretario de Despacho Área Gestión de Aseguramiento y Control de Atención en Salud, manifestó que, con fundamento en lo dispuesto en la sentencia de esta corporación T-314 de 2016 y en la Resolución No. 025 de 2017, emanada del Ministerio de Salud y Protección Social, entre otros, es necesario que todos los ciudadanos tengan un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que la misma norma da opciones para diferentes personas, tanto mayores como menores de edad, nacionales y extranjeros. Por lo que si un extranjero se encuentra en permanencia irregular en el territorio

colombiano no puede presentar el pasaporte como documento de identificación válido para afiliarse al sistema, en la medida en que la ley consagra la obligación de regularizar su situación a través del salvoconducto de permanencia, el cual se admite como documento válido para la afiliación.

Para el caso particular de MSCL, dijo que no se encuentra afiliada a ninguna entidad prestadora de salud EPS en Colombia por ser de nacionalidad venezolana y al no acreditar la condición legal de residencia en el territorio colombiano, “solo se le puede atender urgencias vitales si el caso lo amerita”, por lo cual no puede acceder a los servicios de salud en ninguna EPS.

En consecuencia, en representación de la Secretaría de Salud de Cúcuta, solicitó se la excluya del trámite de la acción de tutela.

(ii) Respuesta de la E.S.E. Hospital Universitario Erasmo Meoz

A través de escrito del 22 de febrero de 2019, el Subgerente de Servicios de Salud (E), expuso que teniendo en cuenta que la paciente presenta un manejo ambulatorio, su representante legal debe dirigirse al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, para que le sean autorizados los servicios que requiere, pues ésta es la entidad responsable del pago de los mismos, por tratarse de paciente sin seguridad social en Colombia, o en su defecto a la EPS en la cual le sea posible afiliarse.

En atención a lo expuesto, solicitó ser desvinculado del trámite de la presente acción de tutela, por falta de legitimación por pasiva.

1.4 Decisión objeto de revisión

A través de fallo del 27 de febrero de 2019, el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta negó la acción de tutela.

Al efecto, consideró, en primer lugar, que no se pudo establecer que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander estuviera negando la atención básica de urgencias a la agenciada, como quiera que no se pudo establecer que la representante legal de la menor hubiera presentado al mismo solicitud para el suministro de los servicios médicos requeridos.

De otra parte, precisó que, en la historia clínica de la menor no se conceptuó sobre la urgencia del suministro de los servicios, “por lo que no es posible determinar que se esté ante un evento apremiante, que como tal, conduzca a exceptuar la regla general y extender la atención básica de urgencias al tratamiento de salud ordenado a la paciente.”

Finalmente, observó que no hay elementos de prueba que indiquen que la representante legal de la menor haya iniciado o esté adelantando los trámites pertinentes a efectos de regularizar su estancia en Colombia y la menor no cuenta con la condición de residente legal en Colombia, en consecuencia, no se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Los siguientes documentos que constituyen pruebas relevantes se presentaron en copia:

- Carnet de pre-registro No. DF2900290, de MSCL, con fecha de vencimiento el 2020/12/29, expedido por Migración Colombia.
- Carnet de pre-registro No. DF2051316, de YALV, con fecha de vencimiento 2020/12/07, expedido por Migración Colombia.
- Historia clínica de MSCL de la E.S.E Hospital Erasmo Meoz, de la ciudad de Cúcuta (Norte de Santander).
- Acta de nacimiento de MSCL, expedida por la Parroquia La Concordia, Estado Táchira, Municipio de San Cristobal, República de Venezuela.
- Fórmula médica para MSCL, suscrita por el Nefrólogo Pediatra Richard Hernández C.I. 9.724.441-MPPS48.579, del 6 de febrero de 2019, de la Clínica de Rehabilitación Médica Cho C.A., de San Cristobal -Venezuela.

1.6 Pruebas decretadas y allegadas en sede de revisión

1.6.1 Pruebas decretadas

A través de auto del 27 de junio de 2019 el Magistrado Sustanciador vinculó al presente trámite al Ministerio de Salud y Protección Social y le solicitó pronunciarse sobre las

directrices establecidas para atender situaciones como las que atraviesa la accionante.

Por otro lado, pidió a la señora YALV información relacionada con la atención en salud suministrada a su menor hija, su situación económica, los trámites adelantados con el fin de regularizar su estancia en el país y su actual domicilio. Y a Migración Colombia le solicitó información en torno a la situación migratoria de la señora YALV y su menor hija, los trámites para la regularización de su estancia en el país y las alternativas que tienen a ese respecto.

1.6.2 Pruebas allegadas

(i) YALV, representante legal de MSCL

En mensaje del 4 de julio de 2019, enviado al correo electrónico de la Secretaría General de esta Corporación, la señora YALV, quien actúa como representante legal de su menor hija MSCL, presentó su respuesta a los interrogantes planteados, así:

Al ser indagada por si le han prestado algún servicio de salud a su menor hija, para atender el motivo de consulta del 13 de febrero de 2019, en el Hospital Universitario Erasmo Meoz, que dio lugar a la solicitud de exámenes médicos, medicamentos y cita de control, cuya negativa originó la presente acción de tutela, respondió: “Si le prestaron atención médica, ya que la menor presento (sic) una infección urinaria severa. La cual amerito (sic) ser hospitalizada por un periodo de dos (2) semanas. Por sus múltiples patologías médicas q (sic) colocan el riesgo la salud de la niña, los Doctores recomendaron realizar exámenes y consultas de control con diferentes especialistas.”

Frente a cuáles entidades ha acudido para obtener la prestación del servicio de salud, precisó “le han prestado servicio de salud en el E.S.E HOSPITAL REGIONAL DE VÉLEZ.”

Sobre los medios económicos de que dispone y los gastos personales, refirió que “hasta hace pocos días el padre de la niña estaba trabajando en una obra de construcción. (Se encuentra desempleado actualmente).”

Respecto a si ha adelantado trámites para regularizar su situación en el país, indicó que “si hemos intentado tramitar la regularizar (sic) nuestra situación legal en el país. Pero no por motivos ajenos (sic) a nuestra disposición no hemos lo (sic) podido resolver, ya se (sic)

necesitan documentos de registro que no se han podido obtener ya que en Venezuela por razones q (sic) no conocemos no los están entregando actualmente.”

Finalmente, en cuanto al tiempo que lleva viviendo en Colombia y su domicilio actual, explicó que “nos encontramos viviendo en Colombia desde los 1 (sic) de Febrero de 2019. Nuestro domicilio actual es en Vélez Santander, Barrio Chapinero.”

No anexó ningún tipo de documento.

En llamada telefónica efectuada el 29 de agosto de 2019, la señora YALV informó que en la E.S.E Hospital Regional de Vélez – Santander le han suministrado la atención médica requerida por su menor hija, a causa de una fractura sufrida en uno de sus miembros inferiores. Además, refirió que no ha sido notificada respecto a si se le han autorizado los exámenes y citas médicas para MSCL, ordenados por el médico tratante, en relación con el motivo de consulta del 13 de febrero de 2019, en el Hospital Universitario Erasmo Meoz de la ciudad de Cúcuta, que dio origen al presente trámite tutelar.

(ii) Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

Mediante escrito allegado el 8 de julio de 2019, la Jefa de la Oficina Asesora Jurídica, en forma general, hizo referencia a las competencias de dicha Unidad, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1444 de 2011, el Decreto Ley 4057 de 2011 y el Decreto Ley 4062 de 2011; a la Tarjeta de Movilidad Fronteriza y al pre-registro; a las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional dada la situación en Venezuela y a la protección de los extranjeros con permanencia irregular en territorio colombiano y su afiliación al sistema de seguridad social en salud.

Y, frente al caso concreto de la accionante, explicó que tanto la representante legal de la menor, como ésta, se encuentran de manera irregular en el país, teniendo en cuenta que sólo presentan un pre-registro, el cual no es un documento que habilite a las personas a permanecer de manera legal en Colombia.

De otra parte, manifestó que la señora YALV y su menor hija no han adelantado ningún trámite ante esa entidad, por lo que la representante legal de la menor deberá acercarse al Centro Facilitador de Servicios Migratorios más cercano al lugar de residencia, con el fin

de iniciar los respectivos trámites de regularización, de conformidad con lo establecido en la sentencia SU-677 de 2017.

Por último, refirió que dentro del proceso administrativo migratorio le será expedido un salvoconducto, mientras se resuelve su situación migratoria, documento que le servirá para afiliarse al Sistema de Salud colombiano.

(iii) El Ministerio de Salud y Protección Social

No se pronunció sobre los hechos de la acción de tutela, a la cual fue vinculado en calidad de demandado.

1.7 Escritos allegados en sede de revisión

(i) Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

A través de escrito del 16 de julio de 2019 el Coordinador de Prestación de Servicios, relacionó 7 autorizaciones, todas del 20 de febrero de 2019, para que se le practicara a la menor MSCL: gamagrafía renal estática con DMSA, electrocardiograma de ritmo o superficie SOD, consumo de oxígeno y producción de CO₂ en reposo, exámenes de laboratorio, ecocardiograma transtorácico, consulta de control o seguimiento por especialista en nefrología pediátrica y consulta de control o de seguimiento por especialista en cardiología pediátrica.

Por lo anterior, refirió que ese instituto ha cumplido y garantizado la atención inicial de urgencias para la agenciada, según lo establecido en el Decreto 866 de 2017-2408 de 2018.

Sin embargo, destacó que la representante legal de la menor ha omitido la obligación de regularizar su estancia en el país y obtener así la documentación que le permita a la menor obtener atención integral en salud.

Solicitó, en consecuencia, se requiera a la señora YALV para que cumpla con la obligación de regularizar su estancia en el país y se archive el presente trámite, por constituirse un hecho superado.

Se anexaron copias de las autorizaciones de servicios antes relacionadas.

(ii) E.S.E Hospital Universitario Erasmo Meoz

A través de escrito radicado en la Secretaría General de esta corporación el 26 de julio de 2019, la Subgerente de Servicios de Salud (E) se refirió al caso que se analiza en los mismos términos a los consignados en el escrito allegado ante el Juzgado de primera instancia, el 22 de febrero de 2019.

Sin embargo, en este documento hizo referencia a que “una vez la agenciada cuente con todas las autorizaciones de los servicios de salud que requiere para su manejo especializado, deberá el acudiente dirigirse a la IPS a donde fue direccionado; en el caso de ser remitida a la ESE HUEM se le prestara el servicios (sic) requerido una vez presente la correspondiente autorización expedida por el IDS NORTE E (dic) SANTANDER O EPS de ser el caso, teniendo en cuenta que EL NOSOCOMIO solo prestará los servicios de salud programados que le sean autorizados y que tenga habilitados en su portafolio de servicios, es decir en las especialidades que se encuentren habilitadas únicamente ya que la ESE HUEM no puede prestar servicios que no tenga habilitados, por lo tanto brindara la asistencia requerida conforme a su capacidad técnica y científica lo permita.”

Por lo expuesto, solicitó excluir a la E.S.E HUEM del presente trámite, al considerar que no ha vulnerado derechos fundamentales a la menor.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. La actora, en su condición de representante legal de su hija menor de edad, MSCL, de 7 años de edad, presentó acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de

Norte de Santander, con el fin de que se le protejan los derechos fundamentales a la salud y a la vida, con fundamento en que, primero, la menor “padece de muchas malformaciones y su vida corre riesgo por la parte renal y cardiopulmonar ya que hace apnea respiratoria y taquicardia además tiene grado 3 de una enfermedad renal crónica tiene 14 patologías distintas (...)”; segundo, fue atendida por el servicio de urgencias del Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta, el 13 de febrero de 2019, fecha en la cual el médico tratante le prescribió diferentes exámenes, medicamentos y dos citas de control con Nefrología y Cardiología Pediátricas. Sin embargo, la entidad accionada no autorizó los servicios, bajo el argumento de que no acredita la condición legal de residente en el territorio colombiano y no se encuentra afiliada a ninguna entidad prestadora de salud.

La señora YALV solicita se le suministre a su hija la atención médica especializada que requiere y se le realicen los exámenes necesarios para restablecer su salud y mejorar su calidad de vida.

2. Ahora bien, la Alcaldía Municipal de Cúcuta, manifestó que la menor no se encuentra afiliada a ninguna entidad prestadora de salud EPS en Colombia por ser de nacionalidad venezolana y al no acreditar la condición legal de residencia en el territorio colombiano, “solo se le puede atender urgencias vitales si el caso lo amerita”, por lo cual no puede acceder a los servicios de salud en ninguna EPS.

Por su parte la E.S.E. del Hospital Universitario Erasmo Meoz precisó que, la representante legal de la menor debe dirigirse al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, para que le sean autorizados los servicios que requiere, pues ésta es la entidad responsable del pago de los mismos, por tratarse de paciente sin seguridad social en Colombia.

3. El proceso correspondió al Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta, el cual negó la acción de tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta, de una parte, que no se pudo establecer que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander estuviera negando la atención básica de urgencias a la menor y, de otra, que no cuenta con la condición de residente legal en Colombia y, en consecuencia, no se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

4. Una vez adelantada la actuación probatoria en sede de revisión, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia expuso, entre otras cosas, que tanto la

representante legal de la menor, como ésta, se encuentran de manera irregular en el país, teniendo en cuenta que sólo presentan un pre-registro, el cual no es un documento que habilite a las personas a permanecer de manera legal en Colombia.

Así mismo, la E.S.E. del Hospital Universitario Erasmo Meoz precisó que, la representante legal de la menor debe dirigirse al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, para que le sean autorizados los servicios que requiere, pues ésta es la entidad responsable del pago de los mismos, por tratarse de paciente sin seguridad social en Colombia.

Finalmente, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander allegó siete autorizaciones, todas del 20 de febrero de 2019, para que a la menor MSCL le fueran practicados los siguientes exámenes, ordenados por su médico tratante, en el Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, en razón de la consulta del 13 de febrero de 2019, que dio origen a la presente acción: Gamagrafía renal estática con DMSA, electrocardiograma de ritmo o superficie SOD, consumo de oxígeno y producción de CO₂ en reposo, exámenes de laboratorio, ecocardiograma trastorácico. Además, de dos autorizaciones con el fin de que acceda a consultas de control o seguimiento por especialistas en Nefrología y Cardiología Pediátricas. No obstante, solicitó se requiera a la señora YALV para que cumpla con la obligación de regularizar su estancia en el país y se archive el presente trámite, por constituirse un hecho superado.

5. Conforme a lo expuesto, la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y el Hospital Universitario Erasmo Meoz vulneraron los derechos a la salud y a la vida digna de la menor accionante al negarse a autorizar y prestar los servicios médicos que prescribió su médico tratante y solicitó su representante legal?

Con todo, luego de advertidas las pruebas recaudadas por la Corte, es necesario analizar preliminarmente si se está ante un hecho superado. Esto debido a que solo si la respuesta a ese interrogante es negativa, procederá el análisis de fondo sobre el asunto.

Asunto preliminar. Existencia de hecho superado

6. De conformidad con los antecedentes expuestos, se encuentra que la señora YALV formuló acción de tutela en razón a que consideraba que se habían vulnerado los derechos

a la salud y a la vida digna de su hija menor de edad, debido a la omisión de la entidad demandada en el suministro de prestaciones médico asistenciales, particularmente la práctica de exámenes de diagnóstico[1] y citas de control ordenados por el médico tratante del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, entidad a la que acudió el 13 de febrero de 2019.[2]

7. De las pruebas recaudadas en sede de revisión, se evidencia que tanto los exámenes como las citas de control con médicos especialistas fueron autorizados el 20 de febrero de 2019, según lo informó el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander[3]. Los referidos exámenes no se han practicado aún, como quiera que a la representante legal no se le ha comunicado este nuevo hecho y actualmente se encuentra domiciliada en la población de Vélez, departamento de Santander.

8. A partir de estas condiciones, es necesario dilucidar de manera preliminar si se está ante la existencia de un hecho superado en el asunto de la referencia. En ese sentido, la Corte en primer lugar determinará si se cumplen las condiciones formales de procedencia de la acción de tutela en el presente caso. Superado ese análisis reiterará el precedente sobre la comprobación del hecho superado. Luego, a partir de las reglas que se deriven de ese análisis, resolverá la mencionada materia preliminar, con el fin de definir si es necesario abordar el análisis sobre el problema jurídico sustantivo del caso.

Análisis sobre la procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa[4]

9. Según el artículo 86 de la Constitución, toda persona, puede presentar acción de tutela para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados.

En el presente asunto, se encuentra que la acción de tutela fue presentada por YALV, madre de la menor de edad MSCL y, en consecuencia, persona habilitada para formular el amparo en virtud de ejercer la representación legal de quien se busca proteger, por resultar amenazada en sus derechos fundamentales.

Legitimación por pasiva

10. La legitimación pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se

dirige la acción y quien está llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, cuando esta resulte demostrada[5]. Según el artículo 86 de la Constitución Política y los artículos 5° y 42 del Decreto Ley 2591 de 1991.

La Sala encuentra que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, se encuentra legitimado como parte pasiva en la presente acción de tutela, dada su calidad de autoridad sanitaria que direcciona el mejoramiento de la calidad, seguridad y acceso en la atención en salud en ese departamento. Idéntica conclusión se predica de las entidades vinculadas al trámite de tutela, esto es, la E.S.E. del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta, como ente público encargado de la prestación del servicio de salud; la Secretaría Municipal de Cúcuta, en representación del ente territorial, con responsabilidades frente a la promoción de la salud, según la Ley 100 de 1993; y el Ministerio de Salud y Protección Social, ente regulador del nivel nacional, que determina normas y directrices en materia de salud pública.

Inmediatez

11. La Corte ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “en todo momento” porque carece de término de caducidad[6]. No obstante, la jurisprudencia constitucional también es consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales[7].

El requisito de la inmediatez pretende entonces que exista “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales”[8], de manera que se preserve la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda protección efectiva y actual de los derechos invocados[9].

La Sala considera que, en este caso, la solicitud de amparo cumple con el requisito de inmediatez, debido a que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. En efecto, la menor requirió de atención en salud el 13 de febrero de 2019, en donde se le prescribieron exámenes y citas de control con médicos especialistas, ante la negativa en la prestación de estos servicios, su madre y representante legal presentó acción de tutela el 18 de febrero de 2019, fecha para la cual aún no se habían autorizado los exámenes ni las

citas médicas ordenados por el médico tratante de la menor, evidenciándose la actualidad del requerimiento en salud.

Subsidiariedad[10]

12. Por último, es preciso señalar que de conformidad con el artículo 86 de la Carta y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la procedencia de la acción de tutela también se sujeta al principio de subsidiaridad, el cual, tal y como lo ha expresado la Corte en varias de sus sentencias, autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: (i) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo, (ii) dicho mecanismo no resulte eficaz e idóneo para la protección del derecho; o cuando, a pesar de brindar un remedio integral, (iii) resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Como supuesto básico en el examen de procedencia, este Tribunal ha objetado la valoración genérica de los medios ordinarios de defensa judicial, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo puede considerarse eficaz, toda vez que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia ha sido clara en afirmar que la eficacia de la acción ordinaria solo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto.

En el asunto bajo estudio, la discusión que se propone gira en torno a la autorización y práctica de exámenes médicos de diagnóstico y las correspondientes citas de control con los especialistas del caso, ordenados por el médico tratante, cuyo suministro se niega por la no regularización de la situación migratoria y la consecuente falta de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud de la menor.

Al respecto, es importante señalar que, en materia de salud, las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir, con las atribuciones propias de un juez, algunas controversias entre las EPS (o las entidades que se les asimilen) y sus usuarios. Específicamente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 señala su competencia, la cual está encaminada a resolver controversias relacionadas con (i) la negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud de acceder

a la prestación de servicios incluidos en el POS (ahora Plan de Beneficios de Salud, PBS); (ii) el reconocimiento de aquellos gastos en los que incurrió el usuario por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la EPS o por el incumplimiento injustificado de la misma de las obligaciones radicadas a su cargo; (iii) la multifiliación dentro del sistema; (iv) los conflictos relacionados con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social; (v) la denegación de servicios excluidos del PBS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (vi) los recobros entre entidades del sistema; y (vii) el pago de prestaciones económicas por parte de las Entidades Promotoras de Salud y el empleador[11].

Sin embargo, como se deriva del listado de materias objeto de competencia de la Superintendencia de Salud, es claro que la pretensión que aquí se formula, se halla por fuera de los temas que han sido habilitados para su definición, pues la discusión se centra en las coberturas a las que tendría derecho una menor extranjera que no se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuya situación en el país no ha sido regularizada.

Así las cosas, respecto del asunto bajo examen, considera esta Sala de Revisión que el amparo constitucional es procedente, ya que la accionante no cuenta con un mecanismo de defensa judicial distinto de la acción de tutela, que le permita plantear una controversia dirigida a obtener la defensa de los derechos que se invocan como vulnerados, como quiera que se trata de una menor de edad, que depende enteramente de su familia, la sociedad y el Estado para desarrollar su crecimiento integral, sujeto de especial protección constitucional e individuo valioso a quien se le debe garantizar el más alto nivel de bienestar.

No obstante, como se anunció en precedencia, es necesario verificar si en el asunto de la referencia se está ante un hecho superado que impida un pronunciamiento de fondo.

13. La acción de tutela tiene como finalidad lograr la protección de los derechos fundamentales que están siendo amenazados o vulnerados por entidades públicas o privadas. No obstante, el juez constitucional ha reconocido que, mientras se da trámite al amparo, pueden surgir algunas circunstancias que lleven al juzgador a concluir que la amenaza o vulneración que motivó la presentación de la acción de tutela ha

desaparecido[12].

En este supuesto, cualquier orden que el juez de tutela pueda dar respecto del caso se vuelve inocua y no surtirá efecto debido a que no existe ninguna amenaza o perjuicio a evitar, situación que desvirtúa el objeto esencial para el que la acción de tutela fue creada[13]. Por ello, en esos casos, “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 lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción”[14]. Este fenómeno ha sido denominado carencia actual de objeto y se puede originar por diferentes motivos, a saber: (i) el hecho superado; (ii) el daño consumado y (iii) cualquier otra circunstancia que permita concluir que la orden del juez de tutela sobre la solicitud de amparo sería inútil[15].

Cuando se presenta esta hipótesis, el juez debe abstenerse de impartir orden alguna y declarar la “carencia actual de objeto”. No obstante, de conformidad con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991[16], el juez de tutela podrá prevenir a la entidad accionada sobre la obligación de proteger el derecho en próximas ocasiones, pues el hecho superado implica aceptar que si bien dicha vulneración cesó durante el trámite de la acción de tutela, se transgredieron los derechos fundamentales del accionante.

14. De una parte, esta Corporación ha señalado que la carencia actual de objeto por hecho superado se presenta cuando desaparecen los actos que amenazan la vulneración de un derecho fundamental. En este sentido, la Sentencia T-096 de 2006 estableció: “Cuando la situación de hecho que origina la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, 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 lo tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.”[17]

15. De otra parte, la carencia actual de objeto también se puede presentar como daño consumado, el cual “supone que no se reparó la vulneración del derecho, sino por el contrario, a raíz de su falta de garantía se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela”[18]. En estos eventos, la Corte ha afirmado que es perentorio

que el juez de tutela se pronuncie sobre la vulneración de los derechos invocados en el recurso de amparo pues, a diferencia del hecho superado, en estos casos la vulneración nunca cesó y ello llevó a la ocurrencia del daño.[19]

16. Del mismo modo, también existen casos en los que opera la carencia actual de objeto porque la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales cesó por cualquier otra causa, la cual no necesariamente debe estar enmarcada dentro de los dos supuestos mencionados anteriormente[20]. Así, cuando esto ocurre, la Corte ha dicho que“(…) no tendría sentido cualquier orden que pudiera proferir [la] Corte con el fin de amparar los derechos del accionante, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia”[21].

17. En particular, sobre la hipótesis de carencia actual de objeto por hecho superado, la Sentencia T-238 de 2017 determinó que deben verificarse ciertos criterios por parte del juez de tutela a fin de examinar si se configura o no este supuesto:

“1. Que con anterioridad a la interposición de la acción exista un hecho o se carezca de una determinada prestación que viole o amenace violar un derecho fundamental del accionante o de aquél en cuyo favor se actúa.

2. Que durante el trámite de la acción de tutela el hecho que dio origen a la acción que generó la vulneración o amenaza haya cesado.

3. Si lo que se pretende por medio de la acción de tutela es el suministro de una prestación y, dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta, también se puede considerar que existe un hecho superado”.

La Corte Constitucional ha sostenido en varias ocasiones que, aunque el juez de tutela no está obligado a pronunciarse de fondo sobre el caso que estudia cuando se presenta un hecho superado, sí puede hacerlo cuando “considera que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes, si así lo considera”[22]. Es decir, el juez constitucional está autorizado para ir más allá de la mera declaratoria de la carencia actual de objeto por hecho

superado, y a emitir órdenes “que se dirijan a prevenir al demandado sobre la inconstitucionalidad de su conducta y a advertirle de las sanciones a las que se hará acreedor en caso de que la misma se repita, al tenor del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991”[23].

18. Con base en los argumentos planteados, se evidencia que en el presente caso se está ante la carencia actual de objeto por hecho superado. En efecto, si bien al momento en que se presentó la acción de tutela, los exámenes y citas médicos requeridos no habían sido autorizados, ello se verificó durante el trámite de revisión, como se explicó en los antecedentes de la presente sentencia. Tales exámenes no han sido practicados aún, por cuanto la representante legal de la menor desconocía la expedición de las autorizaciones y, con el resultado de éstos, podrá acudir a las citas de medicina especializada, pues también fueron autorizadas. Es decir, se han superado los obstáculos que impedían la prestación de los servicios de salud requeridos, antes señalados.

19. No obstante lo expuesto, la Sala encuentra pertinente hacer un llamado de atención frente a las obligaciones que tienen los extranjeros que ingresan al país, incluidos los migrantes que provienen de Venezuela que se encuentran con permanencia irregular en el territorio, pues si bien es evidente la crítica situación económica y política por la que atraviesa ese país y la precariedad económica en la que se encuentran la gran mayoría de sus nacionales que llegan a Colombia, y que el cumplimiento de algunos deberes que impone la legislación migratoria para lograr su regularización en Colombia y la normativa en salud para lograr la afiliación, se encuentra con diferentes obstáculos, tienen la obligación de cumplir con los deberes que a la fecha contempla la política migratoria y por lo tanto, deben procurar regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia.[24]

20. En consecuencia, la Corte revocará el fallo de tutela, emitido el 27 de febrero de 2019 por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta (Norte de Santander), que negó el amparo invocado. En su lugar, declarará la carencia actual de objeto por hecho superado, como antes se expuso.

De la misma manera, se ordenará que se comuniqué a la representante legal de la menor

que le han sido autorizados los exámenes de diagnóstico y las citas médicas de control, prescritos por el médico tratante del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta y solicitados a través de esta tutela y, para tales efectos, se deberá adjuntar copia de los documentos obrantes a folios 84 a 87 del cuaderno de revisión. Así mismo, se la instará a que adelante los trámites necesarios para regularizar su estancia en el país y obtenga así la documentación que le permita a la menor MSCL acceder a la atención en salud que requiera.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 27 de febrero de 2019 por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta (Norte de Santander), que negó el amparo invocado por YALV, en calidad de representante legal de la menor MSCL. En su lugar, DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO, por la configuración de un hecho superado.

SEGUNDO.- COMUNÍQUESE, través de la Secretaría General de la Corporación, a la señora YALV, representante legal de la menor MSCL, que le han sido autorizados los exámenes de diagnóstico y las citas médicas de control, prescritos por el médico tratante del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta y solicitados a través de esta tutela y, para tales efectos, ADJÚNTESE copia de los documentos obrantes a folios 84 a 87 del cuaderno de revisión. Así mismo, se la insta a que adelante los trámites necesarios para regularizar su estancia en el país y obtenga así la documentación que le permita a la menor MSCL acceder a la atención en salud que requiera.

TERCERO.- Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Gamagrafía renal estática con DMSA, calcio en orina parcial, creatinina orina (en orina parcial), ácido úrico orina (en orina parcial), gases alveolares (gases arteriales cociente respiratoria, cálculo espacio muerto) (venosos postprandial), uroanálisis, urocultivo (antibiograma de disco), electrocardiograma, ecocardiograma modo M bidimensional y doppler color, consulta de control o de seguimiento por especialista en Nefrología Pediátrica (cita con resultados), cloro sangre, sodio, potasio, consulta de control o de seguimiento por especialista en cardiología pediátrica (previamente hacer electrocardiograma).

[2] En la historia clínica que obra a folio 2 del cuaderno principal se establece como motivo del consulta: “ERC ESTADIO III + INFECCION DE ORINA RECURRENTE + VEJIGA NEUROGENICA SECUNDARIA A MIELOMENINGOCELE + HIDROCEFALIA DERIVADA + UNICO RIÑON DERCHO (SIC) CON NEFRECTOMIA DEL IZQUIERDA + HIPERTENSION + ART”.

[3] Ver folios 84 a 87 del cuaderno de revisión.

[4] Consideraciones extrapoladas de la Sentencia T-235 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[5] Sentencia T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[6] Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[7] Sentencia T-038 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[8] Sentencia SU-241 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[9] Sentencia T-091 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

[10] Consideraciones extrapoladas de la Sentencia T-598 de 2017 de este despacho.

[11] Las últimas tres funciones fueron adicionadas por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

[12] Sentencia T-290 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[13] Sentencia T-323 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[15] Sentencia T-703 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[16] Artículo 24. Prevención a la autoridad. “Si al concederse la tutela hubieren cesado los efectos del acto impugnado, o éste se hubiera consumado en forma que no sea posible restablecer al solicitante en el goce de su derecho conculcado, en el fallo se prevendrá a la autoridad pública para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela, y que, si procediere de modo contrario, será sancionada de acuerdo con lo establecido en el artículo correspondiente de este decreto, todo sin perjuicio de las responsabilidades en que ya hubiere incurrido”.

[17] Sentencia T-096 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[18] Sentencia T-170 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[19] Ibídem.

[20] Sentencia T-309 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[21] Ver Sentencia T-972 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[22] Sentencia T-070 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[23] Sentencia T-047 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[24] Sentencia T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En la sentencia SU-677 de

2018, frente a la afiliación de extranjeros al Sistema General de Seguridad Social al efecto, se precisó que: “Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 expedido por el Gobierno Nacional Social el 6 de mayo de 2016. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 de dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, se establece que la afiliación al sistema es obligatoria para todos los residentes en el país. Por otra parte, el artículo 2.1.3.5 del decreto anteriormente mencionado establece que los ciudadanos deben presentar alguno de los siguientes documentos para poder afiliarse y acceder a la totalidad de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud: “Artículo 2.1.3.5 Documentos de identificación para efectuar la afiliación y reportar las novedades. Para efectuar la afiliación y reportar las novedades, los afiliados se identificarán con uno de los siguientes documentos: 1. Registro Civil Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses. 2. Registro Civil Nacimiento para los mayores de 3 meses y menores de siete (7) años edad. 3. Tarjeta de identidad para los mayores (7) años y menores de dieciocho (18) años de edad. 4. Cédula de ciudadanía para los mayores de edad. 5. Cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda, para los extranjeros. 6. Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad refugiados o asilados”. (Negrilla fuera del texto original). Con fundamento en lo anterior, se evidencia que la norma indica que todos los ciudadanos independientemente de que sean nacionales colombianos o extranjeros, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud y así acceder a la totalidad de los servicios de salud. Lo anterior, en la medida en que la misma norma da opciones para diferentes personas, tanto mayores como menores de edad, y nacionales y extranjeros. Por lo tanto, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación.” (Énfasis en el texto original)