

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Carácter prevalente/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prevalencia de los derechos de los niños

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Deber de la familia, la sociedad y el Estado de brindar especial protección a los niños

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Protección constitucional

El artículo 47 superior dispone que quienes padecen una disminución física, sensorial o psíquica deben ser beneficiarios de la atención especializada que requieran, en desarrollo de las políticas de previsión, rehabilitación e integración social que deben ser adelantadas por el Estado. Así, se logra determinar que la protección especial que merecen los niños debe ser reforzada cuando se trata de menores de edad que presentan algún tipo de discapacidad física o mental, en razón de que se ven expuestos a una mayor condición de vulnerabilidad, motivo por el cual deben recibir un amparo prioritario, pronto y eficaz.

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Obligación del Estado de garantizar la prestación del servicio de salud

El Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, a los niños que sufren algún tipo de discapacidad física o mental y de garantizar que se les brindará un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, resaltando que la protección financiera del sistema pasa a un segundo plano, pues lo que debe primar son las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD EN LA PRESTACION DEL SERVICIO DE SALUD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección constitucional reforzada de menores que padecen enfermedades degenerativas, progresivas y

catastróficas

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SERVICIO DE SALUD-Cubrimiento universal y los deberes de las entidades territoriales

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

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA

Referencia: Expediente T-6.316.343

Acción de tutela instaurada por RSC, en representación de su hijo menor CEOS, contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y los Magistrados Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos emitidos por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta¹ y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad², en la acción de tutela interpuesta por RSC, en representación de su hijo menor CEOS, contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

ACLARACIÓN PREVIA

Teniendo en cuenta que en este caso se estudiará la situación de un menor de edad que padece una grave enfermedad y a quien presuntamente se le ha negado la prestación de los servicios de salud, la Sala advierte que como medida de protección a su intimidad, se debe

suprimir de esta providencia el nombre del menor y el de su madre, al igual que los datos e informaciones que permitan identificarlos. En consecuencia, para efectos de individualizarlos y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a esta tutela, se cambiará el nombre del menor y el de su madre por las iniciales de sus nombres.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. El 23 de febrero de 2017 RSC interpuso acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida y a la salud de su hijo menor CEOS.

1.2. Aseveró que tuvo que trasladarse desde Venezuela a la ciudad de San José de Cúcuta (Norte de Santander) debido a que en su país no le era garantizada la prestación del servicio de salud a su hijo CEOS, de 11 años de edad, diagnosticado con un “linfoma de Hodgkin” desde el 2012. Señaló que desde septiembre de 2016 su hijo no recibe tratamiento alguno y la enfermedad se ha recrudecido.

1.3. Afirmó que el menor ha tenido una tercera recaída, por lo que requiere de manera inmediata la realización de una tomografía de cuello, tórax y abdomen, necesarias para determinar el tratamiento a seguir.

1.4. Con fundamento en lo expuesto, solicitó el amparo de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordenara al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander prestar de manera oportuna, continua e ininterrumpida, todos los servicios de salud que requiere el menor.

Adicionalmente pidió, como medida provisional, que se ordenara al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander autorizara el tratamiento integral para el menor que incluyera medicamentos, procedimientos, insumos, valoraciones y controles. Además, en caso de ser remitido a otra ciudad se le cubrieran los gastos de transporte, alimentación y hospedaje con un acompañante.

2. Trámite constitucional de primera instancia

Mediante auto de 23 de febrero de 2017 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta admitió la acción de tutela, vinculó al Hospital Universitario Erasmo Meoz y dispuso la notificación a las partes.

En el mismo auto el Juzgado decretó medida provisional, en la que dispone “oficiar al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, para que de manera inmediata, de acuerdo al informe que rinde la accionante, y si han sido ordenados por los médicos adscritos a esa institución, se le autoricen al menor CEOS los procedimientos denominados tomografía de cuello, tórax y abdomen, que se hacen necesarios para determinar el tratamiento a efectos de tratar la enfermedad que padece, denominado linfoma de Hodgkin o, en su defecto, se proceda a su valoración y se determine los procedimientos que se deban practicar para el tratamiento de su enfermedad (...)”.

Igualmente, en la misma providencia, dispuso oficiar al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y al Hospital Universitario Erasmo Meoz, “a fin de que suministren información y alleguen documentación en relación con los hechos en que se fundamenta la presente acción de tutela (...)”³.

3. Respuesta de las entidades accionada y vinculada

3.1. Hospital Universitario Erasmo Meoz

En escrito radicado el 1º de marzo de 2017⁴ la Subgerente de Servicios de Salud contestó la tutela y solicitó que la entidad fuera desvinculada toda vez que han cumplido a cabalidad con sus objetivos misionales al brindar la asistencia médica requerida por el menor hasta donde su capacidad técnica lo ha permitido.

En cuanto a las condiciones de salud del menor, manifestó:

Es valorado por pediatras del nosocomio que determinan que el paciente requiere manejo POR ONCOLOGÍA PEDIÁTRICA, por lo cual solicitaron remisión a otra IPS que cuente con dicha especialidad, que es la pertinente para tratar la patología de base que el menor padece desde el año 2012 y que se encuentra en recaída”.

Aclaró que el hospital no oferta el servicio de tomografía axial computarizada ni presta el servicio de oncología pediátrica, “porque no tiene los recursos técnico-científicos necesarios para hacerlo, ni tiene habilitado los mencionados servicios dentro de su portafolio”⁵. Por tanto, señaló que fueron iniciados los trámites frente al ente territorial Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, para que se realizara la “tomografía axial computarizada y traslado a otra IPS que cuente con hemato-oncologo pediatra”⁶, ya que, en su concepto, es esa entidad la que debe autorizar e indicar a donde se va a trasladar al paciente para el manejo integral. Sin embargo, indicó que “hasta el día de hoy 28-Febrero-2017, se continúa a la espera de autorización para su traslado por parte del IDS”, para lo cual aportó copia de los correos electrónicos del 24 al 28 de febrero de 2017, intercambiados entre el área de referencia y contra referencia del Hospital Universitario y el Coordinador del Subgrupo de Prestación de Servicios del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

3.2. Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

En comunicación radicada el 3 de marzo de 2017⁸ el profesional universitario de la Oficina Jurídica dio respuesta a la acción de tutela y solicitó que se declarara improcedente frente a la entidad.

Señaló que revisada la base de datos única de afiliados al sistema de seguridad social en salud que administra el Fosyga, el menor CEOS, “no se encuentra afiliado en el régimen subsidiado o contributivo, ni tampoco cuenta con Sisben”. No obstante, precisó que de acuerdo al artículo 100 de la Constitución, los extranjeros en Colombia legalmente establecidos disfrutarán de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos y de las mismas garantías de que gozan los nacionales. En esa medida, destacó que “nacionales o extranjeros pueden participar del servicio esencial de salud, y en este sentido lo podrán hacer como cotizantes del régimen contributivo, subsidiado o en calidad de vinculados, no obstante deberán acreditar su residencia en el territorio colombiano para poder demostrar que están domiciliados en este país”.

En cuanto a los servicios de salud que deben ser prestados al menor, adujo que “el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander no es la entidad llamada a garantizar la prestación de los servicios de salud reclamados por la accionante, toda vez que como

entidad territorial tiene expresamente dispuesto mediante la Ley 715 de 2001, el ámbito de las competencias en la cual se debe desenvolver para invertir los recursos públicos en materia de salud”. Así, estimó que “el menor CEOS de nacionalidad Venezolana, es un extranjero que no se encuentra establecido legalmente en este departamento en tal virtud no se puede acreditar la condición de residente en el territorio colombiano y específicamente, para poder ser beneficiario de los servicios de salud como extranjero”.

Consideró que la prestación de los servicios de salud de un extranjero debe ser asumida por el usuario, la familia o el Gobierno del país de origen a través de la embajada en Colombia. Adicionalmente, manifestó la necesidad de vincular al Ministerio de Salud y a la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁹, antes Fosyga, para que se hicieran cargo del respectivo pago en caso de amparar los derechos del menor.

De otro lado, informó que en atención a la medida provisional, procedió a dar traslado a la “subordinación de prestación de servicios de salud para concepto y pertinencia médica, en el sentido de autorizar TAC DE CUELLO – TAC DE TORAX (sic) – TAC DE ABDOMEN mediante la IPS SERVICIO VIVIR en el HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ, en cumplimiento de lo ordenado”¹⁰.

4. Pruebas

A continuación se relaciona el material probatorio aportado por las partes en el trámite de instancia:

4.1. Cédula de identidad de la República Bolivariana de Venezuela de la señora RSC y documento de identidad de su hijo menor CEOS¹¹.

4.2. Copia del informe médico de la pediatra hematóloga venezolana Dra. Yraida Tersek de 1º de noviembre de 2016, mediante el cual se determinó iniciar nuevo esquema de quimioterapia ante la poca respuesta al tratamiento que estaba recibiendo el menor. Se envió solicitud al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales¹².

4.3. Copia del resumen médico de la pediatra hematóloga venezolana Dra. Yraida Tersek de 31 de octubre de 2016, por medio del cual informó que desde el 25 de abril de 2012 se le

diagnosticó al menor Linfoma de Hodgkin¹³.

4.4. Acta de recepción de la acción de tutela verbal interpuesta el 23 de febrero de 2017 por RSC en representación de su hijo menor CEOS ante el Juzgado Tercero Civil Municipal de Mínima Cuantía de Cúcuta¹⁴.

4.5. Auto admisorio de la tutela del Juzgado Tercero Laboral Del Circuito de Cúcuta de 23 de febrero de 2017¹⁵.

4.6. Copia de la historia clínica de CEOS aportada por el Hospital Universitario Erasmo Meoz en la que se señala que el menor ingresó a urgencias el 20 de febrero de 2017¹⁶.

4.7. Copia de los correos electrónicos del 24 al 28 de febrero de 2017¹⁷, intercambiados entre el área de referencia y contra referencia del Hospital Universitario Erasmo Meoz y el Coordinador del Subgrupo de Prestación de Servicios del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

5. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Primera instancia

Asimismo, extendió el amparo a los demás servicios que requiera el menor en razón de la atención salvaguardada en la modalidad de urgencia, hasta cuando se estabilice su salud y pueda ser trasladado al país de origen para que se le presten los servicios de salud, autorizándole los gastos de traslado (transporte, alojamiento y alimentación). Por último, declaró improcedente la acción de tutela respecto del Hospital Universitario Erasmo Meoz “pues ninguna responsabilidad se deriva a su cargo”¹⁸.

5.2. Impugnación

El 24 de marzo de 2017 el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander impugnó el fallo de primera instancia¹⁹. Consideró que en el asunto objeto de controversia, se trata de un extranjero que se encuentra ilegalmente en el país, situación que “el gobierno nacional no ha establecido los recursos con los cuales serán pagados los servicios de salud que estos requirieran (...) y que no es el Departamento Norte de Santander, específicamente el Instituto Departamental de Salud la entidad llamada a responder por los servicios de salud

que demanda CEOS de nacionalidad Venezolana, dada su condición de inmigrante y no extranjero residente legalmente establecido en nuestro territorio” 20.

Adicionalmente, solicitó que se vinculara al Ministerio de Salud y al Fosyga “para que como instancia del orden nacional en caso de amparar los derechos reclamados se hagan cargo de (sic) respectivo pago y excluya de responsabilidad legal al Instituto Departamental de Salud por la vinculación de que fue objeto en la presente tutela”21.

5.3. Segunda instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante sentencia del 2 de mayo de 2017, decidió revocar la decisión adoptada por el juez de primera instancia. Estimó que el menor de nacionalidad venezolana, es un extranjero que no se encuentra legalmente establecido en Colombia para gozar de los servicios de salud, y por ello sólo tenía derecho a que se le brindara la atención de urgencias, la cual fue suministrada el 20 de febrero del año en curso por parte del Hospital Universitario Erasmo Meoz. Agregó que no debía incluirse la entrega de medicamentos ni la autorización de procedimientos posteriores a la atención de urgencias.

Finalmente, agregó que es obligación de la madre del menor iniciar los trámites para acreditar su residencia o domicilio legal en este país y realizar la afiliación al sistema de seguridad social en salud.

6. Actuaciones adelantadas en sede de revisión constitucional

6.1. Selección del expediente

El expediente de la referencia fue seleccionado para su revisión por la Sala de Selección de Tutelas número Ocho (8), mediante auto de 25 de agosto de 2017 y comunicado el 11 de septiembre de 2017.

6.2. Vinculación y decreto de pruebas

Durante el trámite adelantado en esta sede, el Magistrado Sustanciador advirtió que al trámite fue vinculado de oficio el Hospital Universitario Erasmo Meoz por el juez de primera instancia, sin embargo, no ocurrió lo mismo con el Ministerio de Salud y Protección Social, el

Ministerio de Relaciones Exteriores y la Entidad Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -Adres-, por lo que se dispuso su vinculación mediante auto de 17 de octubre de 2017.

En la misma providencia, el Magistrado Sustanciador consideró necesaria la práctica de algunas pruebas para contar con suficientes elementos de juicio. En ese orden dispuso:

“(a) Solicitar al Hospital Universitario Erasmo Meoz de San José de Cúcuta que informe ¿por cuánto tiempo estuvo internado el menor CEOS, identificado con cédula de identidad número (...) de Venezuela, en ese centro asistencial? ¿Si se le practicó la tomografía de cuello, tórax y abdomen? ¿Qué procedimiento se siguió con posterioridad a la práctica del mencionado examen y dónde se encuentra actualmente el paciente?

(c) Solicitar al Ministerio de Relaciones Exteriores, o a la oficina que este disponga, informar ¿cuál es la condición migratoria de la señora RSC, identificada con “cédula de identidad número (...) de Venezuela” y de su hijo menor CEOS, identificado con “cédula de identidad número (...) de Venezuela”?

(d) A la Defensoría del Usuario con sede en la ciudad de San José de Cúcuta se le solicitará que remita un informe sobre los hechos relacionados con el ingreso de la señora RSC, identificada con “cédula de identidad número (...) de Venezuela”, a Colombia y en especial en lo que tiene que ver con la salud del menor CEOS, identificado con “cédula de identidad número (...) de Venezuela”.

(e) A la oficina del Sisben de San José de Cúcuta se le pedirá que informe si la señora RSC, identificada con “cédula de identidad número (...) de Venezuela”, y el menor CEOS, identificado con “cédula de identidad número (...) de Venezuela”, se encuentran afiliados al régimen subsidiado o contributivo.

(f) Solicitar a la IPS Servicio Vivir en el Hospital Universitario Erasmo Meoz de San José de Cúcuta que informe si realizaron los TAC de cuello, tórax y abdomen, al menor CEOS, identificado con “cédula de identidad número (...) de Venezuela”.

(g) Escuchar en testimonio a la señora RSC, identificada con “cédula de identidad número (...) de Venezuela”, y localizable, al parecer en el Hospital Universitario Erasmo Meoz o a

través del celular número (...), conforme con el interrogatorio que a continuación se inserta. Para ello se comisiona al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta.

- Generales de Ley.
- Informe ¿cuándo llegó a Colombia, quién la acompañaba y con qué finalidad?
- ¿A qué se dedica y qué ingresos tiene?
- ¿Dónde vive actualmente y con quién?
- Si cuenta con Seguridad Social en Salud y ¿por qué entidad?
- Dirá ¿si a su hijo CEOS se le realizó la tomografía de cuello, tórax y abdomen, si se ha continuado con el tratamiento para el linfoma y por cuenta de qué entidad?
- ¿Cuál es el estado de salud actual del menor CEOS?
- ¿Si a la fecha se le están prestando los servicios de salud y qué entidad los está brindando?
- Si legalizó su estadía en Colombia, ¿en qué forma?
- Lo demás que quiera agregar o que el comisionado considere necesario para establecer la situación de salud del menor CEOS así como los servicios prestados por las entidades de salud colombianas”.

6.3 Respuesta de las entidades vinculadas

6.3.1. El Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social en comunicación radicada en la Secretaría de la Corte Constitucional el 1º de noviembre de 2017, dio respuesta al traslado de la acción de tutela y al interrogante formulado en el auto del 17 de octubre de 2017.

Así, respecto de si existe alguna disposición en torno a la prestación de servicios de salud para los venezolanos residentes y de paso, en especial para menores de edad y qué entidad asume los costos de los tratamientos, señaló:

“(…) tratándose de la atención de urgencias, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 168 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Artículo 67 de la Ley 715 de 2001, toda persona nacional o extranjera tiene derecho a recibir la atención inicial de urgencias, tal y como se indica a continuación: “Artículo. 168. -Atención inicial de urgencias. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el fondo de solidaridad y garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la entidad promotora de salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento (...)”.

Igualmente, manifestó que “cuando la atención de urgencias, haya sido prestada por las instituciones públicas o privadas a ciudadanos extranjeros sin capacidad económica debidamente demostrada para sufragar el costo de la misma, su atención se asumirá como población pobre no cubierta con subsidios a la demanda con cargo a los recursos de la oferta de la respectiva entidad territorial donde tenga lugar la prestación de la atención, conforme a lo previsto en los artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001, antes reseñada”.²² (Negrilla fuera de texto). Finalmente, pidió la desvinculación de la acción de tutela.

6.3.2. La Directora de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores allegó escrito del 25 de octubre de 2017, mediante el cual informó la condición migratoria de la señora RSC y su hijo menor. Al respecto indicó que “una vez verificado en el Sistema Integral de Trámites al Ciudadano -SITAC-, la mencionada extranjera no ha solicitado visa alguna para ella ni para su hijo ante el Ministerio de Relaciones Exteriores”²³. Además, remitió copia del requerimiento a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia para que suministre la respuesta solicitada y pidió ser desvinculado del proceso.

6.3.3. La Directora Regional de Norte de Santander de Migración Colombia, envió documento de fecha 30 de octubre de 2017, por medio del cual afirmó que “consultada la base de datos del sistema de información misional de viajeros, de los puestos de control migratorio habilitados a Nivel Nacional, con los datos aportados entre el 24 de mayo de 2001 al 25 de octubre de 2017, de los ciudadanos RSC, identificada con cédula de identidad número (...) de Venezuela y su Menor hijo CEOS, identificado con cédula de identidad número (...) de

Venezuela. No registran movimientos migratorios. Es de anotar que por parte de esta Regional se adelanta actuación administrativa de carácter migratorio con Resolución No. (...) del 20/06/2017, por Permanencia Irregular de la señora RSC y su Menor hijo CEOS y actualmente cuenta con salvoconducto de permanencia en el país vigente hasta el 12 de noviembre de 2017”²⁴. (Negrilla fuera de texto).

6.3.4. El representante legal de Servicios Vivir S.A.S. en respuesta del 25 de octubre de 2017, manifestó que la entidad “recibió órdenes de tomografía de abdomen total con contraste, tomografía de pelvis y tomografía de tórax del paciente CEOS, identificado con cédula venezolana (...); posteriormente se verificaron los derechos del paciente conforme a los establecido en la norma que rige la materia; se procedió a realizar los estudios solicitados (...). Al paciente CEOS, no se le solicitó TAC de cuello para realizar en Servicios Vivir S.A.S.”²⁵ (Negrilla fuera de texto).

6.3.5. El Hospital Universitario Erasmo Meoz, en comunicación de 27 de octubre de 2017, se refirió al estado de salud del menor en los siguientes términos:

“CEOS HC 67864 EDAD: 11 AÑOS MENOR DE NACIONALIDAD VENEZOLANA HIJO DE MADRE VENEZOLANA. Paciente con antecedente de LINFOMA DE HODKING DIAGNOSTICADO DESDE EL AÑO 2012, actualmente sin manejo, ingresa a urgencias en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ EL DÍA 20 DE FEBRERO DE 2017 por presentar cuadro de dolor de espalda, fiebre intermitente sudoración nocturna y sangrado nasal activo, se determinó que se encuentra en recaída de su patología de base por lo cual se hospitalizó para realizar estudios de extensión y manejo especializado; dentro de los exámenes solicitados se encuentra TOMOGRAFÍA DE TÓRAX ABDOMEN Y PELVIS CON CONTRASTE (TAC).

Es valorado por pediatras del nosocomio que determinan que el paciente requiere manejo POR ONCOLOGÍA PEDIATRICA por lo cual solicitaron remisión a otra IPS que cuente con dicha especialidad, que es la pertinente para tratar la patología de base que el menor padece desde el año 2012 y que se encuentra en recaída. Asimismo por tratarse de un paciente de nacionalidad Venezolana se diligenció solicitud de referencia para su País natal (Venezuela), para que se le brinde en su país la atención integral que requiere sin ningún tipo de barrera,

trámite que también es adelantado frente a IDS y CRUE (centro regulador de urgencias y emergencias), además debido a que se trata de un menor de nacionalidad Venezolana sin documentación legal en el país el servicio de TRABAJO SOCIAL de la ESE HUEM, el día 21-Febrero-2017 puso en conocimiento del caso a la defensoría del usuario, con el fin que esta defensoría, oriente para dar solución a la situación del paciente.

Finalmente el menor fue aceptado en el INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA DE BOGOTÁ a donde fue trasladado por vía aérea en línea comercial, el 21 de marzo de 2017, toda esta remisión bajo la coordinación y autorización del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NORTE DE SANTANDER”²⁶. (Negrilla fuera de texto).

Acto seguido, pasó a responder cada uno de los interrogantes formulados en el auto de 17 de octubre de 2017, así:

* ¿Por cuánto tiempo estuvo internado el menor CEOS, identificado con “cédula de identidad número (...) de Venezuela”, en ese centro asistencial? R// “Como se evidenció en la epicrisis donde se resume la atención prestada al paciente, el menor permaneció del día 20 de febrero de 2017 al día 21 de marzo de 2017”.

* ¿Si se le practicó la tomografía de cuello, tórax y abdomen? R// “La ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO ERASMO MEZ no oferta el servicio de TOMOGRAFÍA AXIAL COMPUTARIZADA TAC, por lo que no podía practicarlo. No obstante es de informar que el TAC TORACICO ABDOMINAL SIMPLE Y CONTRASTADO le fue practicado al paciente el día 3 de marzo de 2017 en la IPS SERVICIOS VIVIR S.A.S., con cargo al INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD”.

* ¿Qué procedimiento se siguió con posterioridad a la práctica del mencionado examen y dónde se encuentra actualmente el paciente? R// “El examen TAC realizado al paciente fue interpretado por el médico pediatra en la historia clínica, no obstante se continuaba insistiendo que el paciente debía ser valorado por ONCOLOGO PEDRIATRA con todos los resultados. El paciente desde el 21 de marzo de 2017 fue remitido a la Clínica Cancerológica en la ciudad de Bogotá, y desde ese día no ha requerido nuevos servicios a la ESE HOSPITAL

UNIVERSITARIO ERASMO MEOZ (...)”²⁷. (Negrilla fuera de texto).

Por último, solicitó la desvinculación del trámite de tutela por cuanto hizo todo lo que estaba a su alcance para prestarle el servicio de salud al menor.

6.3.6. La oficina del Sisbén sede Cúcuta, mediante oficio del 24 de octubre de 2017, allegó documentación que da cuenta de que ni la señora RSC ni su hijo CEOS están afiliados al Sistema. En esa medida, señaló los pasos que deben seguir los extranjeros para inscribirse y enumeró los documentos necesarios para llevar a cabo dicho trámite²⁸.

6.3.7. El 30 octubre de 2017 el Despacho del Magistrado Sustanciador se comunicó telefónicamente con la señora RSC al número por ella suministrado en la acción de tutela, a fin de constatar lo afirmado por las entidades vinculadas. La accionante en respuesta a la llamada informó que desde el 23 de marzo de 2017 a la actualidad, su hijo está recibiendo el tratamiento de quimioterapia en el Instituto Nacional de Cancerología, así como que le ha sido suministrado hospedaje, alimentación y transporte para ella y su hijo, el cual le viene siendo cubierto por el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander²⁹.

6.4. La Secretaría General de esta Corporación dejó constancia del traslado de las pruebas ordenadas, las cuales fueron puestas a disposición de las partes y terceros interesados, conforme a lo resuelto en el auto del 17 de octubre de 2017, sin que se hayan presentado objeciones.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Sala es competente para analizar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

1. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico

2.1. La señora RSC, en representación de su menor hijo CEOS, de nacionalidad venezolana, presentó acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, a cuyo trámite fue vinculado el Hospital Universitario Erasmo Meoz, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la vida, a la salud y de los niños.

Adujo que el menor padece de linfoma de Hodgkin, sin que pueda recibir más tratamiento en su país, por lo que frente a la urgencia de que se le practicara una tomografía de cuello, tórax y abdomen con el fin de determinar el tratamiento que debía seguir, se trasladó a la ciudad de San José de Cúcuta. En el marco de estos hechos solicitó que la entidad accionada le preste “de manera oportuna, continua e ininterrumpida todos los servicios de salud que requiere mi menor hijo y que sean ordenados por sus médicos especialistas tratantes, mientras se resuelve su situación de afiliación”.

2.2. El Hospital Universitario Erasmo Meoz informó que el menor CEOS ingresó a urgencias el 20 de febrero del año en curso, por presentar cuadro de dolor de espalda, fiebre intermitente, sudoración nocturna y sangrado nasal activo. Allí se determinó que el menor se encontraba en recaída de su patología, por lo que fue hospitalizado para realizar estudios de extensión y manejo especializado, tales como TAC de tórax, de abdomen y de pelvis con contraste. Igualmente, luego de valoración por pediatría, se determinó que el paciente requería de manejo por oncología pediátrica, ante una IPS que contara con dicha especialidad. Con ese propósito, el hospital mencionó que había iniciado los trámites correspondientes de autorización ante el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

Por su parte, el Instituto de Salud informó que el menor no se encontraba afiliado al sistema de salud ni contaba con Sisbén. Adujo que la entidad no estaba llamada a garantizar la prestación de los servicios de salud reclamados, ya que como entidad territorial tiene dispuesto mediante la Ley 715 de 2001 el ámbito de las competencias en las cuales se debe desenvolver para invertir los recursos públicos en materia de salud. Arguyó que el menor es un extranjero que no se encuentra establecido legalmente en el país, por lo que no puede ser beneficiario de los servicios de salud como extranjero, teniendo que ser asumidos los servicios de salud por su familia o el gobierno de su país.

2.3. El juez de primera instancia concedió transitoriamente el amparo de los derechos

fundamentales invocados y ordenó al Instituto Departamental de Salud que autorizara los exámenes requeridos por el menor, así como que fuera valorado por los especialistas en oncología pediátrica. Asimismo, extendió el amparo a lo requerido por el paciente, incluidos los gastos de traslado a otra ciudad, “por razón de la atención que se le está salvaguardando en la modalidad de urgencia y hasta cuando se le estabilice en su salud y pueda ser trasladado a su país de origen”.

El juez de segunda instancia revocó la anterior decisión al considerar que el menor de nacionalidad venezolana es “un extranjero que no se encuentra legalmente establecido en Colombia para gozar de los servicios de salud, y por ello sólo tiene derecho a que se le brinde la atención de urgencias (...) sin que ello incluya la entrega de medicamentos ni la autorización de procedimientos posteriores a la atención de urgencias. En consecuencia, la Sala considera que las entidades accionadas no han vulnerado los derechos fundamentales invocados por la accionante RSC, quien actúa en representación de su menor hijo CEOS, en la medida en que se le prestaron los servicios de salud que ha necesitado en urgencias, siendo obligación de la señora RSC iniciar los trámites para acreditar su residencia o domicilio legal en este país y realizar la afiliación al sistema de seguridad social en salud³⁰.

2.4. Conforme a la situación fáctica planteada y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, le corresponde a la Sala Sexta de Revisión determinar si el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida y de los niños, del menor CEOS, de nacionalidad venezolana, toda vez que se negó a realizar el examen médico que éste requería para determinar los servicios de salud necesarios para tratar la grave enfermedad que padece. Lo anterior, en razón a que, según lo refiere la entidad accionada en el trámite de tutela, no estaba obligada a prestar la atención en salud requerida para tratar la enfermedad del menor extranjero, correspondiéndole a la familia o al gobierno de su país, asumir los gastos que estos demanden.

Para dar respuesta a lo anterior la Sala abordará: (i) el derecho fundamental a la salud de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano; (ii) el principio de cubrimiento universal y los deberes de las entidades territoriales; y (iii) el derecho fundamental a la salud y la afiliación a la seguridad social en salud de extranjeros no residentes en Colombia. Finalmente (iv) resolverá el caso concreto.

3. El derecho fundamental a la salud de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano

3.1. El artículo 44 de la Constitución consagró que los derechos de los niños tales como la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social y la educación, entre muchos otros, son fundamentales. En ese sentido, es obligatorio para el Estado, la sociedad y la familia ejercer la protección de los niños, niñas y adolescentes, con miras a garantizar su desarrollo integral y armónico, así como la plena materialización de sus derechos.

El carácter fundamental que revisten los mencionados derechos, se deriva, además, del mandato expreso de la Carta, de los distintos instrumentos de derecho internacional reconocidos por Colombia y ratificados por el Congreso de la República³¹, en virtud de los cuales los niños merecen un mayor amparo por parte del Estado, al ser considerados sujetos de especial protección constitucional. Bajo ese entendido, la Constitución consagra, a su vez, que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás y, en esa medida, cuentan con una protección inmediata³² por parte del juez constitucional³³.

3.2. Por otro lado, el artículo 47 superior dispone que quienes padecen una disminución física, sensorial o psíquica deben ser beneficiarios de la atención especializada que requieran, en desarrollo de las políticas de previsión, rehabilitación e integración social que deben ser adelantadas por el Estado.

Así, se logra determinar que la protección especial que merecen los niños debe ser reforzada cuando se trata de menores de edad que presentan algún tipo de discapacidad física o mental, en razón de que se ven expuestos a una mayor condición de vulnerabilidad, motivo por el cual deben recibir un amparo prioritario, pronto y eficaz³⁴. Al respecto, esta Corporación ha señalado que:

“La protección constitucional a los menores se ve reforzada de manera especial cuando éstos sufren de alguna clase de discapacidad, puesto que en tal evento quedan amparados también por el mandato constitucional de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (C.P. Art. 13).³⁵

3.3. Bajo este entendido, el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, a los niños que sufren algún tipo de discapacidad física o mental y de garantizar que se les brindará un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, resaltando que la protección financiera del sistema pasa a un segundo plano, pues lo que debe primar son las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes³⁶.

De esta manera lo ha señalado la jurisprudencia constitucional haciendo referencia al principio de integralidad en materia de salud, el cual ha sido estudiado desde el concepto mismo de salud y sus dimensiones; y bajo otra perspectiva relacionada con todas aquellas prestaciones que requiere la persona para mejorar su estado de salud y sus condiciones de vida.

3.4. Este segundo aspecto del principio de integralidad, resulta prevalente para este Tribunal, en la medida en que establece la obligación por parte del Estado de brindar un servicio de salud eficiente que incluya tanto aspectos médicos como educativos, comprendiendo todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno. Al respecto la Corte ha indicado que:

Resulta claro para esta Corporación que, cuando se trata de menores de edad, su protección no solo debe ser preferente a la de las demás personas, sino que, a su vez, deben recibir un

tratamiento integral, el cual incluye todo aquello que sea necesario para la recuperación, rehabilitación e integración social del infante así como aquellos servicios que le permitan desarrollar su vida en condiciones dignas.

3.5. Ahora bien, la atención reforzada en salud de los menores de edad es incluso mayor en el caso de los menores que padecen enfermedades degenerativas, progresivas y catastróficas tales como el cáncer o el VIH/ SIDA, en tanto que “la persona ve drásticamente disminuidas sus destrezas físicas y mentales”³⁸ lo que la sitúa en una condición de vulnerabilidad respecto de sus pares.

Las medidas de protección especial hacia este grupo poblacional tienen como finalidad última garantizar (i) su desarrollo integral, que ocurre cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural); y (ii) el ejercicio pleno de sus derechos³⁹.

4. El principio de cubrimiento universal y los deberes de las entidades territoriales

4.1. Según los artículos 48 y 49 de la Constitución, la seguridad social en salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, cuya prestación implica que debe garantizarse a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con base en lo anterior, el legislador profirió la Ley 100 de 1993 mediante la cual se dio origen el sistema general de seguridad social en salud como un servicio de cobertura universal para todos los colombianos⁴⁰.

Adicionalmente, el artículo 157 de la mencionada norma consagra dos tipos de afiliaciones al sistema general de seguridad social en salud: (i) régimen contributivo y (ii) régimen subsidiado. En relación con el primero, la norma dispone que se deben afiliar las personas con capacidad de pago, es decir aquellos vinculados al sistema a través de un contrato de trabajo, servidores públicos, pensionados y trabajadores independientes. Respecto del segundo régimen, la ley dispone que se deben afiliar todas las personas que no tengan capacidad para pagar la totalidad de las cotizaciones al sistema.

Asimismo, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas que por motivos de incapacidad de pago, no se hubieran afiliado al régimen de seguridad social, tendrían la

calidad participantes vinculados, y por consiguiente, podrían recibir los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado, mientras se afilian al régimen subsidiado.

4.2. Posteriormente, el Congreso de la República profirió la Ley 715 de 2001 la cual aumentó los subsidios a las entidades territoriales, para que a partir de los ingresos con destinación específica para salud y los ingresos corrientes de libre destinación, se garantizara la continuidad y cobertura universal en salud a la población que no se encuentra afiliada al sistema de salud por cinco años adicionales. Más adelante, se profirió la Ley 1122 de 2007, cuyo artículo 9º aumentó el plazo para la cobertura universal de salud en los niveles I, II y III del Sisbén por tres años más.

4.3. El legislador emitió la Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. El artículo 9º de dicha normativa reiteró que el principio de universalidad es un pilar fundamental del sistema general de seguridad social en salud, a través del cual se garantiza el cubrimiento del servicio a todos los residentes del país.

Adicionalmente, el artículo 32 de la ley anteriormente mencionada determinó que el Gobierno Nacional desarrollaría todos los mecanismos para garantizar la afiliación de todos los residentes del Estado al sistema general de seguridad social en salud. Asimismo, la norma establece que cuando una persona que requiera la atención en salud, no se encuentre afiliada al sistema, ni tenga capacidad de pago, deberá ser atendida obligatoriamente por la entidad territorial y ésta última deberá iniciar el proceso para que la persona se pueda afiliar al sistema en el régimen contributivo.

4.4. Esta Corte se ha pronunciado sobre la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 en el sistema general de seguridad social en salud. En particular, en la sentencia T-611 de 2014, al analizar un caso de una joven que padecía de hipertensión pulmonar severa, a la que la Secretaría de Salud de Bogotá se negó a afiliar al régimen subsidiado de salud y a exonerarla de copagos por cada servicio que requería para atender su padecimiento, la Sala de Revisión concluyó que la entidad vulneró el derecho a la salud de la accionante, al incumplir lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011. Lo anterior debido a que omitió realizar las gestiones correspondientes para afiliar a la actora al régimen subsidiado

de salud, teniendo en cuenta que ya había sido calificada por el Sisbén.

En esa oportunidad, este Tribunal indicó que la implementación del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 en el ordenamiento jurídico tiene dos consecuencias: (i) la desaparición de la figura de los participantes vinculados consagrada en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 y (ii) el aumento de la responsabilidad de las entidades territoriales de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud de las personas que no se encuentran aseguradas.

La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la sentencia T-614 de 2014, al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema, debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlos en el Sisbén. En esa ocasión, la Corte reiteró:

“La introducción del artículo 32 implicó no solo la desaparición de la figura de “participantes vinculados” del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud.”

4.5. En consecuencia, esta Sala concluye que la implementación del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 generó: (i) la desaparición de la calidad de participante vinculado consagrada en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993; (ii) la obligación de las entidades territoriales de garantizar la prestación de los servicios básicos de salud a la población no afiliada y de iniciar los trámites necesarios para su afiliación al sistema general de seguridad social en salud de conformidad con los requisitos exigidos por la ley.

5.1 De conformidad con lo establecido en el artículo 100 superior, “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”.

Adicionalmente, el mismo artículo establece que los extranjeros en el territorio colombiano gozarán de las mismas garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones establecidas en la Carta Política y la ley.

5.2. Esta Corporación se ha pronunciado sobre las implicaciones que tiene la norma anteriormente mencionada. En efecto, en la sentencia T-215 de 1996, este Tribunal indicó que esta disposición constitucional garantiza que los extranjeros sean tratados en condiciones de igualdad y asegura la protección jurídica de los mismos derechos que tienen los nacionales colombianos.

Adicionalmente, la Corte señaló que el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una responsabilidad a los extranjeros de cumplir la misma normatividad consagrada para todos los residentes en el territorio colombiano, tal y como lo establece el artículo 4º de la Constitución el cual dispone que “[E]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

Lo anterior fue reiterado en las sentencias T-321 de 2005 y T-338 de 2015, en las que este Tribunal indicó que la Constitución reconoce una condición general de igualdad de derechos civiles y políticos entre los colombianos y los extranjeros, los cuales pueden ser excepcionalmente subordinados a condiciones especiales, o incluso se puede negar el ejercicio de determinados derechos por razones de orden público. Asimismo, se reiteró que el reconocimiento de derechos a los extranjeros, genera la obligación de cumplir todos los deberes establecidos para todos los residentes del territorio colombiano.

5.3. Por otra parte, en la sentencia C-834 de 2007, al analizar la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 789 de 2002, que establece que el “sistema de protección social se constituye como el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos”, esta Corporación se pronunció de forma particular sobre el derecho a la seguridad social de los extranjeros. En esa oportunidad, la Corte indicó que todos los extranjeros que se encuentren en Colombia tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de necesidad y urgencia con el fin de atender sus necesidades más elementales y primarias, en especial en materia de salud, lo que no restringe al legislador para ampliar su protección con la regulación correspondiente.

5.4. En la sentencia T-314 de 2016, se discutió el caso de un extranjero no residente en Colombia, quien a pesar de requerir terapias integrales y medicamentos, estos le fueron negados por el Fondo Financiero Distrital, dado que esta persona no se encontraba afiliada al

sistema general de seguridad social en salud. En esa oportunidad, la Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional sostuvo que los extranjeros “tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente las relacionadas con asuntos de salud”⁴¹. Con base en esa regla, negó el amparo bajo el argumento de que las entidades demandadas sí garantizaron el cumplimiento de la obligación de prestar los servicios básicos de salud y emergencias, pues le realizaron intervenciones quirúrgicas y otros tratamientos médicos, pero dentro de los servicios mínimos de atención de urgencia no se incluía “la entrega de medicamentos y continuidad de tratamientos”⁴².

5.5. En esta oportunidad, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales en las que se establece que los extranjeros: (i) deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos; (ii) tienen la obligación de cumplir la Constitución y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia; (iii) tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente las relacionadas con asuntos de salud.

5.6. Ahora bien, la atención de urgencias se encuentra definida por el Ministerio de Salud y Protección Social en el numeral 5º del artículo 8 de la Resolución 6408 de 2016⁴³ como una “modalidad de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad”.

5.7. El artículo 168 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 67 de la Ley 715 de 2001, determina que toda persona, sea residente o no, tiene derecho al menos a la atención inicial de urgencias, la cual debe ser prestada por todas las entidades públicas y privadas prestadoras del servicio de salud a todas las personas independiente de su capacidad de pago y condición migratoria⁴⁴.

5.8. En el mismo sentido, la Ley 715 de 2001 establece el derecho de que, independientemente del origen nacional o de su calidad de residentes, todas las personas en Colombia tienen por lo menos el derecho de recibir la atención de urgencias que sea requerida. En los términos de los artículos 10 y 14 de la citada ley:

“Artículo 10. (...) Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

(...)

b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno;

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.”

5.9. Al respecto esta Corte ha precisado que los extranjeros, incluyendo los no residentes, tienen derecho a recibir por parte del Estado una atención mínima de urgencias. Recientemente, esta Sala revisó en la Sentencia T-728 de 2016 el caso de un extranjero que interpuso acción de tutela contra Cafesalud EPS, la Fundación Cardioinfantil y el Instituto Nacional de Salud por la vulneración de sus derechos a la igualdad y a salud debido a que estas entidades se negaron a incluirlo en la lista de espera de trasplantes de órganos anatómicos por tratarse de un extranjero no residente en Colombia. La Sala negó el amparo y sostuvo que los extranjeros no residentes tienen:

“derecho a recibir un mínimo de atención en casos de necesidad y urgencia con el fin de garantizar la protección de sus derechos fundamentales en concordancia con los mandatos constitucionales y los instrumentos internacionales que Colombia ha suscrito en la materia”⁴⁵.

5.10. Con base en lo expuesto, esta Sala entiende que la atención de urgencias comprende (i) emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas. Igualmente, en caso de que el medio necesario para lo anterior no esté disponible en el hospital que presta la atención de urgencias inicial (ii) remitir inmediatamente al paciente a una entidad prestadora del servicio que sí disponga del medio necesario para estabilizarlo y preservar la vida del paciente.

5.11. Teniendo en cuenta lo arriba mencionado, la garantía mínima del derecho a la salud para extranjeros no residentes comprende el derecho a recibir un mínimo de servicios de salud de atención de urgencias para atender sus necesidades básicas con el fin de preservar la vida cuando no haya un medio alternativo, la persona no cuente con recursos para costearlo y se trate de un caso grave y excepcional.

5.12. Sin embargo, debe advertir la Sala que lo anterior no significa que los extranjeros no residentes no deban afiliarse al sistema general de seguridad social en salud para obtener un servicio integral y previo a ello aclarar el estatus migratorio. Igualmente, no supone prescindir de la obligación que tienen de adquirir un seguro médico o un plan voluntario de salud, tal y como ello se encuentra previsto en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011.

5.13. Respecto de la afiliación al sistema general de seguridad social en salud, los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 del Decreto 780 de 2016 emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, establece que es un acto que se realiza por una sola vez, por medio del cual se adquieren los derechos y obligaciones que de dicho sistema se derivan, mediante la suscripción del formulario físico o electrónico que adopte el Ministerio.

“1. Registro Civil Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses.

2. Registro Civil Nacimiento para los 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”. (Negrillas fuera de texto).

5.14. En la mencionada sentencia T-314 de 2016, la Corte señaló que todos los ciudadanos, deben tener un documento de identidad válido para poder ser afiliados al sistema general de seguridad social en salud, de suerte que “si un extranjero se encuentra con 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 su afiliación”.

5.15. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley 1438 de 2011 establece en el parágrafo 1º del artículo 32 que “(...) a quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario”. El Ministerio de Salud ha señalado en esta misma línea que si bien los extranjeros que se encuentren de forma ilegal en el país no tienen una cobertura especial en el sistema general de seguridad social, al momento de ingresar deberán contar con una póliza de salud que permita la cobertura ante cualquier contingencia.

6. Caso concreto

En el presente caso la accionante pretende el amparo de los derechos fundamentales de su menor hijo, al considerar que la entidad accionada debe garantizarle la prestación del servicio de salud y continuar suministrándole el tratamiento que este necesita, autorizándosele de manera inmediata la práctica de los exámenes requeridos, y a futuro, mientras se resuelve la situación de afiliación al sistema general de seguridad social en salud, los medicamentos, tratamientos, insumos, valoraciones y controles que demande conforme a lo ordenado por los médicos especialistas tratantes. Asimismo, se suministren los gastos de transporte, alimentación y hospedaje con un acompañante, en caso de ser remitido a otra ciudad para el manejo de su patología.

Frente a lo anterior, la Sala advierte que la accionante en momento alguno atribuye al

Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander la negativa de la prestación de los servicios de salud requeridos por su hijo, sino que en la tutela se limitó a manifestar la urgencia con la que su hijo necesitaba la práctica de los exámenes aludidos, sin señalar que estos no fueron autorizados por la entidad.

De acuerdo a las pruebas allegadas al proceso el menor fue ingresado por urgencias al Hospital Universitario el 20 de febrero de 2017, en donde fue internado para realizar estudios de extensión y manejo especializado, así como valoración por pediatría⁴⁶. Como resultado de ello, los médicos ordenaron la realización de tomografía de tórax, abdomen y pelvis con contraste, además de manejo por oncología pediátrica. Dado que el hospital no contaba con la tecnología para realizar los exámenes ordenados, solicitó el día 21 de febrero del año en curso autorización al Instituto Departamental de Salud para remitir al menor a una IPS habilitada con oncología pediátrica.

Sin esperar que el Instituto accionado diera respuesta a la solicitud de autorización pedida por el hospital, la señora RSC acudió ante el juez constitucional anticipándose a la posible negativa de la entidad. Como resultado de la solicitud de amparo, el juez de primera instancia, mediante auto del 23 de febrero de 2017, decretó medida provisional, en la cual ordenó se autorizara “al menor CEOS los procedimientos denominados tomografía de cuello, tórax y abdomen, que se hacen necesarios para determinar el tratamiento a efectos de tratar la enfermedad que padece, denominado linfoma de Hodgkin o, en su defecto, se proceda a su valoración y se determine los procedimientos que se deban practicar para el tratamiento de su enfermedad (...)”.

Acto seguido, la Sala constata que el 3 de marzo siguiente, a través de la IPS Servicios Vivir S.A.S., se le practicó al menor el TAC torácico abdominal simple contrastado con cargo al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander⁴⁷. Adicionalmente, de acuerdo a lo informado por el Hospital Universitario Erasmo Meoz, el menor estuvo hospitalizado desde el 20 de febrero hasta día 21 de marzo de 2017⁴⁸, cuando fue remitido a la ciudad de Bogotá.

Durante el trámite de revisión constitucional⁴⁹, la Corte fue informada que el niño CEOS efectivamente fue remitido por orden médica y bajo la coordinación y autorización del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander al Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá. A partir de ese momento se le viene suministrando al menor el tratamiento de

quimioterapia que necesita y se le están cubriendo junto a su madre los gastos de hospedaje, alimentación y transporte en Bogotá.

A fin de corroborar lo anterior, el Despacho del Magistrado Sustanciador procedió a comunicarse el día 30 de octubre de 2017 al número telefónico suministrado por la accionante en la demanda de tutela, quien atendió la llamada y confirmó que “desde que mi hijo fue remitido del Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta al Instituto Nacional de Cancerología el 21 de marzo de 2017, y desde el 23 de marzo le han practicado exámenes y ha recibido 5 ciclos de quimioterapia, cada 15 días o 21 días dependiendo de cómo se sienta y según valoración reciente del oncólogo se determinó que CEOS tenía dos masas en el pecho y en el pulmón y que ese día a las 2pm se iba a reunir la Junta Médica para establecer si se le ordenaba radioterapia. El Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander sufraga los gastos médicos”⁵⁰.

De acuerdo a todo lo anterior, la Corte encuentra que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander en ningún momento ha desconocido los derechos fundamentales a la salud y a la vida del menor CEOS, puesto que le prestó la atención de urgencias por medio del Hospital Universitario Erasmo Meoz y la IPS Servicios Vivir S.A.S. en la ciudad de Cúcuta, así como que autorizó su traslado con un acompañante al Instituto Nacional de Cancerología en Bogotá para que este continuara con su tratamiento, cumpliendo con lo dispuesto en la medida provisional. Adicionalmente, dicho instituto también está cubriendo con los gastos de traslado, hospedaje y alimentación del menor y su madre en esta ciudad.

Aun cuando es claro que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander ha venido garantizando los derechos del niño CEOS, la Sala encuentra necesario precisar que dicha entidad es la encargada de gestionar y asegurar, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, la prestación de la atención de los servicios de salud requeridos por el menor y solicitados por el médico tratante como urgentes, así como también es el responsable de asumir los costos de los servicios de atención de urgencias que le fueron prestados al paciente por tratarse de un caso en el que un extranjero no residente no tiene los recursos para sufragar los mismos. Con todo, si bien los departamentos son los llamados a asumir los costos de los servicios de atención de urgencia que sean requeridos, en virtud del principio de subsidiariedad y de la subcuenta existente para atender algunas urgencias prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de países fronterizos, la

Nación deberá apoyar a las entidades territoriales cuando ello sea requerido para asumir los costos de los servicios de atención de urgencias prestados a extranjeros no residentes.

Aunque el menor actualmente esté recibiendo el tratamiento para controlar su enfermedad, la Sala evidencia que de acuerdo a lo informado por Migración Colombia, la señora RSC y su hijo cuentan con un salvoconducto de permanencia expedido por esta entidad, que les permite prolongar su estadía en el país. Dicho documento los faculta para adelantar los trámites de afiliación en el sistema de seguridad en salud y así poder acceder debidamente a los demás servicios médico asistenciales que requieran. Sin embargo, según se indicó por la oficina del Sisbén de Cúcuta, la accionante aún no ha iniciado las gestiones correspondientes para su registro en el sistema, por lo que la Sala debe instar a la actora para que adelante ante dicho sistema el trámite respectivo para su afiliación y la del menor.

En ese orden el cubrimiento que viene haciendo el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander se extenderá hasta cuando el Sistema General de Seguridad Social en Salud asuma el costo inherente a los tratamientos que requiere el menor, previa afiliación de la señora RSC y su menor hijo a dicho sistema, así como al registro en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -Sisbén-.

Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia proferida el 2 de mayo de 2017 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta dado que negó el amparo del derecho fundamental a la salud y vida del menor y en su lugar confirmará parcialmente la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de San José de Cúcuta, mediante sentencia del 8 de marzo de 2017, toda vez que decidió amparar de manera transitoria los derechos fundamentales del infante y ordenó a la accionada que autorizara la tomografía de cuello, tórax y abdomen y que fuera valorado por los especialistas en oncología pediátrica. Sin embargo, no se pueden considerar como atención de urgencia los servicios de alojamiento, transporte y alimentación para el menor y su madre.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 2 de mayo de 2017 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta dado que negó el amparo del derecho fundamental a la salud y vida del menor. En su lugar CONFIRMAR parcialmente la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia del 8 de marzo de 2017, toda vez que decidió amparar de manera transitoria los derechos fundamentales del infante y ordenó a la accionada que autorizara la tomografía de cuello, tórax y abdomen y que fuera valorado por los especialistas en oncología pediátrica. Sin embargo, no se pueden considerar como atención de urgencia los servicios de alojamiento, transporte y alimentación para el menor y su madre.

Segundo: INSTAR a la señora RSC para que dentro del término de un (1) mes contado a partir de la notificación de esta providencia, adelante los trámites necesarios para regularizar su presencia y la de su hijo CEOS en el territorio colombiano y de ello le informe a la oficina de Migración Colombia. Además, la señora RSC deberá realizar la afiliación junto a su hijo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a fin de que dicho sistema asuma el costo inherente a los tratamientos que requiere el menor. De dicha afiliación la actora deberá informar al juez de primera instancia.

Tercero: DISPONER que la atención que le viene brindando el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander al menor se extienda hasta cuando la señora RSC efectivamente se afilie junto con su hijo al Sistema General de Seguridad Social en Salud, previo registro en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales -Sisbén-.

Cuarto: LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cúcuta -, previstas en el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Quinto: ORDENAR por Secretaría General a todas las instituciones y entidades que de una u otra manera han intervenido en este proceso, que se encarguen de salvaguardar la intimidad de la madre y del menor, manteniendo la reserva sobre todos los datos que permitan identificarlos.

Sexto: ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional, ABSTENERSE de mencionar en el texto público de esta sentencia el nombre de la accionante y de su hijo, con el fin de salvaguardar su intimidad, como también OMITIR el nombre de la accionante y de su hijo y de las demás personas relacionadas con los hechos del caso en las reproducciones que se hagan del presente texto, salvo en las destinadas a las partes y a las autoridades vinculadas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

1 Ocho (8) de marzo de 2017.

2 Dos (2) de mayo de 2017.

3 Cuaderno principal, folio 7.

4 Cuaderno principal, folios 11 a 14.

5 Cuaderno principal, folio 11.

6 Cuaderno principal, folios 36 y 45.

7 Cuaderno principal, folios 36 a 50.

8 Cuaderno principal, folios 53 a 56.

9 Según la página web www.adres.gov.co la entidad inició operaciones a partir del 1 de agosto de 2017.

10 Cuaderno principal, folio 56.

11 Cuaderno principal, folio 1.

12 Cuaderno principal, folio 2.

13 Cuaderno principal, folios 3 y 4.

14 Cuaderno principal, folio 5.

15 Cuaderno principal, folio 7.

16 Cuaderno principal, folios 15 a 24.

17 Cuaderno principal, folios 36 a 50.

19 Cuaderno principal, folio 79. La sustentación de la impugnación fue presentada el 5 de abril de 2017 ante el juez de segunda instancia.

20 Cuaderno de instancia, folio 8.

21 Ibídem.

22 Cuaderno de Revisión, folio 122.

23 Cuaderno de Revisión, folio 225.

24 Cuaderno de Revisión, folio 221.

25 Cuaderno de Revisión, folio 105.

26 Cuaderno de Revisión, folios 176 y 177.

27 Cuaderno de Revisión, folio 177.

28 Cuaderno de Revisión, folios 229 a 232.

29 Constancia de llamada a folio 44 del cuaderno de revisión.

30 Cuaderno de instancia, folio 17.

31 La Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25.2: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 24 reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: ... b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, algunos de cuyos parámetros también propenden por la protección de los derechos fundamentales de los niños, como el numeral 2° del artículo 12, “a) es obligación de los Estados firmantes adoptar medidas necesarias para la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”, y el literal d) del mismo artículo, que dispone adoptar medidas necesarias para “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

32 Ley 1751 de 2015 (artículo 6, literal f).

33 Sentencia T-332 de 2012.

34 T-140 de 2009, T-322 de 2012, T-872 de 2011, entre otras.

35 Sentencia T-608 de 2007.

36 Sentencia T-322 de 2012.

37 Sentencia T-322 de 2012.

38 Sentencia T-561 de 2010.

39 Sentencia T-760 de 2008.

40 Sentencia T-611 de 2014.

41 Sentencia T-314 de 2016.

42 Ibídem.

43 Por la cual se modifica el Plan de Beneficios de Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capacitación.

44 Artículo 168 de la Ley 100 de 1993: “168.-Atención inicial de urgencias. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el fondo de solidaridad y garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la entidad promotora de salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento.” Ver también: Artículo 67 de la Ley 715 de 2001: “Atención de urgencias. La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas. Para el pago de servicios prestados su prestación no requiere contrato ni orden previa y el reconocimiento del costo de estos servicios se efectuará mediante resolución motivada en caso de ser un ente público el pagador. La atención de urgencias en estas condiciones no constituye hecho cumplido para efectos presupuestales y deberá cancelarse máximo en los tres (3) meses siguientes a la radicación de la factura de cobro.”

45 Sentencia T-728 de 2016. También consideró la Sala en esa Sentencia que “No se vulneran los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, salud y vida digna de un extranjero no residente en Colombia, cuando le es negada la inscripción en la lista de espera para acceder al trasplante de un componente anatómico, con fundamento en que existen nacionales colombianos y extranjeros residentes inscritos en esa misma lista y esperando por la prestación de dicho servicio que, debido a la naturaleza de su objeto, es escaso”.

46 Evolución Historia Clínica a folio 15 del cuaderno principal.

47 Copia de la Historia Clínica del menor CEOS, folios 36, cuaderno de revisión.

48 Copia de la Historia Clínica del menor CEOS, folios 35, cuaderno de revisión.

50 Íbidem.