

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA - De recién nacida diagnosticada con síndrome de dificultad respiratoria / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL - La protección constitucional del derecho a la salud de los niños, niñas y menores de edad / DERECHO A LA SALUD DEL RECIEN NACIDO - Debe ser integrada al sistema de salud como dependiente de su abuelo, sin exigirle el pago de una cuota adicional / AFILIACIÓN AL NÚCLEO FAMILIAR DENTRO DEL RÉGIMEN DE SALUD - Por cuanto la madre y el padre de la recién nacida son menores de edad

[E]stablecer la violación al derecho a la salud y la vida, por la presunta negación, por parte de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de afiliar a la recién nacida (...) dentro de su régimen de salud al cual tiene derecho, toda vez que su madre, la menor [A.E.S.] hace parte del mismo, según se observa a folio (...) del plenario. En el presente caso, la menor (...) ha sido atendida en la IPS VISIÓN TOTAL S.A.S., según se aprecia en la historia clínica (...), en la cual le fue diagnosticada con SÍNDROME DE DIFICULTAD RESPIRATORIA DEL RECIÉN NACIDO y se indicó que actualmente estaba en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal, justificando su alojamiento según los criterios de ASCON (...). En consecuencia, esta Sala de Subsección considera que es deber de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional - Dirección de Sanidad realizar la afiliación de la menor al núcleo familiar a cual pertenece su madre, pues ésta al tener 15 años, no puede cotizar de forma independiente, y en la misma situación se encuentra el padre de la recién nacida, quien también es menor de edad (...), tal como lo ha señalado la Corte Constitucional: (...). En razón de lo anterior, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la accionante.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 32

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto al carácter de fundamental del derecho a la salud, ver: Corte Constitucional, sentencia T-227 de 31 de julio de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre la dignidad como principio en la protección del derecho a la salud, ver: Corte Constitucional, sentencia T-760 de 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Frente al amparo de manera autónoma del derecho a la salud de menores de edad y sujetos de especial protección constitucional, consultar: Consejo de Estado, sentencia de 5 de febrero de 2015, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Derecho a la salud del recién nacido, ver: Corte Constitucional, sentencia T-133 de 13 de marzo de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-2703-01(AC)

Actor: MÓNICA PATRICIA SÁNCHEZ VEGA Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICÍA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD

La Sala de Subsección decide la impugnación presentada por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Dirección de Sanidad, contra la sentencia de 16 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que concedió las pretensiones de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La solicitud de protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, presentada por la señora MÓNICA PATRICIA SÁNCHEZ VEGA, actuando como representante legal de su hija ANDREA ESPINOSA SÁNCHEZ y como agente oficioso de su nieta MARIANGEL MORELO ESPINOSA, se fundamenta en los siguientes:

1. HECHOS

La señora MÓNICA PATRICIA SÁNCHEZ VEGA, señaló en el escrito de tutela presentado el 2 de diciembre de 2016, que:

1.1. Es madre de la menor ANDREA ESPINOSA SÁNCHEZ, quien tiene 15 años y acaba de dar a luz a MARIANGEL MORELO ESPINOSA, menor que nació de 31 semanas y se encuentra hospitalizada en la UCI NEONATAL VISIÓN TOTAL del Hospital San Vicente de Paul, en el municipio de Caldas, Antioquia.

1.2. Su hija ANDREA ESPINOSA SÁNCHEZ fue dada de alta de la institución hospitalaria, pero su nieta MARIANGEL no, hasta que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional no respondiera por la afiliación de la recién nacida, la familia debía costear de forma particular todos los gastos de la cuenta, la cual para el momento de la presentación de la acción de tutela de la referencia ascendía a 10 millones de pesos y podía alcanzar la suma de 50 millones.

1.3. La UCI NEONATAL VISIÓN TOTAL se comunicó con la Clínica de la Policía Nacional con el fin de solicitar la aprobación para la atención de la niña, frente a lo que respondieron que no tenían la obligación de hacerlo.

2. PRETENSIONES

Solicita la accionante lo siguiente:

«**PRIMERO:** Ordene de manera inmediata a la SANIDAD DE LA POILICÍA NACIONAL para que realicen la afiliación de mi nieta MARIANGEL MORELO ESPINOSA, sin anteponer trabas administrativas, para la atención integral de mi nieta y garantizarle el acceso a los servicios de salud requeridos como aquello que llegare a necesitar de manera INTEGRAL, en caso de ser su decisión señor juez.

SEGUNDO: Se le informe a los accionados sobre el cumplimiento de lo ordenado por su despacho y de las consecuencias jurídicas de su no acatamiento.» (Fol. 2)

3. INFORMES

Mediante auto de 9 de diciembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la acción de tutela de la referencia y ordenó notificar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Sanidad de la Policía, al Hospital San Vicente de Paul del municipio de Caldas, Antioquia y a Visión Total S.A.S., para que dentro del término de los dos (2) días siguientes al recibo de la notificación, se pronunciara sobre los hechos que originaron la solicitud de tutela y ejercieran su derecho de defensa. (Fol. 22 y vto.)

3.1. Ninguna de las entidades accionadas rindió informe. (Fol. 23)

4. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, a través de sentencia de 16 de diciembre de 2016, amparó los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas procediera a realizar la afiliación de la recién nacida MARIANGEL MORELO ESPINOSA, como beneficiaria de su abuelo, el señor

WILBER FERNANDO ESPINOSA TORRES, sin requisitos adicionales a los normalmente exigidos, hasta que sus padres estén en condiciones de afiliarse como cotizantes principales.

Manifestó el *a quo* que el menor de edad tiene derecho a la atención en salud desde el mismo momento de su nacimiento por parte de la entidad promotora de salud a la cual se encuentra vinculada su progenitora como beneficiaria, siempre que aquella no haya adelantado el acompañamiento pertinente para que la madre realice la afiliación de su hijo, o que habiéndole informado de tales trámites, aún no se le hubiere designado una institución responsable de las prestaciones a que haya lugar. Así, si bien la madre de la recién nacida no está afiliada en calidad de cotizante, su madre sí, motivo por el cual, es posible incluir a la niña MARIANGEL MORELO ESPINOSA como beneficiaria de su abuelo, hasta que sus padres estén en condiciones de cotizar como afiliados principales. (Fols. 24-28)

5. IMPUGNACIÓN

La entidad accionada presentó escrito de impugnación contra el fallo de primera instancia y manifestó que en el presente caso se violó el debido proceso al no notificar a la entidad, por lo cual se debe declarar la nulidad de lo actuado en esta acción de tutela.

No obstante, solicitó que de resultar avante el presente proceso, se revocara el fallo proferido o autorizar a la autoridad el recobro al FOSYGA el costo correspondiente al tratamiento. (Fols. 33-36)

Recibido el expediente sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a desatar la presente controversia.

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Corresponde a esta Sala de Subsección conocer la presente acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991¹.

¹ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

De conformidad con lo expuesto, entiende la Sala de Subsección que el problema jurídico se circunscribe a responder:

- ¿Vulneró la Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional – Dirección de Sanidad los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la menor MARIANGEL MORENO ESPINOSA al no realizar la afiliación como beneficiaria de su abuelo, el señor WILBER FERNANDO ESPINOSA TORRES, núcleo familiar al cual pertenece su madre?

3. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

3.1. DERECHO A LA SALUD Y VIDA DIGNA

Desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud ha sido objeto de múltiples análisis por los jueces constitucionales, lo que ha ocasionado que sea uno de los derechos fundamentales con más desarrollo en el plano jurisprudencial.

En los primeros años de la Carta Política, el derecho a la salud no era un derecho fundamental, por lo cual su protección por vía de tutela solo era posible cuando se encontraba en conexidad con un derecho de los consagrados en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución; de esa manera, su amparo de manera autónoma se brindaba únicamente a los menores de edad y, en general, cuando se trataba de un sujeto de especial protección constitucional².

Sin embargo, con la sentencia T-859 de 2003, de la Corte Constitucional, se le otorgó al derecho a la salud la categoría de fundamental, lo cual permitió su protección autónoma. Esto en concordancia con lo dispuesto en sentencia T-227 de 2003, en la cual dicha Corporación precisó que son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental

² Consejo de Estado. Sentencia de cinco (05) de febrero de dos mil quince (2015). Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo.

De acuerdo con lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido en numerosas ocasiones la importancia del derecho a la salud y de la aplicación del principio de dignidad humana a las personas. Al momento de referirse al carácter de fundamental del derecho a la salud, la Corte no ha ignorado el peso que la dignidad como principio tiene en la protección del derecho. Así, en la Sentencia T-760 de 2008 la Sala de revisión, en lo pertinente, expuso:

«El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; (...)»³

Así las cosas, actualmente la salud, como derecho fundamental, cuenta con tres características, en primer lugar, es un derecho autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo; en segundo lugar, se entiende como un servicio público esencial obligatorio que debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud; y en tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas.⁴

4. CUESTIÓN PREVIA – DE LA PRESUNTA NULIDAD DEL TRÁMITE DE TUTELA

En el escrito de impugnación contra la sentencia de 16 de diciembre de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, la entidad accionada propone nulidad del proceso, con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política,

³ Corte Constitucional. Sentencia C 313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴ *Ibidem*.

por no haberse notificado el auto mediante el cual se admitió la acción de tutela de la referencia.

Al respecto, debe esta Sala de Subsección precisar que, el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante correo electrónico enviado el 9 de diciembre de 2016, le notificó a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Dirección de Sanidad, del auto admisorio de la demanda de tutela calendado en esa misma fecha. (Fol. 23)

Esa decisión se comunicó a la accionada mediante enviado a las direcciones de correo electrónico meval.secsa-referencia@policia.gov.co y meval.notificacion@policia.gov.co, cuya constancia de recibido obra a folio 23 del expediente.

Visto lo anterior, es evidente que la causal de nulidad propuesta por la entidad demandada, no tiene vocación de prosperidad, pues fluye nítidamente para la Sala de Subsección que el Tribunal Administrativo de Antioquia adelantó todas las gestiones a su alcance para notificar del auto admisorio de la demanda a la entidad accionada.

5. CASO CONCRETO

En el presente caso, la pretensión de amparo constitucional cumple con los requisitos generales diseñados por la jurisprudencia, que habilitan su interposición. En efecto, el asunto a resolver es de marcada relevancia constitucional, en la medida que se centra en establecer la violación al derecho a la salud y la vida, por la presunta negación, por parte de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional de afiliar a la recién nacida MARIANGEL MORELO ESPINOSA dentro de su régimen de salud al cual tiene derecho, toda vez que su madre, la menor ANDREA ESPINOSA SÁNCHEZ hace parte del mismo, según se observa a folio 16 del plenario.

Para resolver, esta Sala de Subsección considera:

4.1. El derecho fundamental a la salud se entiende, y así lo ha señalado la jurisprudencia constitucional⁵, como un servicio público esencial obligatorio que debe prestarse de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la calidad de vida de las personas.

Lo anterior, implica que para garantizar el derecho fundamental a la salud es necesaria la prestación oportuna y eficaz de los servicios, y que el hecho que la entidad no tenga contratado el servicio constituye una conducta omisiva totalmente censurable y, además, perjudicial para los usuarios.

En el presente caso, la menor MARIANGEL MORELO ESPINOSA nació el 27 de noviembre de 2016 y ha sido atendida en la IPS VISIÓN TOTAL S.A.S., según se aprecia en la historia clínica visible entre folios 8 a 12, en la cual le fue diagnosticada con SÍNDROME DE DIFICULTAD RESPIRATORIA DEL RECIÉN NACIDO y se indicó que actualmente estaba en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatal, justificando su alojamiento según los criterios de ASCON: RNPT DE 31 + 5 SEM CON SDR SEVERO COMPATIBLE CON EMH, MANEJO EN VENTILADOR.

En consecuencia, esta Sala de Subsección considera que es deber de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional – Dirección de Sanidad realizar la afiliación de la menor al núcleo familiar a cual pertenece su madre, pues ésta al tener 15 años, no puede cotizar de forma independiente, y en la misma situación se encuentra el padre de la recién nacida, quien también es menor de edad (Fol. 1), tal como lo ha señalado la Corte Constitucional:

«(...) los bebés podrían acudir al régimen subsidiado en compañía de alguno de sus progenitores, si fuere conveniente o no causare algún desmedro al goce efectivo de su derecho; no obstante, la Sala colige que la situación menos gravosa y más garantista para los niños en temprana infancia cuyos padres menores de edad son beneficiarios de un afiliado principal, es la permanencia en el contributivo sin condicionamientos económicos como el pago de la UPC adicional, según las condiciones específicas de cada caso. De esa forma, se optimiza disfrute del derecho a

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C 313 de 2014. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

la salud de aquellos sujetos y se refrenda la especial protección constitucional que les otorga el Estatuto Fundamental.»⁶

En razón de lo anterior, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que accedió a las pretensiones de la accionante.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda – Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de 16 de diciembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

TERCERO: Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta Providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

⁶ Sentencia T-133 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ