

Sentencia T-314/16

Referencia: expediente T-5.409.791

Acción de tutela instaurada por Carlos Walter Schule contra la Secretaría de Planeación Distrital y el Fondo Financiero Distrital de Salud de Bogotá D.C.

Procedencia: Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C.

Asunto: La agencia oficiosa y la legitimación por activa como requisito de procedibilidad en la acción de tutela y la prestación del servicio de salud a extranjeros con permanencia irregular en el país.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y por la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia adoptado por el Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., el 3 de diciembre de 2015, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el 26 de octubre de la misma anualidad, por medio del cual se negó el amparo constitucional solicitado por Carlos Walter Schule.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó el Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C. El 31 de marzo de 2016, la Sala Número Tres de Selección de Tutelas de esta Corporación, escogió el presente caso para su revisión.

I. ANTECEDENTES

El 15 de octubre de 2015¹, la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal, en calidad de agente oficiosa de su esposo, el señor Carlos Walter Schule, presentó acción de tutela en contra del Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá D.C., por considerar que dichas entidades vulneraron el derecho fundamental a la salud de su agenciado, al negar la entrega de los medicamentos y tratamientos ordenados al accionante, con derecho a recobro.

A. Hechos y pretensiones

1. El 16 de marzo de 2007, los señores Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal y Carlos Walter Schule contrajeron matrimonio en la ciudad de Villa Mercedes en la República de Argentina².

2. El 27 de mayo de 2014, la agente oficiosa y su esposo ingresaron a Colombia por el Puesto de Control Migratorio de Rumichaca-Ipiales. En consideración a que el señor Schule es de nacionalidad argentina tuvo que ingresar al país en calidad de turista con autorización de permanencia de 90 días en el territorio colombiano, es decir, hasta el 24 de agosto de 2014³.

3. La señora Aura Inés manifiesta que ella y su cónyuge son misioneros de la Iglesia Cristiana de Restauración, por lo que no tienen ingresos económicos⁴. Indica que se encuentra afiliada al régimen subsidiado de salud y que tiene un puntaje de 37,14 en el SISBÉN. Afirma que a su esposo no se le realizó la encuesta por su condición de extranjero, y en consecuencia, no ha podido acceder al régimen subsidiado de salud⁵.

¹ Escrito de tutela, folios 1-11 y Acta individual de reparto de tutela, folio 22, cuaderno 1.

² Copia del Registro de Matrimonio, folio 32 y Declaración juramentada rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 13 de octubre de 2015 en la Notaría 59 del Círculo de Bogotá D.C., folio 14 cuaderno 1.

³ Escrito de Formulación de cargos contra el señor Carlos Walter Schule del 5 de agosto de 2015, folios 47-49 y Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., folios 29-31.

⁴ Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., folios 29-31.

⁵ Escrito de tutela, folios 1-11 y Acta individual de reparto de tutela, folio 22, cuaderno 1.

4. La agente afirma que su cónyuge ha realizado todos los trámites para adquirir la Visa de Mercosur y su cédula de extranjería, sin embargo, no ha sido posible obtener dicho documento porque no tiene el certificado de antecedentes penales vigente. Sobre el particular, la señora Aura Inés señala que el 23 de octubre de 2014 su esposo solicitó tales antecedentes ante la autoridad competente en Argentina, pero este documento caducó por lo que tuvo que volver a solicitarlo el 5 de agosto de 2015⁶.

5. La agente oficiosa afirma que en el mes de mayo de 2015, le pidieron ayuda económica a la Iglesia Cristiana de Restauración para realizar los trámites de visa correspondientes y que ese proceso se demoró dos meses⁷.

6. La señora Aura Inés señala que su esposo fue intervenido quirúrgicamente en el brazo y la pierna derecha por urgencias como consecuencia de su diabetes⁸. De las pruebas del expediente, se evidencia que el accionante fue hospitalizado desde el 16 al 20 enero de 2015 en el Hospital de Suba en Bogotá D.C⁹.

7. La agente indica que su esposo requiere de terapias integrales y la entrega de los siguientes medicamentos: *Colchinica*, *Enapril Maleato*, *Tramadol Clorhidrato* e *Insulina Glargina*, los cuales no han sido entregados por el Fondo Financiero Distrital debido a que su cónyuge no se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social de Salud¹⁰.

8. En consecuencia, la señora Aura Inés solicita al juez de tutela el amparo del derecho fundamental a la salud de su cónyuge, y por consiguiente, que se le realicen las terapias correspondientes, se haga entrega de los medicamentos anteriormente referidos, con derecho a recobro al Fondo Financiero Distrital de Salud. Adicionalmente, solicita que se realice una nueva encuesta del SISBÉN para verificar su situación económica actual y modificar su puntaje¹¹.

⁶ Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C, folios 29-31, cuaderno 1

⁷ Esto se afirma en la Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C.

⁸ La agente hace esta afirmación en el escrito de tutela, sin embargo no se indica la fecha en la que operaron al accionante.

⁹ Copia de la Historia Clínica del señor Carlos Walter Schule, folios 16-21, cuaderno 1.

¹⁰ Fórmulas de los medicamentos y tratamientos ordenados por el médico tratante, folios 16-18, cuaderno 1.

¹¹ Escrito de tutela, folios 1-11 y Acta individual de reparto de tutela, folio 22, cuaderno 1.

Además, la agente pide que se decrete una medida provisional a favor de su esposo, con el fin de que se entreguen los medicamentos y se le realicen las terapias necesarias para su recuperación¹².

B. Actuaciones en sede de tutela

Mediante auto del 15 de octubre de 2015¹³, el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., avocó el conocimiento de la acción de tutela. Adicionalmente, negó la solicitud de medida provisional, por considerar que no se evidencia una falla en el servicio en la atención de salud por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud.

Asimismo, el juez de instancia decidió vincular al Hospital de Suba ESE y a la Secretaría Distrital de Salud, con el fin de garantizarles su derecho al debido proceso en el presente asunto.

Igualmente, solicitó a la Unidad Administrativa de Migración Colombia y al Ministerio de Salud que le informaran los requisitos que requieren los extranjeros para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social de Salud.

El 16 de octubre de 2015¹⁴ la señora Aura Inés rindió declaración ante el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., en la que manifestó que interpuso la tutela como agente oficiosa de su esposo, debido a que él sufre de diabetes y artrosis, por lo que se encuentra en un grave estado de salud y no puede instaurar las acciones para solicitar el amparo constitucional de forma directa.

Adicionalmente, afirmó que los accionados vulneraron el derecho a la salud de su cónyuge, debido a que éste no se puede afiliarse al régimen subsidiado de salud por no tener la cédula de extranjería y sólo lo atienden por urgencias. En efecto, manifestó que su esposo fue atendido en el Hospital de Suba ESE en dos oportunidades, la primera en enero de 2015 y la segunda el 12 de marzo de la misma anualidad, en la que estuvo hospitalizado durante un mes.

En el mismo sentido, la declarante indicó que desde el 27 de enero de 2015 se encuentra afiliada a la EPS-S CAPITAL SALUD, pero no solicitó la afiliación de su esposo porque sabe que no lo van a afiliar porque no tiene cédula de extranjería. En relación con lo anterior, la señora Aura Inés señaló

¹² Ibídem.

¹³ Auto admisorio de la acción de tutela, 15 de octubre de 2015, folios 23-34, cuaderno 1.

¹⁴ Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., folios 29-31, cuaderno 1.

que su esposo ha intentado obtener la visa Mercosur, para lo cual ha solicitado en dos ocasiones sus antecedentes penales en Argentina, sin embargo, no tiene los recursos económicos para realizar los trámites necesarios para solicitar la visa en Colombia, por lo que le solicitaron ayuda económica a la Iglesia Cristiana de Restauración, proceso que tardó dos meses.

Además, la agente manifestó que desde el 1º de junio de 2015, el señor Schule tiene pendiente una serie de consultas y medicamentos que no han sido realizadas ni entregados debido a que no tiene cédula de extranjería. Por lo anterior, solicita que *“atiendan a mi esposo adecuadamente en su salud, me gustaría en el Hospital de Suba porque me queda cerca a la casa y porque allí ya conocen la historia clínica de mi esposo”*¹⁵.

Finalmente, la declarante afirmó que ella tiene dos hijos que en algunas ocasiones les ayudan económicamente, sin embargo, ellos tienen sus propias familias por lo que no pueden hacerlo siempre.

Por otra parte, el 20 de octubre de 2015¹⁶, el señor Carlos Walter Schule rindió declaración ante el juez de primera instancia, en la que ratificó los hechos y pretensiones de la acción de tutela presentada por su esposa y afirmó que no solicitó el amparo constitucional directamente debido a que él es extranjero y no conoce las leyes colombianas relacionadas con temas de salud. Además, indicó que se encuentra en delicado estado de salud con uso constante de insulina y que no tiene los suficientes recursos económicos para pagar sus medicamentos y tratamientos correspondientes.

Los accionados e intervinientes contestaron en los siguientes términos:

Respuesta del Hospital de Suba ESE

Mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2015¹⁷, la apoderada del Hospital afirmó que dicha entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, toda vez que le ha prestado los servicios de salud de forma oportuna y eficiente.

Indicó que el Hospital de Suba no tiene legitimación por pasiva, debido a que, de conformidad con lo establecido en la Circular No. 000066 de 2010,

¹⁵ Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C, folio 30, cuaderno 1.

¹⁶ Declaración rendida por el señor Carlos Walter Schule el 20 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C, folio 58, cuaderno 1.

¹⁷ Folios 59-64, cuaderno 1.

proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, la entrega de medicamentos es competencia de las EPS y no del prestador de salud. Asimismo, la apoderada señala que la entidad competente para realizar la encuesta del SISBÉN y fijar el puntaje correspondiente, es la Secretaría de Planeación Distrital y no las entidades prestadoras de salud.

Por lo anterior, el Hospital de Suba solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación por pasiva de tal entidad.

Respuesta de la Unidad Administrativa de Migración Colombia

Por medio de escrito presentado el 21 de octubre de 2015¹⁸, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de Migración Colombia indicó que esa entidad no es competente para informar los requisitos que deben cumplir los ciudadanos extranjeros para ser afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que esa información debe solicitarse al Ministerio de Salud.

Adicionalmente, anexó un documento en el que se certifica que, de conformidad con la información consagrada en la base de datos de la Subdirección de Extranjería de dicha Unidad, el señor Carlos Walter Schule no ha realizado ninguna solicitud de cédula de extranjería¹⁹.

Respuesta de la Secretaría Distrital de Salud

Por medio de escrito presentado el 21 de octubre de 2015²⁰, la Secretaría Distrital de Salud indicó que los recursos con los que cuenta el Fondo Financiero Distrital de Salud se encuentran destinados a prestar la atención necesaria a los habitantes más pobres de la ciudad, por lo que dirigirlos a la atención de ciudadanos extranjeros con permanencia irregular, implicaría un detrimento patrimonial para tal entidad.

Sobre el caso particular, el apoderado de la Secretaría Distrital de Salud manifestó que el señor Schule no se encuentra afiliado al régimen subsidiado de salud y en consecuencia, ostenta la calidad de participante vinculado. Por lo tanto, el accionante puede acceder a los servicios de Salud a cargo del Fondo Financiero Distrital de manera temporal y mientras no cuente con una afiliación activa a una EPS del régimen subsidiado o contributivo.

¹⁸ Folios 65-66, cuaderno 1.

¹⁹ Folio 66, cuaderno 1.

²⁰ Folios 67-70, cuaderno 1.

Adicionalmente, la Secretaría de Salud indicó que el juez de tutela debe ordenar al accionante regularizar su situación migratoria y posteriormente realizar las gestiones necesarias para ingresar al Sistema de Seguridad Social de Salud y unificar la encuesta y el puntaje del SISBÉN con el de su esposa.

Con fundamento en lo anterior, la Secretaría Distrital de Salud solicita que se niegue el amparo solicitado por el señor Carlos Walter Schule y que se ordene al Ministerio de Relaciones Exteriores que certifique la situación migratoria del actor y en caso de que se acredite su permanencia ilegal, se inicien las gestiones correspondientes para su deportación.

Respuesta de la Secretaría Distrital de Planeación

Mediante escrito presentado el 22 de octubre de 2015²¹ la Secretaría Distrital de Planeación indicó que el actor no puede ser incluido en la encuesta del SISBÉN, debido a que no tiene cédula de extranjería y el pasaporte no es un documento válido para ser usuario del Régimen de Seguridad Social. Asimismo, manifestó que actualmente la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal se encuentra clasificada en Nivel 1, que le permite afiliarse al régimen subsidiado de salud con subsidios plenos, lo que podría cambiar si se realiza una nueva encuesta, debido a que el puntaje podría incrementar.

Adicionalmente, la representante de la Secretaría Distrital de Planeación señaló que tal entidad no es la competente para prestar los servicios de salud y entregar los medicamentos al señor Schule. Por lo anterior, solicita al juez de tutela negar las pretensiones del accionante y desvincular a dicha Secretaría del proceso constitucional.

Respuesta del Ministerio de Salud

Por medio de escrito presentado el 22 de octubre de 2015²², el Ministerio de Salud señaló que, para determinar los requisitos que deben cumplir los extranjeros para afiliarse al Sistema de Seguridad Social de Salud, es necesario verificar su situación migratoria. En efecto, indicó que existe una diferencia entre *extranjeros residentes y habitando legalmente*, *extranjeros ilegales* y *extranjeros que ingresan al país transitoriamente*.

Respecto de los *extranjeros residentes que habitan legalmente en el país*, manifestó que la afiliación se debe realizar en el régimen contributivo en caso

²¹ Folios 71-76, cuaderno 1.

²² Folios 77-81, cuaderno 1.

de que tengan capacidad de pago y en el régimen subsidiado cuando cumplan los requisitos para acceder al mismo.

En relación con los *extranjeros ilegales* indicó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, las personas que se encuentren ilegalmente en el país sólo tienen derecho a que se les brinde atención de urgencias. En consecuencia, los gastos que se deriven de los servicios que requiera el extranjero, posteriores a la atención de urgencias, deben ser asumidos directamente por él.

Finalmente, sobre los *extranjeros que ingresan al país transitoriamente*, el Ministerio de Salud señaló que deben adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para la atención que necesiten, y en caso de no adquirirlo podrán ser atendidos únicamente en urgencias.

El 23 de octubre de 2015²³, el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., se comunicó con el área jurídica de Capital Salud EPS-S, donde se indicó que se había recibido el oficio de la acción de tutela de la referencia pero que todavía no tenían una respuesta a dicha solicitud.

C. Decisiones objeto de revisión

Fallo de primera instancia

Mediante fallo proferido el 26 de octubre de 2015²⁴, el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., negó el amparo constitucional solicitado por el señor Carlos Walter Schule. En particular, afirmó que a la fecha el accionante no ha realizado ninguna solicitud ante el Ministerio de Relaciones Exteriores para obtener su cédula de extranjería, por lo que la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia formuló cargos en su contra el 26 de mayo de 2015, lo que confirma que el actor se encuentra de manera irregular en el país.

Asimismo, indicó que de acuerdo con lo manifestado por el Ministerio de Salud, los extranjeros que se encuentran ilegalmente en el territorio colombiano sólo tienen derecho a que se les brinde atención de urgencias.

En el caso concreto, el juez de instancia afirmó que no se ha vulnerado el derecho a la salud del señor Schule, en la medida en que se le han prestado los

²³ Folios 77-81, cuaderno 1.

²⁴ Folios 83-91, cuaderno 1.

servicios que ha necesitado en urgencias. Con fundamento en lo anterior, consideró que las entidades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales del accionante.

Impugnación

El 28 de octubre de 2015²⁵, la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal impugnó el fallo del *a quo* por considerar que el juez: (i) no se ajustó a los hechos que motivaron la acción de tutela; (ii) incurre en un error esencial de derecho respecto del ejercicio del amparo constitucional y (iii) se niega a proteger el derecho fundamental a la salud de su esposo²⁶.

Fallo de segunda instancia

Mediante fallo del 3 de diciembre de 2015²⁷, el Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., confirmó la sentencia del juez de primera instancia.

En particular, señaló que el accionante se encuentra con permanencia irregular en el país y el Hospital de Suba ESE le prestó los servicios de urgencias, que son los únicos obligatorios debido a que el actor no está afiliado a ninguna EPS.

Adicionalmente, indicó que el señor Schule debe realizar todas las gestiones necesarias para regularizar su situación migratoria y afiliarse al Sistema de Seguridad Social de Salud.

En consecuencia, el juez de segunda instancia concluyó que las entidades accionadas no vulneraron el derecho a la salud del señor Carlos Walter Schule.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1.- Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

²⁵ Folios 4-8, cuaderno 2.

²⁶ La agente oficiosa no expone de forma clara y precisa los argumentos de su impugnación.

²⁷ Folios 106-108, cuaderno 1.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2.- Como se indicó en el acápite de hechos, la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal, presentó acción de tutela en calidad de agente oficiosa de Carlos Walter Schule, por considerar que el Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá D.C., vulneraron el derecho fundamental a la salud de su agenciado, debido a que no se han entregado los medicamentos ni se han realizado los tratamientos ordenados por el médico que lo atendió en urgencias, por su calidad de extranjero.

3.- Con fundamento en lo anterior, la Corte Constitucional deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿el Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá D.C., vulneraron el derecho fundamental a la salud, al negar la entrega de los medicamentos y realización de tratamientos ordenados al señor Schule, extranjero con permanencia irregular?

Para resolver la cuestión planteada, es necesario abordar el análisis de los siguientes temas: (i) legitimación por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela; (ii) el principio de subsidiariedad y la protección del derecho fundamental a la salud a través de la acción de tutela; (iii) el principio de cubrimiento universal y los deberes de las entidades territoriales en materia de salud; (iv) la política migratoria del Estado Colombiano y el derecho a la salud de los extranjeros; y (vii) el caso concreto.

Requisitos de procedencia de la acción de tutela

4.- El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, *por si misma o por quien actúe a su nombre*, la *protección inmediata* de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario. Adicionalmente, el artículo 4º de la misma normativa, establece que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado haya agotado todos los mecanismos de defensa judicial, salvo que el amparo sea utilizado como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Asimismo, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y en

ciertos casos en contra de particulares, que vulneren o amenacen con vulnerar los derechos fundamentales de los accionantes.

En esta oportunidad, la Corte se pronunciara sobre la legitimación por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela y el principio de subsidiariedad que la rige.

Legitimación por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela

5.- El artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá solicitar el amparo constitucional por sí misma, por representante, o a través de un agente oficioso en los casos en los que el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa.

Lo anterior ha sido reconocido por esta Corporación desde sus inicios, en particular, en la **sentencia T-380 de 1998**²⁸, la Corte Constitucional afirmó que el artículo 86 de la Carta Política se refiere al derecho que tiene *toda persona* de solicitar el amparo constitucional, sin diferenciar si es un nacional o extranjero.

Lo anterior fue ratificado en la **sentencia T-269 de 2008**²⁹, reiterada en la **T-1088 de 2012**³⁰, en las que esta Corporación indicó que el amparo constitucional no está sujeto al vínculo político que exista con el Estado Colombiano, sino que se deriva del hecho de ser persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad, o ciudadanía. Asimismo, tales providencias indicaron que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10º del Decreto 2551 de 1991, cualquier persona vulnerada o amenazada en su derecho se encuentra legitimada para presentar acción de tutela, en la medida que todas las personas, tanto nacionales como extranjeros, son titulares de derechos fundamentales.

6.- Por otra parte, este Tribunal ha indicado que existen diferentes formas de configurar la legitimación por activa, dentro de las que se encuentra la interposición de la acción de tutela a través de apoderado judicial o por medio de agente oficioso³¹.

²⁸ M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁹ M.P. Jaime Araújo Rentería.

³⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³¹ Sentencia T-004 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

7.- Respecto de la agencia oficiosa, la jurisprudencia de esta Corporación³² ha sostenido que esta figura responde a tres principios de relevancia constitucional: (i) la efectividad de los derechos fundamentales³³; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal³⁴; y (iii) el deber de solidaridad³⁵.

De conformidad con lo anterior, en la **sentencia T-312 de 2009**³⁶, la Corte señaló que la relevancia constitucional de la agencia oficiosa sólo opera en los casos en los que el titular del derecho no puede asumir su defensa, ya sea de forma directa o mediante apoderado. Lo anterior, debido a que el afectado es la única persona que decide de manera autónoma y libre la forma de reclamar la protección de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, respecto de la legitimación del agente oficioso, en las **sentencias T-452 de 2001**³⁷, **T-372 de 2010**³⁸, y la **T-968 de 2014**³⁹, este Tribunal estableció que se encuentra legitimada para actuar la persona que cumpla los siguientes requisitos: (i) la manifestación que indique que actúa en dicha calidad; (ii) la circunstancia real de que, en efecto, el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas o mentales para interponer la acción, ya sea dicho expresamente en el escrito de tutela o que pueda deducirse del contenido de la misma y (iii) la ratificación de la voluntad del agenciado de solicitar el amparo constitucional.

En concordancia con lo anterior, en la **sentencia SU-173 de 2015**⁴⁰, reiterada por la **T-467 de 2015**⁴¹, la Corte indicó que por regla general, el agenciado es un sujeto de especial protección, y en consecuencia, la agencia oficiosa se encuentra limitada a la prueba del estado de vulnerabilidad del titular de los derechos.

8.- Con fundamento en lo expuesto, la Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre la legitimación por activa en las que se establece que los extranjeros pueden solicitar de forma directa el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela y que la agencia oficiosa procede cuando: (i) el agente manifiesta o por lo menos se infiere de la tutela que actúa

³² Ver sentencia T-1075 de 2012.

³³ Constitución Política, Artículo 2º.

³⁴ Constitución Política, Artículo 228.

³⁵ Constitución Política, Artículo 95.

³⁶ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁸ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³⁹ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁰ M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴¹ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

en tal calidad; (ii) el titular del derecho es una persona en situación de vulnerabilidad, que por sus condiciones físicas o mentales no pueda ejercer la acción directamente y (iii) el agenciado ha manifestado su voluntad de solicitar el amparo constitucional.

Subsidiariedad

9.- El principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela se encuentra consagrado en el inciso 4° del artículo 86 de la Constitución Política, según el cual “ *la acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial salvo que sea utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”.

Del texto de la norma, se evidencia que la acción de tutela no será procedente cuando existan otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces, para proteger los derechos que se consideran amenazados o vulnerados. En relación con dicho principio, esta Corporación ha determinado que el juez constitucional debe analizar en cada caso, si el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y en caso de existir, si este resulta o no eficaz para proteger los derechos amenazados o vulnerados⁴².

10.- Asimismo, la Corte Constitucional ha establecido que corresponde al juez de tutela determinar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, respecto del cual se previeron dos supuestos en los que la existencia de otros mecanismos no frustra el ejercicio de la tutela, a saber: (i) cuando el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) cuando a pesar de ser apto para conseguir el amparo de las garantías invocadas, las circunstancias particulares del caso demuestran que debe ser protegido inmediatamente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁴³.

11.- En relación con el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado⁴⁴.

⁴² Ver Sentencias T-948 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-325 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴³ Sentencia T-096 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁴ Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

12.- En cuanto al segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, debido a que existe un medio judicial principal por agotar, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

La protección del derecho fundamental a la salud a través de la acción de tutela. Reiteración de jurisprudencia

13.- El derecho a la salud se encuentra establecido en el artículo 49 Superior, y ha sido interpretado como una prerrogativa que protege múltiples derechos, tales como la vida, la dignidad humana y la seguridad social, entre otros⁴⁵.

14.- De conformidad con lo establecido en la **sentencia T-599 de 2015**⁴⁶, la Corte afirmó que la estructura del derecho a la salud es de carácter complejo, pues tanto su concepción, como la diversidad de obligaciones que de éste se derivan, le demandan al Estado y a la sociedad, una diversidad de facultades positivas y negativas para su cumplimiento.

La complejidad de éste derecho, no sólo redundando en las acciones y omisiones por parte del Estado y la sociedad, sino también implica que se cuente con suficientes recursos materiales e institucionales que permitan su goce efectivo⁴⁷. En efecto, esta Corporación ha reconocido desde sus inicios, que el Estado o la sociedad, pueden vulnerar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado es deteriorar la salud de una persona⁴⁸.

15.- En este sentido, la Corte Constitucional, ha aceptado que el derecho a la salud, puede ser protegido y salvaguardado a través de la acción de tutela. No obstante, esta postura ha sufrido diferentes cambios jurisprudenciales, pues desde un inicio, la salud no era reconocida como un derecho de carácter fundamental, a menos que estuviera plenamente relacionada con alguno de los derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional⁴⁹. Sin embargo, esta Corporación siempre afirmó que el derecho a la salud podía protegerse de manera autónoma, siempre y cuando, el accionante fuera un menor de edad, y en general cuando el titular fuera un sujeto de especial

⁴⁵ Sentencia T-096 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁶ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁷ T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁴⁸ T-328/1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁹ T-200/2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

protección constitucional⁵⁰.

16.- Sin perjuicio de lo anterior, esta postura fue cambiada con la **sentencia T-859 de 2003**⁵¹, la cual afirmó que la naturaleza del derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, lo cual implica que *“tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”*.

Lo anterior fue reiterado en la **sentencia T-760 de 2008**, dentro de la cual se sostuvo que *“el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía”*.

17.- En consideración a lo anterior, la Sala reitera la jurisprudencia de esta Corporación que establece que todas las personas sin distinción alguna, pueden hacer uso del mecanismo de amparo para obtener la protección efectiva de su derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación⁵², sin necesidad de encontrarse en una situación de vulnerabilidad manifiesta o ver conculcado cualquier otro derecho constitucional.

18.- Ahora bien, la Sala considera necesario aclarar que de conformidad con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007⁵³, la Superintendencia

⁵⁰ T-581/2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵¹ Decisión reiterada en las sentencias: T-060/2007, T-148/2007, T-815/2012, T-931/2012, entre otras.

⁵² T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵³ Ley 1122 de 2007. Artículo 41. **Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.** *“Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”*. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-117 de 2008, en el entendido de que ningún funcionario de la Superintendencia Nacional de Salud podrá

Nacional de Salud tiene facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación por parte de las entidades promotoras de salud de servicios incluidos en el POS; (ii) el reconocimiento de los gastos en los que el usuario haya incurrido por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la entidad promotora de salud o por el incumplimiento injustificado de la EPS de las obligaciones a su cargo; (iii) la multiafiliación dentro del sistema; y (iv) la libre elección de la entidad promotora de salud y la movilidad de los afiliados.

Posteriormente, el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011⁵⁴ amplió las competencias de la Superintendencia e incluyó la definición de controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del POS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los cobros entre entidades del sistema y (iii) el pago de prestaciones económicas por parte de las entidades promotoras de salud y el empleador. La normativa mencionada modificó el trámite del mecanismo y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debe desarrollarse mediante un procedimiento informal, preferente y sumario.

19.- De lo anterior es posible deducir las siguientes reglas: (i) el procedimiento jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud para la protección de los **derechos de los usuarios en el marco de las relaciones E.P.S.-Afiliado tiene un carácter prevalente**; (ii) la tutela tiene un carácter residual cuando se persigue la protección de los derechos de los usuarios del sistema de seguridad social en salud; y (iii) la posibilidad de acudir directamente a la tutela es excepcional, de modo que ésta procede cuando se esté ante la inminente configuración de un perjuicio irremediable o se

ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales se hubiera pronunciado con anterioridad, en razón de sus funciones administrativas ordinarias de inspección, vigilancia y control.

⁵⁴ Ley 1438 de 2011. Artículo 126. *“Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así: “e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.*

Modificar el párrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

establezca que, en el caso concreto, el procedimiento ante la autoridad administrativa no es idóneo.

Principio de cubrimiento universal y los deberes de las entidades territoriales

20.- De conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, 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 fundamento 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 colombianos⁵⁵.

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 régimen contributivo, la norma dispone que se deben afiliar las personas con capacidad de pago, por ejemplo, los vinculados al sistema a través de un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes. Respecto del régimen subsidiado, 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.

21.- 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.

⁵⁵ Sentencia T-611 de 2014, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

22.- Finalmente, 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.

23.- La Corte Constitucional 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**⁵⁶, al analizar un caso de una joven que padecía de *hipertensión pulmonar severa*, a la que la Secretaría de Salud del Distrito 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 Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá 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) y 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**⁵⁷, al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema, debido a que no se había

⁵⁶ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁷ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

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.”

24.- 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.**

Política migratoria del Estado colombiano

25.- De acuerdo con lo establecido en el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República dirigir las relaciones internacionales del Estado, lo que incluye la política migratoria del País.

En desarrollo de lo anterior, se expidió el Decreto 4000 de 2004, el cual regulaba las disposiciones sobre la expedición de visas, control de extranjeros y otras disposiciones en materia de migración. Asimismo, dicho decreto dispuso que el ingreso y permanencia de extranjeros en el Estado Colombiano, es de competencia discrecional del Gobierno Nacional. En consecuencia, se estableció que la autoridad competente para otorgar, negar, o cancelar visas sería el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Desarrollo normativo de la clasificación de visas otorgadas a los extranjeros por el Estado Colombiano

26.- El artículo 21 del Decreto 4000 de 2004 establecía que existían 7 clases de visas: (i) temporal; (ii) negocios; (iii) tripulante; (iv) residente; (v) visitante y (vi) cortesía.

Posteriormente, el Ministerio de Relaciones Exteriores profirió el Decreto 834 de 2013, mediante el cual se derogó el Decreto 4000 del 2004 y modificó algunas disposiciones en materia migratoria. En particular, la norma redujo la clasificación de siete clases de visas a tres, a saber: negocios (NE); temporal (TP) y residente (RE). En dicha normativa, se indicó que el extranjero que desee ingresar al territorio nacional como cónyuge o compañero(a) permanente de un nacional colombiano debería solicitar una visa temporal TP-10. Eso fue reiterado en el Decreto 132 del 30 de enero de 2014.

Posteriormente, en virtud de que el Consejo de Mercado Común de Mercosur decidió atribuir a la República de Colombia la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, el Ministerio de Relaciones Exteriores dictó el Decreto 941 de 2014, por medio del cual se añadió una nueva categoría dentro de las visas temporales. En efecto, tal normativa incluyó la visa TP-15 que se otorga a los extranjeros de los Estados Partes de MERCOSUR y sus asociados, que vayan a ingresar o hubieran ingresado al territorio nacional con la finalidad de solicitar su residencia en el territorio colombiano.

Finalmente, el 26 de mayo de 2015, el Ministerio de Relaciones Exteriores emitió el Decreto 1067 de la misma anualidad, mediante el cual se expidió el *Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores*. A pesar de que dicha normativa derogó los decretos anteriormente mencionados, mantiene las mismas disposiciones sobre clasificación de visas.

Particularmente, el artículo 2.2.1.11.7 establece lo siguiente sobre las visas temporales TP-10 y TP-15:

“La Visa Temporal se otorgará al extranjero que desee ingresar al país sin el ánimo de establecerse en él. El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá expedir la Visa TP en los siguientes casos:

(...)

TP-10. Al extranjero que ingresar al territorio nacional como cónyuge o compañero(a) permanente de nacional colombiano. En el presente caso la vigencia de la visa será tres (3) años.

(...)

TP-15. Al extranjero nacional de alguno de los Estados Partes de Mercosur y sus Asociados que desee ingresar o haya ingresado al

territorio nacional y solicite residencia temporal en el marco del Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile. El extranjero titular de la visa TP-15 quedará autorizado con esta visa a ejercer cualquier ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o contrato laboral. En el presente caso la vigencia de la visa será de dos (2) años.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia”.

Por otra parte, el artículo 2.2.1.11.8 del decreto anteriormente referido, establece que la visa de residente RE se otorgará al extranjero que desee ingresar al Estado colombiano con el fin de establecerse en él. Con fundamento en lo anterior, la norma dispone los casos en los que se puede expedir la visa de residente dentro de los que se encuentran los siguientes:

- (i) Cuando el extranjero haya sido titular de una visa TP-10 durante un tiempo mínimo de 3 años continuos e ininterrumpidos.
- (ii) Cuando el extranjero haya sido titular de la visa TP-15 durante un tiempo mínimo de 2 años continuos e ininterrumpidos.

Otorgamiento de salvoconducto a extranjeros con permanencia irregular en el territorio colombiano

27.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.2.1.11.4.9. del Decreto 1067 de 2015, el salvoconducto es un documento con carácter temporal, expedido por la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, dirigido a los extranjeros que incurran o estén a punto de incurrir en permanencia irregular en el territorio colombiano. La norma establece que existen dos tipos de salvoconducto: el SC-1 y el SC-2.

En primer lugar, el Decreto consagra el salvoconducto SC-1, el cual se expide para salir del país cuando el extranjero: (i) incurra en permanencia irregular, previo cumplimiento de las sanciones monetarias que se hubieran impuesto en su contra; (ii) sea deportado o expulsado del territorio colombiano; (iii) se le haya cancelado su visa o permiso para permanecer en el país; (iv) se le haya negado una solicitud de visa en otro país y (v) se le haya vencido el término de permanencia autorizado y por fuerza mayor o caso fortuito previamente demostrados, no hubiere podido salir del país. Este documento tiene una

vigencia de 30 días dentro de los cuales el extranjero deberá abandonar el territorio colombiano.

En segundo lugar, el decreto anteriormente referido establece el salvoconducto SC-2, que se expide al extranjero para permanecer en el país que: (i) deba permanecer en el territorio nacional en libertad provisional o condicional o por orden de autoridad competente; (ii) deba permanecer en el territorio nacional hasta tanto se defina su situación administrativa; (iii) deba permanecer en el país, mientras resuelve su situación de refugiado o asilado y la de su familia; (iv) cuya permanencia sea requerida por la autoridad migratoria del país; (v) deba solicitar la visa; y (iv) **pudiendo solicitar visa en el territorio nacional, haya incurrido en permanencia irregular, previa la cancelación de la sanción a la que hubiere lugar.**

Con fundamento en lo anterior, la Sala concluye que el salvoconducto es un documento que legaliza y prolonga la estadía de un extranjero en el territorio colombiano, que esté a punto de incurrir o haya incurrido en permanencia irregular.

Derechos de los extranjeros

28.- 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.

29.- Esta Corporación se ha pronunciado sobre las implicaciones que tiene la norma anteriormente mencionada. En efecto, en la **sentencia T-215 de 1996**⁵⁸, 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 Constitucional el cual

⁵⁸ M.P. Fabio Morón Díaz.

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 2005⁵⁹** y **T-338 de 2015⁶⁰**, en las que esta Corporación indicó que la Constitución Política 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.**

30.- Por otra parte, en la **sentencia C-834 de 2007⁶¹**, 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*”, este Tribunal 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**, lo que no restringe al Legislador para ampliar su protección con la regulación correspondiente.

31.- 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 Política 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.**

La afiliación de extranjeros al Sistema General de Seguridad Social en Salud

⁵⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁰ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶¹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

32.- Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 emitido por el Ministerio de Salud y Protección 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.**

33.- 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 al 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 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”.

(...)

Con fundamento en lo anterior, se evidencia que el sentido de la norma indica que todos los ciudadanos, deben tener 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, y nacionales y extranjeros. Por lo tanto, 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.

Caso concreto

Análisis del cumplimiento de los requisitos de procedencia en el caso concreto

34.- Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, la Sala analizará si en el caso bajo estudio se cumplieron los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

Legitimación por activa

35.- De acuerdo con los fundamentos jurisprudenciales anteriormente señalados, la Sala encuentra que en el caso objeto de estudio se acredita la legitimación por activa de la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal en calidad de agente oficiosa del señor Carlos Walter Schule. En efecto, se demuestra que: (i) la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal manifestó en el escrito de tutela que actuaba en calidad de agente oficiosa de su esposo⁶²; (ii) de la historia clínica del accionante, se evidencia que el señor Schule es una persona que se encuentra en un estado de vulnerabilidad, toda vez que el actor fue hospitalizado desde el 16 hasta el 20 enero de 2015 en el Hospital de Suba en Bogotá D.C⁶³ y su esposa afirmó que fue intervenido quirúrgicamente en brazo y en la pierna derecha por urgencias como consecuencia de su diabetes; y (iii) el agenciado ratificó ante el juez de primera instancia las pretensiones de la acción de tutela y su voluntad de solicitar el amparo constitucional⁶⁴.

Asimismo, se reitera que, tal como se determinó en los fundamentos 5 a 7 de esta providencia, el hecho de que el señor Schule sea de nacionalidad argentina no limita su derecho a solicitar el amparo constitucional de sus

⁶² Escrito de tutela, folios 1-11, cuaderno 1.

⁶³ Copia de la Historia Clínica del señor Carlos Walter Schule, folios 16-21, cuaderno 1.

⁶⁴ Declaración rendida por el señor Carlos Walter Schule el 20 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C, folio 58, cuaderno 1.

derechos fundamentales. Por consiguiente su legitimación por activa se encuentra acreditada en el presente caso.

Subsidiariedad

36.- De conformidad con las consideraciones del presente fallo y la jurisprudencia de este Tribunal, la Corte concluye que en este caso la acción de tutela es procedente para resolver la controversia objeto de estudio, en la medida en que se solicita la protección del derecho fundamental a la salud de una persona que no se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social de Salud, lo cual, se encuentra por fuera de la competencia jurisdiccional de la Superintendencia de Salud. En efecto, una de las cuestiones debatidas en el presente proceso es la posibilidad de afiliar al accionante al sistema.

En este sentido, el amparo constitucional se transforma en el mecanismo idóneo, ante la amenaza o vulneración del derecho fundamental a la salud del señor Carlos Walter Schule. En consecuencia, se acredita el cumplimiento del principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela.

No se acredita una vulneración del derecho fundamental a la salud

37.- De acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que no existió ninguna acción u omisión por parte de las entidades demandadas que amenace o vulnere el derecho fundamental a la salud del señor Carlos Walter Schule.

En particular, se comprobó que el accionante fue atendido en urgencias en el Hospital de Suba en Bogotá D.C.⁶⁵, en donde estuvo hospitalizado desde el 16 hasta el 20 de enero de 2015⁶⁶. Adicionalmente, la señora Aura Inés afirmó que su esposo fue intervenido quirúrgicamente en el brazo y la pierna derecha por urgencias como consecuencia de su diabetes⁶⁷. Lo anterior, demuestra que las entidades distritales demandadas cumplieron con las obligaciones establecidas en la Ley de 1438 de 2011 **de garantizar los servicios básicos de salud a la población más necesitada, lo que no incluye la entrega de medicamentos ni la autorización de tratamientos posteriores a la atención en urgencias.**

⁶⁵ Copia de la Historia Clínica del señor Carlos Walter Schule, folios 16-21, cuaderno 1.

⁶⁶ Copia de la Historia Clínica del señor Carlos Walter Schule, folios 16-21, cuaderno 1.

⁶⁷ La agente hace esta afirmación en el escrito de tutela, sin embargo no se indica la fecha en la que operaron al accionante.

Asimismo, de los hechos del caso se evidencia que las entidades demandadas no pueden cumplir con su obligación de iniciar los trámites de afiliación del actor, no por el hecho de que éste sea extranjero, sino porque el señor Schule no tiene un documento válido para iniciar este proceso.

En efecto, de las pruebas que obran en el expediente se demuestra que el actor ingresó al territorio colombiano el 27 de mayo de 2014 en calidad de turista, con autorización de permanencia de 90 días, es decir, hasta el 24 de agosto de 2014⁶⁸. Además, se prueba que el accionante no realizó ninguna actuación para regularizar su permanencia en el país, sólo hasta el 23 de octubre de 2014, cuando ya se encontraba en permanencia irregular, el señor Schule solicitó los antecedentes penales ante la autoridad competente en Argentina para solicitar la visa de Mercosur.

38.- Por otra parte, la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal afirma que no cuentan con los recursos suficientes para solicitar la visa de su esposo debido a que son misioneros de la Iglesia Cristiana de Restauración por lo que no reciben ingresos económicos⁶⁹. Sin embargo, en la declaración rendida ante el Juez 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C.⁷⁰, la agente afirmó que en el mes de mayo de 2015 le solicitaron apoyo económico a su congregación para realizar las gestiones de búsqueda de los antecedentes requeridos al señor Schule, proceso que tardó dos meses.

A pesar de haber recibido la ayuda, la Unidad Administrativa de Migración Colombia certificó que el accionante no ha realizado ninguna solicitud de cédula de extranjería, lo que evidencia que no ha iniciado los trámites para regularizar su permanencia en el país⁷¹.

39.- Con fundamento en lo anterior, la Sala encuentra que el accionante ha tenido una actitud negligente frente a su situación migratoria, aún antes de ser hospitalizado por sus problemas de salud. En efecto, el actor ni siquiera solicitó un salvoconducto de permanencia para prolongar su estadía, documento que hubiera podido utilizar para afiliarse al Sistema General de

⁶⁸ Escrito de Formulación de cargos contra el señor Carlos Walter Schule del 5 de agosto de 2015, folios 47-49 y Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., folios 29-31.

⁶⁹ Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., folios 29-31.

⁷⁰ Declaración rendida por la señora Aura Inés de la Santísima Trinidad Aristizabal Aristizabal el 16 de octubre de 2015 en el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., folios 29-31, cuaderno 1.

⁷¹ Folio 66, cuaderno 1.

Seguridad Social de Salud, con lo que habría podido recibir el tratamiento y los medicamentos que solicita en sede de tutela.

40.- Así las cosas, la Corte encuentra que el Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá D.C no vulneraron el derecho fundamental a la salud del señor Carlos Walter Schule al no entregar los medicamentos y tratamientos solicitados. Lo anterior, debido a que las entidades demandadas han cumplido con su obligación de garantizar los servicios básicos de salud al actor en urgencias a través del Hospital de Suba en Bogotá D.C.

Por otro lado, se demuestra que la afiliación del señor Schule al Sistema General de Seguridad Social en salud en el régimen subsidiado no ha sido posible no por responsabilidad de las entidades accionadas, sino porque el actor no tiene un documento de identidad válido con el que pueda iniciar el trámite de afiliación, debido a que se encuentra en permanencia irregular en el país desde el 24 de agosto de 2014, a pesar de que el actor cuenta con dos vías para regularizar su situación migratoria, toda vez que puede solicitar su visa como cónyuge de nacional colombiana o la visa de Mercosur, lo anterior, no resulta irracional ni desproporcionado, teniendo en cuenta que cumple con la política migratoria del Estado colombiano, exigida a todos los extranjeros que ingresan al país, y que el actor tiene una condición más beneficiosa respecto de otras personas, teniendo en cuenta que puede solicitar dos tipos de visa diferentes.

Para la Sala es claro que la persona a cuyo favor se interpone esta solicitud de amparo no puede beneficiarse de su propia culpa⁷², lo cual conduce a que la acción de tutela deba negarse, en la medida en que el accionante no ha accedido a la totalidad de los servicios de salud, debido a que no ha iniciado las acciones correspondientes para obtener su cédula de extranjería y en consecuencia afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Conclusión y decisión a adoptar

41. La Sala concluye que en este caso no se demuestra una vulneración al derecho fundamental a la salud del señor Carlos Walter Schule por parte del Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá D.C., debido a que dichas entidades demandadas garantizaron el cumplimiento de la obligación de prestar los servicios de salud básicos al accionante, lo que implica atención en urgencias la cual fue recibida en el

⁷² T-213 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentenaar.

Hospital de Suba en Bogotá D.C., y excluye la entrega de medicamentos y continuidad en los tratamientos.

Asimismo, se demuestra que las entidades distritales accionadas, no incumplieron su obligación de iniciar el proceso de afiliación del accionante en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya que éstas no pudieron realizarlo, debido a que el señor Schule no tiene un documento de identidad válido para tramitar su afiliación, toda vez que el actor se encuentra en permanencia irregular en el país desde el 24 de agosto de 2014.

42.- Finalmente, la Sala considera necesario aclarar que el actor no solo puede solicitar un salvoconducto de permanencia y de esta forma regularizar su situación migratoria, sino también iniciar la solicitud de su visa temporal TP-15 o TP-10 en calidad de cónyuge de nacional colombiana y así obtener el documento de identidad para afiliarse al Sistema General de Seguridad Social.

Por las anteriores razones, la Sala **confirmará** la sentencia de segunda instancia, proferida el 3 de diciembre de 2015 por el Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C, que confirmó el fallo emitido por el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el 26 de octubre de la misma anualidad, por medio del cual se **negó** el amparo constitucional solicitado por Carlos Walter Schule.

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: CONFIRMAR la sentencia de segunda instancia, proferida por el Juzgado 40 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., el 3 de diciembre de 2015, la cual confirmó el fallo emitido por el Juzgado 32 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., el 26 de octubre de la misma anualidad, por medio del cual se negó el amparo constitucional solicitado por Carlos Walter Schule.

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



Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado
Con salvamento de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General