



Sentencia T-390/20

Referencia: Expedientes T-7.525.716, T-7.565.490, T- 7.549.934, T- 7.564.976 y T-7.646.424.

Acciones de tutela interpuestas por

Expediente T-7.525.716: *Francisca*, en representación de su hija *Roberta*, contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Fondo Financiero Distrital de Salud.

Expediente T-7.565.490: *Leonora* en representación de su hijo *Alí*, contra la Secretaría de Salud Departamental de Santander.

Expediente T-7.549.934: *Amelia* en representación de su hijo *Salomón*, contra la Secretaría de Salud Departamental de la Guajira y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Expediente T-7.564.976: *Doris* en representación de su hija *Artemisa*, contra la Fundación Clínica Club Noel de Cali y el Hospital la Buena Esperanza de Yumbo ESE.

Expediente T-7.646.424: *Sandra* en representación de su hijo *Santiago*, contra la Secretaria de Salud Departamental de La

Guajira y Unidad Administrativa Especial
Migración Colombia.

Magistrada Ponente:
CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil veinte (2020).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

Aclaración previa

En el presente asunto, con el fin de proteger el derecho a la intimidad de las niñas y los niños titulares de los derechos invocados en el amparo, y teniendo en cuenta que se analizan datos especialmente sensibles relacionados con su salud y vida privada, la Sala de Revisión estimó necesario que para la publicación de esta providencia, se cambiaran los nombres de las niñas y niños, así como de sus representantes legales con el objeto de preservar su derecho a la intimidad.

I. ANTECEDENTES

1.- Caso 1-Expediente T-7.525.716

1.1 De los hechos y las pretensiones

Francisca, ciudadana venezolana, actuando en representación de su menor hija, *Roberta*, instauró acción de tutela contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá por considerar que dicha entidad vulneró los derechos fundamentales a la vida y a la salud de su representada por cuanto se ha negado a garantizarle el tratamiento integral que requiere para tratar la patología cancerígena que padece, bajo el argumento de que no cuenta con el permiso especial de permanencia (en adelante PEP) dentro del territorio colombiano. La accionante sustenta su solicitud con base en los siguientes hechos:

1.1.1. Sostiene la tutelante que su hija de un año (1) de edad, con nacionalidad venezolana fue diagnosticada en Colombia con “*Tumor maligno secundario del*

encéfalo y de las meninges secundarias”¹ y “tumor maligno del lóbulo temporal”².

1.1.2. En razón de la referida patología, explica que el día 13 de noviembre de 2018, los médicos del Instituto Nacional de Cancerología le practicaron a la menor una cirugía cuyo costo fue asumido por el Fondo Financiero Distrital. No obstante lo anterior, asegura que una vez realizado el procedimiento quirúrgico, dicha entidad *“empezó a negar todo tipo de autorizaciones de procedimientos médicos”*,³ advirtiéndole que mientras la niña estuviese hospitalizada, los gastos estarían cubiertos pero que, una vez fuera dada de alta, la atención médica no sería garantizada al 100% dado que no contaba con el PEP⁴.

1.1.3. Así las cosas, informa la accionante que la negativa de las demandadas respecto del cubrimiento de los servicios médicos reclamados obedece a que la menor no cuenta con el aludido permiso. Al respecto, pone de presente que su hija no ha podido obtener el mismo porque *“(…) ingresó al país colombiano en el mes de julio de 2018 y las entidades encargadas de hacer el censo para poder obtener el servicio médico bajo el régimen subsidiado precisaron que para el momento en que llegó ya habían sido censados las personas en similar condición, razón por la cual insistieron que no podía hacerse nada”*⁵.

Así mismo, resalta que cuenta con el salvoconducto de permanencia, documento que, en todo caso, no le ha sido útil para garantizar el acceso a los servicio de salud que con urgencia demanda la menor.

1.1.4. Asegura la actora que dada su situación de irregularidad dentro del territorio colombiano se ha visto imposibilitada para desempeñarse laboralmente. De allí que, no cuente con los recursos económicos suficientes para solventar los gastos que se derivan del tratamiento que requiere su hija.

1.1.5. Precisa que los médicos tratantes ordenaron realizarle a la menor una (1) quimioterapia por semana y el suministro de medicamentos, servicios que como ha dicho le han sido negados, reflejándose ello, en el deterioro de la salud de su hija, quien presenta vómitos frecuentes y ha bajado de peso *“ostensiblemente”*⁶.

1.1.6. Con fundamento en lo anterior, la actora solicita que, atendiendo a la patología de niña, se le ordene a la autoridad pública competente garantizarle la prestación efectiva de los servicios de salud que necesita, exonerándola de

¹ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

² Ibid. Folio 17.

³ Ibidem.

⁴ En palabras de la accionante *“(…) que una vez la dieran de alta ya íbamos a tener problemas porque ya no iban a cubrir el 100% de la atención médica, si no contábamos con el permiso de permanencia”*. Ver a folio 1 del cuaderno principal.

⁵ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

⁶ Ver a folio 2 del cuaderno principal.

cualquier copago, hasta tanto se logre su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS).

1.2 Contestación de la acción de tutela

Mediante auto del 15 de marzo de 2019, el Juzgado Veintiséis Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá⁷ avocó el conocimiento de la presente acción constitucional y corrió traslado a la parte demandada para que, en el término de doce (12) horas contadas a partir de la notificación de la mencionada providencia, se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora *Francisca*.

Encontrándose dentro del término otorgado por el referido Despacho Judicial, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá intervino en la presente causa empezando por indicar que la accionante y su hija “*no registran afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en ningún régimen y NO ostentan encuesta Sisbén*”.⁸ Al respecto, sostuvo que la madre y la niña no están inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos–RAMV, y tampoco “*cuentan con permiso especial de permanencia que los faculta para pernoctar en Colombia, pues según su dicho, contaban con salvoconducto de permanencia vigente, documento de tránsito que no sirve para fijar residencia en Colombia y mucho menos para acceder a la oferta institucional del Estado*”⁹.

En ese orden, explicó que dicha situación puede “*subsanarse*”, de acuerdo con el artículo 44 del Decreto 1743 de 2015, realizando la correspondiente solicitud de afiliación al SGSSS, presentando un documento idóneo de identificación previsto para que los extranjeros accedan a los servicios de salud¹⁰.

No obstante lo expuesto, recordó que si se trata de una urgencia médica, prevalece la estabilización del usuario sobre cuestiones administrativas, conforme a la circular externa 013 de 2016 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud. Agregó que esta atención debe supeditarse al instructivo para la atención de población extranjera pobre no asegurada residente en Bogotá, según el cual “*las gestantes y menores edad, para quienes se debe garantizar las atenciones en salud, dejando el debido soporte de la orientación brindada al usuario de los trámites a realizar para la identificación plena acorde con el Decreto 1067 de 2015, con el respectivo estudio social de caso*”¹¹. En el mismo sentido, citó la circular 025 de 2017, numeral 2.1 mediante la cual se limitó la prestación de servicios de salud dirigidos a población migrante a la atención inicial de urgencias.

⁷ Ver a folio 37 del cuaderno principal.

⁸ Ver a folio 40. Del cuaderno principal.

⁹ *Ibídem*.

¹⁰ *Ibídem*

¹¹ Ver a folio 41 del cuaderno principal.

Respecto al servicio de urgencia, refirió que se trata, de conformidad con lo previsto en la Resolución 5857 de 2018, de una “(...) *modalidad de prestación 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 que comprometan su vida o funcionalidad*”¹². Así, indicó que una vez la menor Roberta cuente con el PEP podrá acceder a los servicios de salud previstos en el artículo 7 del Decreto 1288 de 2018.

Por otro lado, sostuvo que el fin de la presente acción de tutela es económico, pues el costo de los servicios médicos deben ser financiados por la accionante. Para sustentar su posición, se refirió a la sentencia T-348 de 2018 sobre la afiliación de extranjeros al SGSSS y citó el Decreto 2058 de 2018 relacionado con requisitos para ser incluido en el régimen subsidiado.

En complemento de lo anterior, señaló que mediante un concepto del Ministerio de Protección Social de octubre de 2009 dirigido a la Clínica de Marly se determinó que “*tratándose de la **atención de urgencia** (...) en la eventualidad de que el ciudadano extranjero no posea capacidad económica debidamente demostrada para sufragar el costo de la misma, ésta deberá ser asumida como población pobre no cubierta con subsidios a la demanda con cargo a los recursos de oferta de la respectiva entidad territorial donde tenga lugar la prestación de la atención*”.¹³

Finalmente, solicitó que se desvincule a la entidad demandada, pues no tiene facultad para la prestación directa del servicio público de salud, no cuenta con el personal y tampoco le corresponde realizar afiliaciones. En consecuencia, solicitó que se negaran las pretensiones comoquiera que no tiene injerencia en la prestación de los servicios de salud a cargo del Instituto Nacional de Cancerología y en el evento contrario, que la orden en la sentencia se dirija “*única y exclusivamente a la atención de urgencias que requiera la paciente y que pueda ser prestada en la ciudad de Bogotá, dada la condición flotante de esta población, y este ente territorial se subrogará en las obligaciones que le fueren impuestas, una vez se afilie a una EPS, a cargo de la cual recaerá el aseguramiento en salud*”¹⁴. Por último, solicitó que se conmine a la accionante a legalizar su permanencia y la de su hija en Colombia, así como a realizar la solicitud de la encuesta Sisbén y tramitar su afiliación al sistema de salud.

1.3. Pruebas relevantes que obran en el expediente

¹² Artículo 8, numeral 5.

¹³ *Ibídem*.

¹⁴ Al respecto citó el artículo 2.1.7.17 del Decreto 780 de 2016, sobre aprobación y pago de tecnologías en salud no incluidas en el plan de beneficios: “*Cuando se produzca el traslado de una Entidad Promotora de Salud dentro de un mismo régimen o entre regímenes contributivo o subsidiado, y existan sentencias de tutela que obliguen la prestación de servicios de salud no incluidos en el plan de beneficios, tales decisiones obligarán a la Entidad Promotora de Salud receptora sin que pueda haber interrupción de los servicios de salud al afiliado*”.

- Copia de la historia clínica de la menor *Robert* mediante la cual se puede verificar que la misma padece que un “tumor maligno secundario del encéfalo y de las meninges” – “tumor maligno del lóbulo temporal”. Se refiere dentro de la misma, entre otras cosas, “*paciente con 13 meses con astrocitoma de bajo grado II*”- “*servicio asociado con patología cancerosa*”¹⁵.
- Ordenes médicas contentivas de remisiones a consultas con especialistas para tratamiento post-quirúrgico y prescripción de medicamentos¹⁶.
- Formato de justificación médica y solicitud de medicamentos NO POS, donde el médico tratante anotó que existe riesgo inminente para la vida del paciente porque padece “*diabetes insípida no controlada lleva a hiperatremia severa y muerte*”¹⁷.
- Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos, del 4 de marzo de 2019, en relación con consulta por primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, se afirmó: “*Niña de nacionalidad venezolana con salvoconducto mientras resuelve su situación administrativa, orientar a los padres para que gestionen ante Migración Colombia, el Permiso Especial de Permanencia –PEP, basados en el Decreto 2408 de 2018, artículo 2.9.2.6.3 (transferencia de recursos para la atención)*”¹⁸. También fueron negados los siguientes servicios, con formatos de la misma fecha y con idéntica justificación: Terapia fonoaudiológica integral SOD;¹⁹ Terapia física integral;²⁰ Poli quimioterapia de alto riesgo (Ciclo de tratamiento)²¹; Hemograma IV (hemoglobina, hematrocito, recuento de eritrocitos, índices eritrocitarios, leucograma, recuento de plaquetas, índices plaquetarios y morfología electrónica e histograma;²² Consulta de control de seguimiento por especialista en neurocirugía;²³ y finalmente, consulta de control o de seguimiento por especialista en oncología pediátrica²⁴.

1.4 Decisiones judiciales objeto de revisión

1.4.1 Sentencia de única instancia²⁵

El Juzgado 26 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia del primero de abril de 2019, negó las pretensiones de la acción de tutela. Consideró que “*hasta tanto la situación migratoria de la*

¹⁵ Ver a folios 7 a 12 del cuaderno principal.

¹⁶ Ver a folios 13 a 23 del cuaderno principal.

¹⁷ Ver a folio 24 del cuaderno principal.

¹⁸ Ver a folio 30 del cuaderno principal.

¹⁹ Ver a folio 31 del cuaderno principal.

²⁰ Ver a folio 32 del cuaderno principal.

²¹ Ver a folio 33 del cuaderno principal.

²² Ver a folio 34 del cuaderno principal.

²³ Ver a folio 35 del cuaderno principal.

²⁴ Ver a folio 36 del cuaderno principal.

²⁵ Ver a folios 45 a 55 del cuaderno principal.

menor y su progenitora en nuestro país no se legalice, la Secretaría Distrital de Salud solo prestara la atención médica de manera temporal y en tanto su salud lo requiera y que tengan la categoría de urgentes e impostergables”²⁶.

Agregó que no es exigible a la entidad accionada financiar los servicios de salud de la menor debido a que: (i) no se ha legalizado su situación migratoria, (ii) no hay soporte del trámite del PEP y (iii) no se ha gestionado la afiliación Al SGSSS.

Por otra parte, conminó a la accionante para que a su favor y en el de su hija, acudiera al Centro Facilitador de Servicios Migratorios más cercano a su residencia, con el fin de regularizar su situación migratoria, y de ese modo pueda gozar de los derechos de que son titulares los residentes en territorio colombiano.

Al respecto citó la sentencia T-314 de 2016, según la cual *“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”*.²⁷ Añadió que en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, se incentiva a quienes ingresen al país y no sean residentes, a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud, y que el Ministerio de salud ha señalado que *“(…)si bien los extranjeros que se encuentran de forma ilegal en el país no tienen 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”*.²⁸ Dicha decisión no fue objeto de impugnación.

1.5 Actuaciones surtidas en sede de revisión

1.5.1 Mediante auto del 2 de octubre de 2019, la Sala Séptima de Revisión ordenó como medida provisional dentro del expediente **T-7.525.716**, que de manera inmediata se entregara a la menor el medicamento ordenado por el médico tratante, hasta tanto se profiriera sentencia en este asunto.²⁹

En cumplimiento de lo anterior, el Subdirector de Garantía del Aseguramiento de la Secretaría Distrital de Salud, remitió oficio a esta Corporación el 15 de octubre de 2019, en el que ordenó la entrega del medicamento e informó que la niña *“en la actualidad registra afiliada activa en la Entidad Promotora de Salud Capital Salud en el régimen subsidiado”*³⁰ desde el 9 de julio de 2019. Dicha afirmación fue sustentada mediante certificación que obra en el sitio web

²⁶ Ver a folio 53 del cuaderno principal.

²⁷ Ver a folio 54 del cuaderno principal.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Ver a folios 22 - 24 del cuaderno de revisión.

³⁰ Ver a folio 18. del cuaderno de revisión.

de la Administradora de los Recursos del SGSSS- ADRES- la cual fue remitida al despacho. No obstante lo anterior, esta Sala de Revisión acudiendo a la misma plataforma virtual pudo verificar que a la fecha, la niña se reporta en el sistema como “**retirada**”.

1.5.2 Por otro lado, mediante auto del 13 de noviembre de 2019, la Magistrada Sustanciadora ordenó que, por intermedio de Secretaria General, se solicitara a la accionante y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, información actual respecto de prestación efectiva del tratamiento integral en salud a Roberta.³¹

En cumplimiento de lo dispuesto por la Corte, la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la referida entidad remitió oficio a esta Corporación el 25 de noviembre de 2019,³² mediante el cual allegó copia de la historia clínica de la menor³³, reiterando que la misma se encuentra afiliada a la EPS Capital Salud en el régimen subsidiado desde el 9 de julio de 2019.

Respecto de la aludida historia clínica se precisa que dentro de la misma se verifica, entre otras cosas, que la menor fue valorada por “*pediatría oncológica*” el día 19 de noviembre de 2019, donde se advierte que también estuvo en consulta el día 15 de octubre de 2019. Todo ello, por la patología de “*tumor maligno de cerebro*”³⁴.

2. Caso 2-Expediente T-7.565.490

2.1 De los hechos y las pretensiones

Leonora , ciudadana venezolana, actuando en representación de su menor hijo, *Alí* de tres años de edad, instauró acción de tutela contra la Secretaría de Salud de Santander por considerar que dicha entidad vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de su representado por cuanto se ha negado a garantizarle el tratamiento integral que requiere para tratar las patologías de “*aplasia medular, catarata y glaucoma congénito de ojo derecho*”³⁵ La accionante sustenta su solicitud con base en los siguientes antecedentes:

2.1.1 Refiere que desde el primer año de vida, su hijo presenta problemas de salud que a la fecha se concretan en los siguientes diagnósticos: *aplasia medular, catarata y glaucoma congénito de ojo derecho*”³⁶

2.1.2 Indica que, en razón de dichas afecciones, el menor recibió en Venezuela, hasta el día 5 de enero de 2019, el tratamiento médico correspondiente, sin que

³¹ Ver a folios 40 y 41 del cuaderno de revisión.

³² Ver a folios 42 y 43.de cuaderno de revisión.

³³ Ver a folios 46 a 56.del cuaderno de revisión.

³⁴Ver a folios 46-70 del cuaderno de revisión.

³⁵ Ver a folios 1 y 5 del cuaderno principal.

³⁶ *Ibídem*.

posteriormente le fuera posible continuar accediendo al mismo. Todo ello, explica, llevó a que se trasladaran al territorio nacional.

2.1.3 Señala una vez radicados en Colombia, su hijo fue atendido por los médicos adscritos al Instituto de Salud de Bucaramanga, quienes ordenaron “*consulta de medicina especializada en hematología pediátrica y oftalmología pediátrica*”³⁷. De allí que acudiera ante la Secretaría Departamental de Santander donde, asegura, se le informó que “*debía presentar una acción de tutela*”.

2.1.4 Precisa la accionante que el menor requiere ser valorado por los médicos especialistas con el objeto de que continúe con su tratamiento, pues de no ser así, se le ocasionarían mayores problemas a su salud que, incluso, podrían llevarlo a la muerte.

2.1.5 Asegura que no cuenta con los recursos económicos suficientes para asumir el costo de los servicios de salud y los medicamentos que necesita su hijo.

2.1.6 Con fundamento en lo anterior, la actora solicita que, atendiendo a las enfermedades que padece *Alí* se le ordene a la Secretaría de Salud Departamental de Santander autorizar de manera inmediata (i) la consulta con medicina especializada en hematología pediátrica y oftalmología pediátrica y (ii) la atención integral que a la fecha y a futuro demande su hijo para el manejo de sus patologías.

2.2 Contestación de la tutela

2.2.1 Mediante auto del 14 de febrero de 2019, el Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga³⁸ avocó el conocimiento de la presente acción constitucional y corrió traslado a la parte demandada para que, en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de la mencionada providencia, se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora *Leonora*. Así mismo, dispuso vincular al trámite tutela de la referencia al Instituto de Salud de Bucaramanga- en adelante ESE para que rindiera informe en relación con lo solicitado por la accionante.

2.2.2 Adicionalmente, por medio de la referida providencia, se le ordenó a la Secretaría de Salud Departamental de Santander, como medida provisional, autorizar de manera inmediata la consulta de medicina especializada en hematología y oftalmología pediátrica del menor *Alí*³⁹.

2.2.3 Encontrándose dentro del término otorgado por el referido Despacho Judicial, el coordinador del grupo de contratación y apoyo jurídico de Secretaría

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Ver a folio 15 del cuaderno principal.

³⁹ *Ibidem*.

de Salud Departamental de Santander presentó escrito el 20 de febrero de 2019, en el que manifestó que el Decreto 780 de 2016 establece que es necesario un documento de identificación para efectuar la afiliación al sistema de salud, por lo que se requiere *“un permiso temporal o visa temporal para que pueda acceder a la afiliación en el país mientras Migración resuelve su solicitud de permanencia y de esta forma pueda ser afiliada por la EPS y afiliarse como beneficiario a su hijo mejor de edad”*⁴⁰.

2.2.4 Agregó que la prestación de servicios de salud diferentes a los que correspondan a *“una urgencia”* promovería la estadia ilegal de ciudadanos venezolanos, causando no solo un *“colapso logístico y económico en el sector salud”* sino también, impactando negativamente a usuarios que si están afiliados, incluyendo aquellos extranjeros que han regularizado su situación migratoria.

2.2.5 Finalmente, informó que, en cumplimiento de la medida provisional prevista por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga mediante auto del 14 de febrero de 2019, *“autorizó los servicios de salud como única vez a Alí, con la autorización de servicios de salud respectivamente, la cual se anexa con la presente contestación, y en las que se evidencia que se autoriza los siguientes servicios de salud CONSULTA DE MEDICINA ESPECIALIZADA POR HEMATOLOGÍA PEDIÁTRICA Y OFTALMOLOGÍA PEDIÁTRICA, correspondientes a la fórmula médica de 8 de febrero de 2019, las cuales serán entregadas a la agenciada en nuestras instalaciones y seguidamente sea atendido en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER-HUS”*⁴¹.

2.2.6 Por su parte, el gerente de la Empresa Social del Estado ESE ISABU, intervino en el presente asunto mediante escrito del 18 de febrero de 2019⁴², donde empezó por precisar que, en el marco de sus funciones, le corresponde brindar atención médica de primer y segundo nivel, advirtiéndole que para el caso concreto del menor Alí los servicios solicitados, dada su especialidad, son de tercero y cuarto nivel.

Así mismo, explicó que en atención a su naturaleza de Empresa Social del Estado no tienen a su cargo labores relacionadas con los procesos o trámites de carácter migratorio o de regularización de ciudadanos extranjeros en Colombia. En ese orden, aclaró que, de conformidad con lo previsto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia, la prestación de los servicios de urgencia es obligatoria para todas las personas que se encuentren en el territorio nacional sin importar si son colombianos o extranjeros.

No obstante lo anterior, puso de presente que los pacientes extranjeros que residan o se encuentren en Colombia de manera irregular deberán proceder como parte de sus obligaciones a legalizar su situación ante la autoridad prevista

⁴⁰. Ver a folio 50 del cuaderno principal.

⁴¹. Ver a folios 51 del cuaderno principal.

⁴² Ver a folios 20- 29 del cuaderno principal.

para el efecto y con ello, adelantar los trámites que haya lugar para ingresar, de acuerdo con su capacidad de pago al SGSSS.

Dicho lo anterior, aseguró que para el caso *sub examine* es claro que, a pesar de que el menor tiene derecho a recibir atención en salud dadas las graves patologías que padece, su madre tiene la obligación de adelantar los procesos administrativos previstos por la Ley para regularizar su permanencia en el país; todo esto, en aras de evitar que se materialice un trato diferencial en favor de los extranjeros que de forma ilegal pretenden permanecer en Colombia⁴³.

Con fundamento en lo expuesto, le solicitó al juez constitucional su desvinculación del asunto por considerar que dicha entidad no ha vulnerado los derechos invocados sino que por el contrario, ha prestado todos los servicios de salud a la población inmigrante.

2.3 Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Orden de consultas o interconsultas emitida por el ESE Instituto de Salud de Bucaramanga, donde se remite al menor *Alí* a consulta de hematología y oftalmología pediátrica con fecha del 8 de febrero de 2019⁴⁴.
- Copia del Concepto de médico tratante donde se pueden verificar las patologías del menor⁴⁵.
- Copia de la cédula venezolana de la señora *Leonora* ⁴⁶.
- Copia del registro civil de nacimiento de *Alí*.

2.4 Decisiones judiciales objeto de revisión

2.4.1 Sentencia de primera instancia⁴⁷

El Juzgado Primero Municipal de Bucaramanga, mediante sentencia del 28 de febrero de 2019, tuteló los derechos invocados. Al respecto, consideró que *“la negativa o la dilación en el suministro de los servicios médicos requeridos por la accionante para su menor hijo, realmente afectan de una forma cruel la dignidad de su existencia, en suma con la condición de vulnerabilidad en que se encuentra debido a su diagnóstico y a la protección especial, tratándose de un menor de edad, razón por la cual el amparo se torna ineludible”*.⁴⁸

En consecuencia, le ordenó a la Secretaría de Salud Departamental de Santander que, en caso de no haberlo hecho, autorizara y garantizara la consulta de medicina especializada en hematología y oftalmología pediátrica. Igualmente, advirtió a dicha entidad que la atención en salud deberá extenderse hasta que la

⁴³Ver a folio 22 del cuaderno principal.

⁴⁴ Ver a folios 5-7 del cuaderno principal.

⁴⁵ Ver a folio 8 del cuaderno principal.

⁴⁶Ver a folio 9 del cuaderno principal.

⁴⁷ Ver a folios 53 - 59 del cuaderno principal.

⁴⁸ Ver a folios 57 del cuaderno principal.

madre regularice su permanencia y la de su hijo en el territorio colombiano. Así mismo, ordenó autorizar, practicar y suministrar el tratamiento integral que se requiera, conforme a las directrices del médico tratante y *“con la advertencia que los costos de estas atenciones serán cubiertas directamente por la entidad territorial demandada y, complementariamente, de ser necesario, con cargo a los recursos del orden nacional regulados con el Decreto 866 de 2017”*⁴⁹.

Finalmente, se instó a la accionante para que adelantara los trámites necesarios para regularizar su estadía y la de su menor en el territorio nacional.

2.4.2 Impugnación⁵⁰

Encontrándose dentro del término legal previsto para la impugnación del fallo anteriormente referenciado, la accionada le manifestó al despacho judicial su inconformidad respecto de la decisión adoptada con base en los siguientes argumentos:

Señaló que para efectos de darle cumplimiento a las órdenes impartidas por el *a quo* es preciso distinguir cuáles de los servicios de salud que le serán garantizados al menor han sido, efectivamente, catalogados por el profesional médico como de urgencias y cuáles se excluyen de dicha categoría. Ello, con el propósito de establecer si le corresponde al accionante asumir de forma particular el costo de los mismos o si por el contrario, es el ente territorial el llamado a ocuparse de su cobertura.

Respecto de lo anterior, explicó que los recursos destinados a los departamentos y municipios en materia de salud de migrantes en condiciones irregulares deben dirigirse exclusivamente a la atención inicial de urgencias. Bajo esa línea, estimó que el hecho de *“instar”* a la actora a regularizar su permanencia en el país carece de fuerza vinculante y no genera obligación alguna de su parte, recargando con esto al Departamento de Santander a asumir la prestación de un servicio integral sin límite alguno y excluyendo a la parte actora a cumplir con la carga que la ley le impone por su condición de extranjera domiciliada en el territorio colombiano.

Así las cosas, solicitó que *“se dicte una providencia judicial en que se modifiquen los ordinales segundo y tercero, en el sentido de aclarar que las atenciones que requiera el menor serán únicamente aquellas catalogadas como urgencia y que las mismas deben ser definidas como tal por el médico tratante e imponer a la parte accionante una obligación mínima de acreditación del inicio de los trámites para regular su situación migratoria”*⁵¹.

2.4.3 Sentencia de segunda instancia⁵²

⁴⁹ Ver a folio 58 del cuaderno principal.

⁵⁰ Ver a folios 63 - 65. Del cuaderno principal.

⁵² Ver a folios 3 – 6 del cuaderno N°2.

El Juzgado Noveno Civil del Circuito, mediante providencia del 8 de abril de 2019, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo de los derechos invocados. Sostuvo que para el caso de los extranjeros en situación irregular el estado colombiano solo está obligado a prestar los servicios de urgencia y atención básica preventiva. Por tanto, concluyó que de acuerdo con lo previsto por la Corte Constitucional mediante sentencias T-210 de 2018 y SU-677 de 2017 “*no es posible imponer a la Secretaría de Salud Departamental la prestación de servicios de salud por medicina especializada, sino únicamente la atención básica y de urgencias que el menor requiera*”⁵³.

2.5 Actuaciones surtidas en sede de revisión

2.5.1 Mediante auto del 13 de noviembre de 2019⁵⁴, la Magistrada sustanciadora ordenó que, por intermedio de Secretaria General de esta Corporación, se le solicitara a la accionante y a la Secretaría de Salud accionada informar cuál es el tratamiento previsto por el médico tratante para el menor, si el mismo esta sienta garantizado y solicitó copia de la historia clínica de este. Igualmente, mediante la aludida providencia se invitó al Instituto Nacional de Salud y al Instituto Nacional de Cancerología a que emitiese un concepto orientado a informar si la aplasia medular, catarata y glaucoma congénito, independiente o conjuntamente son enfermedades degenerativas o catastróficas, o si de retrasarse su tratamiento podría ocasionar la muerte del paciente.

2.5.2 En cumplimiento de lo anterior, el asesor de la Dirección General del Instituto Nacional de Cancerología, allegó escrito en el que puso en conocimiento el concepto dado por el médico experto en oftalmología con relación a la catarata y glaucoma congénito donde se precisó lo siguiente: “*La catarata congénita y el glaucoma congénito son enfermedades como su nombre lo indica congénitas, que al ser tratadas por los diferentes subespecialistas en oftalmología (Glaucoma y Pediatría) en este caso, se puede controlar y secundario a esto saber el pronóstico visual y anatómico, no atenta contra la vida del paciente*”.⁵⁵

Así mismo, intervino en el presente asunto la Coordinación de la Unidad de Atención de Cáncer Infantil advirtiéndolo, en primera medida, que en el Instituto Nacional de Cancerología - servicio de Oncología Pediátrica - se brinda atención a pacientes con diagnóstico oncológico en edad pediátrica. En cuando a la Aplasia Medular explicó que esta “*corresponde a una patología de tratamiento exclusivo hematología pediátrica*” servicio con el que no cuenta la Institución, motivo por el cual no son expertos en su diagnóstico⁵⁶.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Ver a folios 30 - 32 del cuaderno de revisión.

⁵⁵ Ver a folio 16 del cuaderno de revisión.

⁵⁶ *Ibidem*.

2.5.3 Por su parte, el coordinador del Grupo de Contratación y Apoyo Jurídico de la Secretaría de Salud Departamental de Santander remitió oficio a esta Corporación el 29 de noviembre de 2019,⁵⁷ en el que precisó que *“prestó en favor del menor agenciado los servicios de salud que fueron ordenados mediante el decreto de la medida provisional emitida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga, no obstante, la Secretaría de Salud no cuenta con el manejo de administración de historias clínicas toda vez que esa función compete en forma exclusiva a la institución en la que se brinde el servicio de salud, que en este caso fue la E.S.E Hospital Universitario de Santander”*.

Adicionalmente, puso en conocimiento del despacho que el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín informó que la señora *Leonora* promovió otra acción de tutela⁵⁸ en representación de su hijo *Alí* a través de la cual invocó el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, solicitando la garantía del tratamiento integral que requiere el menor para tratar las afecciones de salud que padece. Sobre el particular, refirió que mediante fallo del 11 de septiembre de 2019 proferido por la autoridad judicial en mención, las pretensiones de la actora fueron acogidas.

En ese contexto, la Secretaría de Salud Departamental de Santander advirtió que *“(…) resulta evidente que el usuario no continuó recibiendo servicios en salud en el departamento de Santander toda vez que su progenitora tomó la decisión de trasladarse en forma definitiva y sentar su domicilio en la ciudad de Medellín desde el mes de julio de la presente anualidad, de acuerdo con lo manifestado por la misma accionante”*⁵⁹.

3. Caso 3-Expediente T-7.549.934

3.1 De los hechos y las pretensiones

Amelia, ciudadana venezolana⁶⁰, actuando en representación de su menor hijo, *Salomón* de diez años de edad, instauró acción de tutela contra la Secretaría de Salud Departamental de la Guajira por considerar que dicha entidad vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de su representado por cuanto se ha negado a remitir al mismo a un centro especializado de salud donde se le pueda brindar el tratamiento médico que requiere para tratar sus patologías de *“encefalopatía estática y microcefalia”*. Agrega, que la vulneración de los derechos invocados también se fundamenta en el hecho de que Migración Colombia no ha expedido, en favor de su hijo, el permiso especial de permanencia, impidiéndole con ello el acceso a los servicios de salud que demanda dentro del territorio nacional. La accionante sustenta su solicitud con base en los siguientes antecedentes:

⁵⁷ Ver a folios 40 a 103 del cuaderno de revisión.

⁵⁸ En la referida acción la accionada fue la Secretaría Seccional en Salud de Antioquia.

⁵⁹ Ver a folio 40 del cuaderno de revisión.

⁶⁰ Ver a folio 11 del cuaderno principal cédula de ciudadanía venezolana.

3.1.1. Refiere que en razón de la crisis humanitaria por la que atraviesa actualmente Venezuela, “(...) *donde cada día es mayor la escasez de alimentos y medicamentos*” se vio en la necesidad de llegar a Colombia junto con su hijo Salomón⁶¹ quien padece de *encefalopatía estática*,⁶² *epilepsia*,⁶³ *microcefalia*,⁶⁴ *ventriculoperitoneal por hidrocefalia* sin que tenga contacto visual⁶⁵.

3.1.2 Explica que dada la condición de salud en la que se encuentra su hijo, este permanece en cama, tiene problemas visuales y requiere de un “*coche*” para ser movilizado y de varios medicamentos. Al respecto, añade que la salud del niño se deteriora con el paso del tiempo y la “*válvula de drenaje de la hidrocefalia debe ser revisada*” para evaluar su posible cambio⁶⁶.

3.1.2. Indica que las entidades de salud le han solicitado el PEP para efectos de seguir recibiendo atención médica. Sobre el particular, explica que para la fecha no tiene el mismo comoquiera que cuando se realizó el censo RAMV no se encontraba en el territorio colombiano.

3.1.3. Con fundamento en lo expuesto, la accionante solicitó la protección de los derechos invocados y que, en consecuencia, se le ordene a la Secretaría de Salud Departamental de la Guajira: (i) la remisión del niño a un centro especializado (ii) entregar medicamentos (iii) realizar intervenciones quirúrgicas, terapias y demás procedimientos necesarios para la atención integral de su hijo. Así mismo, solicitó que se ordene a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia entregar el PEP a ella y a su menor hijo a fin de realizar la correspondiente afiliación al SGSSS.

3.2 Contestación de la tutela

3.2.1 Mediante auto del 13 de junio de 2019, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Maicao (La Guajira)⁶⁷ avocó el conocimiento de la presente acción constitucional y corrió traslado a las partes demandadas para que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de la mencionada providencia, se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora *Amelia*. De igual modo, se dispuso vincular al trámite de tutela de la referencia a la Administración de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Ministerio de Salud y Protección Social para que rindieran informe en relación con lo solicitado por la accionante.

⁶¹ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

⁶² Ver a folio 6 del cuaderno principal.

⁶³ Ver a folio 8 del cuaderno principal.

⁶⁴ Ver folio 9 del cuaderno principal.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

⁶⁷ Ver a folio 15 del cuaderno principal.

3.2.2 Encontrándose dentro del término otorgado por el referido Despacho Judicial, las entidades accionadas y vinculadas se pronunciaron en los siguientes términos:

- **Ministerio de Relaciones Exteriores**⁶⁸

La coordinadora del grupo interno de trabajo para la determinación de la condición de refugiado, presentó escrito el 17 de junio de 2019, donde indicó que en la base de datos de dicho grupo no se encontraron registros con el nombre de la accionante y su hijo. Agregó, que no es la entidad competente para adoptar medidas tendientes a garantizar la protección del derecho a la vida y salud de la accionante, por lo que solicitó desvincular a esta entidad del trámite tutelar.

- **Dirección de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores**⁶⁹

La directora de asuntos migratorios, consulares y servicio al ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores presentó escrito el 18 de junio de 2019, en el que explicó que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia es *“un órgano civil de seguridad, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, así como con jurisdicción en todo el territorio nacional, creada mediante Decreto 4062 de 2011 (...) encargada de la expedición de documentos relacionados con cédulas de extranjería, salvoconductos y prórrogas de permanencia y salida del país, así como la expedición del permiso especial de permanencia”*.⁷⁰

Señaló que el Ministerio tiene a cargo la expedición de visas, las cuales son otorgadas cuando media solicitud del interesado, precisando que en el Sistema Integral de Trámites del Ministerio no se encontró solicitud de visa por parte de la accionante a nombre propio ni de su menor hijo. En ese orden, informó que una vez regularizada su permanencia migratoria, la actora podrá solicitar la visa según las categorías de la Resolución 6045 de 2017, si cumple los requisitos allí exigidos y se cancela una tarifa que no es susceptible de exoneración.

Finalmente, consideró que la entidad debe ser desvinculada porque no se cumple el requisito de legitimación pasiva, dado que *“no es prestador directo ni indirecto de ningún tipo de servicio público social ni la entidad competente para expedir el permiso especial de permanencia”*.⁷¹

- **Unidad Administrativa Especial Migración Colombia**⁷²

⁶⁸ Ver a folios 22 a 26 del cuaderno principal.

⁶⁹ Ver a folios 27 a 34 del cuaderno principal.

⁷⁰ Ver a folio 29 del cuaderno principal.

⁷¹ Ver a folio 33 del cuaderno principal.

⁷² Ver a folios 35 -42 del cuaderno principal.

La jefe de la oficina Asesora Jurídica de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia presentó escrito el 19 de junio de 2019, en el que informó que una vez verificado el sistema PLATINUM, la accionante y su hijo no registran ingreso regular al país, trámite de expedición de PEP o trámites de pre-registro para Tarjeta de Movilidad Fronteriza. Con relación al PEP, precisó que a los venezolanos a quienes ha sido otorgado, *“es porque han sido beneficiados, según las resoluciones que ha emitido el Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia, lo que quiere decir que la entidad no puede expedir dicho documento a quien no cumpla los requisitos establecidos en dichos preceptos normativos”*.⁷³

Concluyó que la tutelante y su hijo se encuentran en condición migratoria irregular por lo que deben iniciar los trámites ante el respectivo Centro Facilitador de Servicios Migratorios para que se expida el salvoconducto y se regularice su permanencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2.1.11.4.9 del Decreto 1067 de 2015 donde se prevé que *“al extranjero que pudiendo solicitar visa en el territorio nacional, haya incurrido en permanencia irregular, previa la cancelación de la sanción a la que hubiere lugar. En el presente caso, el término de duración del salvoconducto será de hasta por treinta (30) días calendario”*.⁷⁴

Así las cosas, solicitó desvincular a la entidad del trámite constitucional por falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que carece de competencia para atender las pretensiones de la accionante y no es la entidad encargada de prestar servicios de salud.

- **Ministerio de Salud y Protección Social**⁷⁵

La directora jurídica del Ministerio presentó escrito el 19 de junio de 2019, en el que reseñó las normas expedidas para atender la crisis humanitaria por la migración masiva de colombianos hacia Colombia:

- Ley 1873 de 2017, por medio de la cual se fijó el diseño de la política integral humanitaria.
- Resolución 5797 de 2017 por medio de la cual se creó el Permiso Especial de Permanencia-PEP
- Decreto 542 de 2018, por medio de la cual se encargó a la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres el diseño y administración del Registro Administrativo e Migrantes Venezolanos-RAMV.
- Decreto 1288 de 2018, por medio del cual se modificaron los requisitos y plazos del PEP.
- Resolución 740 de 2018, por medio de la cual se estableció que el

⁷³ Ver a folio 38 del cuaderno principal.

⁷⁴ Ver a folio 39 del cuaderno principal.

⁷⁵ Ver a folios 48 – 55 del cuaderno principal.

acceso al PEP era para quienes estuviesen en el territorio nacional hasta el 2 de febrero de 2018.

Con relación a la prestación de los servicios de salud, referenció las normas que definen la atención de urgencias, incluidas las resoluciones y circulares expedidas por ese Ministerio, y posteriormente concluyó que *“se puede vislumbrar que el SGSSS garantiza la atención médica a los nacionales venezolanos que se encuentran en el territorio nacional de manera regular y frente a aquellos extranjeros cuya estancia, tránsito o permanencia es de manera irregular, se les garantiza la atención de urgencias”*.⁷⁶

3.3 Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia de acta de nacimiento en la que consta que *Salomón* nació el 6 de noviembre de 2009 en el Estado de Zulia-Venezuela.⁷⁷
- Copia de órdenes médicas expedidas por el Hospital Universitario de Maracaibo, en la que consta el diagnóstico y formulas médicas de *Salomón*.⁷⁸
- Copia de fotografía del niño en la que consta su discapacidad física.⁷⁹
- Copia de cédula de identidad de *Amelia*.⁸⁰

3.4 Decisiones judiciales objeto de revisión

3.4.1 Decisión de primera instancia⁸¹

El Juzgado Promiscuo de Familia de Maicao (La Guajira), mediante sentencia del 27 de junio de 2019, resolvió negar la tutela de los derechos invocados. Al respecto, estimó que en el caso *sub examine* no se acreditó la existencia de una urgencia vital y no se allegó prueba siquiera sumaria de que la accionante hubiera requerido a favor de su menor hijo la atención medica de urgencias en Colombia⁸².

Seguidamente, explicó que para que la actora pueda ingresar al SGSSS es necesario que cuente con un documento de identificación válido para los venezolanos que se encuentren en el territorio nacional, como lo es el PEP, el cual les permite acceder a la oferta institucional en materia de salud. Bajo esa línea, exhortó a la accionante para que en máximo 15 días se acudiera al centro facilitador de servicios migratorios más cercano para solicitar el PEP y/o visa, *“sin que ello implique que deba otorgar dichos documentos sin el lleno de los requisitos que para estos trámites ha dispuesto el Gobierno Nacional”*.⁸³

⁷⁶ Ver a folio 55 del cuaderno principal.

⁷⁷ Ver a 5 del cuaderno principal.

⁷⁸ Ver a folios 6 -9 del cuaderno principal.

⁷⁹ Ver a folio 10 del cuaderno principal.

⁸⁰ Ver a folio 11 del cuaderno principal.

⁸¹ Ver a folios 57 -74 del cuaderno principal.

⁸² Ver a folio 73 del cuaderno principal.

⁸³ Ver a folio 74 de cuaderno principal.

Finalmente, el *a quo* concluyó que todas las atenciones médicas que ha recibido el menor han sido en Venezuela y no en Colombia, que no se trata de una urgencia pues según la sentencia T-348 de 2018⁸⁴, la entrega de medicamentos no hacen parte de la atención inicial de urgencias, por lo que la accionante debe contar con un documento de identificación válido para acceder a la oferta institucional en salud. Dicha decisión no fue objeto de impugnación.

3.5 Actuaciones surtidas en sede de revisión

Mediante auto del 13 de noviembre de 2019,⁸⁵ la Magistrada Sustanciadora ordenó que por intermedio de Secretaria General, se solicitara a la accionante y a la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira que informaran si el niño ha recibido atención médica, cuál ha sido el tratamiento ordenado por el médico tratante, y así mismo, que adjuntara copia de la historia clínica. Igualmente, se invitó al Instituto Nacional de Salud para que emitiera concepto sobre si la encefalopatía estática, epilepsia, microcefalia y ventrículo- peritoneal por hidrocefalia, independiente o conjuntamente son enfermedades degenerativas o catastróficas.

Respecto del anterior requerimiento, la Secretaría de esta Corporación le informó al despacho, mediante oficio del 28 de noviembre de 2019⁸⁶, que no se recibió comunicación alguna por las partes.

4. Caso 4-Expediente T-7.564.976

4.1 De los hechos y las pretensiones⁸⁷

Doris, ciudadana venezolana⁸⁸ con permiso especial de permanencia expedido por Migración Colombia⁸⁹, actuando en representación de su hija *Artemisa* de un año de edad, instauró acción de tutela contra la Fundación “*Clínica Club Noel*” de Cali y el Hospital “*La Buena Esperanza*” de Yumbo (Valle) por considerar que dichas entidades vulneraron los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana y a la seguridad social de su representada por cuanto se han negado a brindarle la atención médica que requiere para tratar las patologías de “*retardo en el área del desarrollo psicomotor – encefalopatía fija tipo diplepe espástico*”⁹⁰. La accionante sustenta su solicitud con base en los siguientes antecedentes:

⁸⁴ M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁸⁵ Ver a folios 22 a 27 del cuaderno de revisión.

⁸⁶ Ver a folio 14 del cuaderno de revisión.

⁸⁷ El relato de la acción de tutela fue complementado con las pruebas documentales para precisar los hechos.

⁸⁸ Ver a folio 11 del cuaderno principal cédula de ciudadanía venezolana.

⁸⁹ Ver a folio 9 del cuaderno principal. permiso No. 951015301051998 expedido el 28 de diciembre de 2018.

⁹⁰ Sobre el particular se advierte que la madre adujo en el escrito de tutela que la menor padece de microcefalia – ver a folio 2 del cuaderno principal -, no obstante de los reportes clínicos que reposan

4.1.1 Refiere que, en razón a la “grave situación” por la que atraviesa su país natal, se vio en la necesidad de migrar hacia el territorio colombiano en búsqueda de “un mejor nivel de vida” para su madre y su hija.

4.1.2 Sostiene que es madre soltera y que se encuentra a cargo de su progenitora y de su menor hija quien se encuentra en un “grave estado de salud”⁹¹. Agrega que desde hace tres meses trabaja cuidando a una persona de la tercera edad, labor por la cual devenga un salario mínimo con lo que cubre los gastos de vivienda y manutención.

4.1.4 Aduce que la clínica “Club Noel” de Cali y el hospital “La Buena Esperanza” de Yumbo se han negado a prestarle a su hija la atención que requiere para tratar su enfermedad bajo el argumento de que “a los venezolanos solo los atienden en tres ocasiones”⁹². Requiriendo, en consecuencia, cancelar de forma particular, los servicios médicos adicionales.

4.1.5 Asegura que tanto médicos colombianos como venezolanos establecieron que la niña “tiene problemas delicados en su estado físico, no tiene motricidad, las neuronas del lado izquierdo del cerebro están sin función alguna, lo que le impide moverse”.⁹³

4.1.6 Con fundamento en lo expuesto, la accionante solicita que se le ordene a las accionadas “prestar la atención urgente y los servicios médicos correspondientes y necesarios” para tratar las patologías de su hija.

4.2 Contestación de la tutela

4.2.1 Mediante auto del 25 de junio de 2019, el Juzgado Treinta y Uno Civil Municipal de Cali⁹⁴ avocó el conocimiento de la presente acción constitucional y corrió traslado a las partes demandadas para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la mencionada providencia, se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora Doris. De igual modo, se dispuso vincular al trámite de tutela de la referencia a la Administración de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES-, a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca - SISBÉN para que rindieran informe en relación con lo solicitado por la accionante.

en el expediente se pudo verificar que las patologías de la menor se concretan en “retardo en el área del desarrollo psicomotor – encefalopatía fija tipo diplepe espastico”- ver a folios 17-20 del cuaderno principal.

⁹¹ Ver a folio 2 del cuaderno principal.

⁹² Ver a folio 2 del cuaderno principal.

⁹³ Ver a folio 3 del cuaderno principal-

⁹⁴ Ver a folio 25 del cuaderno principal.

4.2.2 Encontrándose dentro del término otorgado por el referido Despacho Judicial, las entidades accionadas y vinculadas se pronunciaron en los siguientes términos:

- **Fundación Clínica Infantil Club Noel⁹⁵**

El representante legal de la Fundación Clínica Infantil Club Noel presentó escrito el 26 de junio de 2019 mediante el cual informó que es una IPS privada que no tiene contrato con la Secretaría de Salud Departamental para atender extranjeros. Así mismo, señaló que una vez consultados los registros, no encontró que la menor hubiese acudido a consulta en esa clínica y que *“actualmente para atención de urgencias a extranjeros migrantes hay un valor, para el cual no existe un doliente que asuma estos costos”*. Añadió que conforme a la descripción de la enfermedad, *“la niña puede estar padeciendo una enfermedad congénita que probablemente va a requerir hospitalización indefinida, situación que es responsabilidad del Estado”*.

- **Hospital La Buena Esperanza de Yumbo ESE⁹⁶**

Por su parte, el representante legal del hospital La Buena Esperanza de Yumbo ESE, intervino en el presente trámite constitucional mediante escrito del 28 de junio de 2019, en el que señaló que no es su competencia autorizar servicios médicos, sino que dicha función recae en las EPS y en su defecto en los entes territoriales. Agregó que la accionante debe realizar los trámites para afiliarse a una EPS del régimen subsidiado o del régimen contributivo, dado que manifestó ganarse el salario mínimo. Finalmente, solicitó ser desvinculado del asunto.

- **Departamento Administrativo de Planeación Municipal de Santiago de Cali-Oficina SISBÉN⁹⁷**

El subdirector de desarrollo integral y administrador de la base de datos municipal del Sisbén del municipio Santiago de Cali, presentó escrito el 27 de junio de 2019 en el que explicó la finalidad estadística del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales-Sisbén, el cual no implica la inclusión de las personas en programas de política social o en el SGSSS, conforme con la reglamentación del Decreto 441 de 2017. Igualmente, informó que la afiliación al régimen subsidiado de salud de personas sin capacidad de pago, requiere su identificación.

Precisó que los municipios tienen a cargo dirigir y coordinar los procesos de Sisbén. Sobre esa base y atendiendo a que la accionante y su hija viven en Yumbo, correspondería a este municipio realizar la encuesta. No obstante, informó que la tutelante se encuentra registrada en el Sisbén de Yumbo con puntaje igual a 38.13, explicando que, en consecuencia, su niña cumple los

⁹⁵ Ver a folio 53 del cuaderno principal.

⁹⁶ Ver a folio 61 del cuaderno principal.

⁹⁷ Ibíd., folio 34 a 52.

requisitos para ser registrada en esta base de datos, trámite que debe efectuarse en ese mismo municipio con la presentación de cualquiera de los siguientes documentos de identidad:

- Pasaporte.
- Documento de identidad del país de origen (DNI), registro civil venezolano.
- Permiso Especial de Permanencia - PEP o PEP RAMV. En este caso es obligatorio que la persona presente el pasaporte o el documento nacional de identidad venezolano.

Finalmente, destacó que el Sisbén de Santiago de Cali no tiene competencia para intervenir en los trámites solicitados con la acción de tutela, por lo que solicitó desvincular al Departamento Administrativo de Planeación Municipal del municipio Santiago de Cali-Oficina SISBÉN.

- **Departamento Nacional de Planeación⁹⁸**

La abogada del Grupo de Asuntos Judiciales presentó escrito el 4 de julio de 2019, donde señaló que debido a las funciones que tiene a cargo el DNP, no le corresponde la prestación de servicios de salud, realización de encuesta Sisbén o la administración de planes de beneficios. Preciso que es responsabilidad de esta depurar la base de datos que alimentan las entidades territoriales, denominada “base bruta municipal o distrital”.

Explicó que los criterios de ingreso y salida de un programa social no son definidos por el DNP, sino por el Gobierno Nacional que utiliza esta herramienta para focalizar el gasto social. Con relación a los servicios de salud, indicó que *“el encargado de determinar los procedimientos y requisitos para acceder al régimen subsidiado o contributivo de salud es el Ministerio de Salud y Protección Social”*.⁹⁹

Informó que *“Artemisa y su grupo familiar se encuentran reportadas en la base certificada del Sisbén, que es la base nacional consolidada y avalada por el DNP, con corte de mayo de 2019”*.¹⁰⁰ De allí que, solamente le corresponda a la actora acercarse a la secretaría de salud del municipio para adelantar los tramites de afiliación a la EPS.

Conforme lo expuesto, solicitó que se declare la falta de legitimación de la entidad en el presente asunto.

4.3 Pruebas relevantes que obran en el expediente

⁹⁸ Ver a folios 54-57 del cuaderno principal.

⁹⁹ Ver a folio 56 del cuaderno principal.

¹⁰⁰ Ver a folio 57 del cuaderno principal.

- Copia de la Cédula venezolana de la señora *Doris* ¹⁰¹.
- Copia del permiso especial de permanencia de la señora *Doris* cuya fecha de expedición fue el 28 de diciembre de 2018¹⁰².
- Copia de registros médico de la menor *Artemisa* expedidos en Venezuela¹⁰³.
- Copia de dos fórmulas médicas del 15 de noviembre de 2018, expedidas por el Hospital Universitario del Valle, en las que se prescribió una radiografía de cadera compartida, memograma, entre otros exámenes¹⁰⁴.
- Copia electroencefalograma y mapeo cerebral del 20 de marzo de 2019, expedido por la Clínica Del Niño de Mérida, en el cual se estableció que Ehiza sufre un retardo global del desarrollo y “registro EEG de sueño anormal para la edad del paciente por presentar: Actividad paroxística generalizada de persistencia ocasional de moderada incidencia”¹⁰⁵.
- Copia de informe médico de consulta del 28 de febrero de 2019, expedido por el Centro de Especialidades pediátricas el Quijote de Mérida, en el que se diagnosticó: “retardo en el área de desarrollo sicomotor, encefalopatía fija tipo dipole espástico, espanios infantil”¹⁰⁶.
- Copia de informe médico de consulta del 4 de abril de 2019, expedido por el Centro de Especialidades pediátricas el Quijote de Mérida, en el que consta que *Artemisa* padece “retardo en el área del desarrollo psicomotor. Encefalopatía fija tipo dipole espástica. Espanios infantil”,¹⁰⁷ y en el que se prescribió mantener a la paciente en terapias.
- Copia del registro del esquema de vacunación de *Artemisa*¹⁰⁸.
- Copia de historia clínica expedida por el Hospital la Buena Esperanza de Yumbo, en la que consta un control en la escala de crecimiento de la niña¹⁰⁹.
- Copia de la información que reposa en el plataforma ADRES respecto de la señora *Doris* donde se advierte que la misma hace parte del régimen contributivo y se encuentra afiliada a la NUEVA E.P.S.

4.4 Decisiones judiciales objeto de revisión

4.4.1 Decisión de primera instancia¹¹⁰

Mediante sentencia del 9 de julio de 2019, el Juzgado 31 Civil Municipal declaró improcedente la acción de tutela por considerar que las accionadas no han vulnerado ningún derecho constitucional de la señora *Doris* y de su menor hija. Para sustentar su posición, el *a quo* estimó que “la niña requiere

¹⁰¹ Ver a folio 8 del cuaderno principal.

¹⁰² Ver a folio 9 del cuaderno principal.

¹⁰³ Ver a folios 11- 14 del cuaderno principal.

¹⁰⁴ Ver a folio 16 del cuaderno principal.

¹⁰⁵ Ver a folios 12 - 13 del cuaderno principal.

¹⁰⁶ Ver a folio 20 del cuaderno principal.

¹⁰⁷ Ver a folio 19 del cuaderno principal.

¹⁰⁸ Ver a folio 21 del cuaderno principal.

¹⁰⁹ Ver a folio 22 del cuaderno principal.

¹¹⁰ Ver a folios 63 – 84 del cuaderno principal.

*tratamiento permanente y con especialistas, no es un caso de urgencias (...) se hace necesario que se encuentre afiliada a una entidad prestadora de salud, para que esta a través de sus galenos especialistas le presten los tratamientos médicos que la menor requiera e igualmente la autorización de estos”.*¹¹¹ En ese orden, consideró que, atendiendo a que la niña y su familia se encuentran en la base de datos certificada, tal como lo informó el DNP y clasifican en el Sisbén III, deben gestionar su afiliación en la Secretaría de Salud Municipal de Yumbo para con ello, ingresar a una EPS del régimen subsidiado y así, acceder a los servicios médicos que se demandan para la menor. Esta decisión no fue objeto de impugnación.

4.5 Actuaciones surtidas en sede de revisión

Mediante auto del 13 de noviembre de 2019,¹¹² la Magistrada Sustanciadora ordenó que, por intermedio de Secretaria General, se solicitara a la accionante y a la Secretaría de Salud del Valle del Cauca, informar si: (i) la peticionaria y su hija se encuentran afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud, (ii) fueron realizados los exámenes ordenados por el médico tratante, según fórmula médica del Hospital Universitario del Valle, (iii) si se prestaron otros servicios médicos y adjuntar historia clínica. Del mismo modo, se invitó al Instituto Nacional de Salud a que emitiera un concepto orientado a establecer si la *“encefalopatía fija tipo diplole espástica”* es una enfermedad degenerativa o catastrófica o si retrasar su tratamiento puede ocasionar la muerte del paciente.

En cumplimiento de lo anterior, el coordinador del Grupo de Contratación y Apoyo Jurídico de la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, remitió oficio a esta Corporación el 20 de noviembre de 2019,¹¹³ en el que recordó la competencia de esta entidad para asegurar el acceso a los servicios de salud de la población pobre y vulnerable no asegurada del Valle del Cauca, de acuerdo con el artículo 43 de la Ley 715 de 2001. Además, informó que Kelly José Montoya Contreras *“se encuentra ACTIVA en la EMPRESA ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) NUEVA EPS S.A. dentro del REGIMEN CONTRIBUTIVO”*.¹¹⁴ Para efectos de sustentar dicha afirmación, adjuntó copia de la información que reposa en la plataforma ADRES en relación con la peticionaria¹¹⁵.

En ese orden de ideas, se refirió al artículo 21 del Decreto 2353 de 2015, que enlista los familiares que pueden ser afiliados en calidad de beneficiarios del cotizante dependiente e independiente y concluyó que *“es de responsabilidad exclusiva de la Empresa Administradora de Planes de Beneficios (EAPB)*

¹¹¹ Ver a folio 83 del cuaderno principal.

¹¹² Ver a folios 14 – 19 del cuaderno de revisión.

¹¹³ Ver a folios 29 y 30 del cuaderno de revisión.

¹¹⁴ Ver a folio 29 del cuaderno de revisión.

¹¹⁵ Ver a folio 30 del cuaderno de revisión.

NUEVA EPS S.A. DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO, hacer la respectiva afiliación de la menor”.¹¹⁶

5. Caso 5-Expediente T-7.646.424

5.1 De los hechos y las pretensiones

Sandra, ciudadana venezolana, actuando en representación de su menor hijo Santiago de dos años de edad, promovió acción de tutela contra la Secretaría de Salud Departamental de la Guajira y Migración Colombia por considerar que dichas entidades vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas de su representado por cuanto se han negado a garantizarle la atención medica integral que este requiere para tratar una patología relacionada con *“ulceras oculares”*¹¹⁷. La accionante sustenta su solicitud con base en los siguientes antecedentes:

5.1.1 Refiere la actora que en razón de *“la escasez de alimentos y medicamentos”*¹¹⁸ en su país natal se vio en la necesidad de migrar a Colombia.

5.1.2 Señala que su menor hijo padece de *“ulcera corneal bilateral”*,¹¹⁹ enfermedad que se manifiesta *“con diferentes grados en cada globo ocular*. Al respecto, explica que dicha afección de salud se desarrolló como producto de un cuadro de desnutrición que el menor tuvo hace siete (7) meses, el cual le causó graves deficiencias en la vista que ahora *“le impiden llevar una vida normal”*¹²⁰.

5.1.3 Aduce que, para efectos de que su hijo reciba la atención medica que necesita, las *“entidades de salud”* en Colombia¹²¹ le exigen el PEP sin que a la fecha cuente con el mismo debido a que para el momento en que se realizó el censo con el fin de alimentar el RAMV no se encontraban en el territorio nacional.

5.1.4 Con fundamento en lo expuesto, la accionante solicita la protección de los derechos invocados y que, en consecuencia, se le ordene a la Secretaria de Salud Departamental autorizar la atención integral que requiere el menor para tratar sus afecciones de salud. Adicionalmente, solicita que se le ordene a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que otorgue el PEP para efectos de que el menor y ella puedan acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud.

5.2 Contestación de la tutela

¹¹⁶ *Ibídem*.

¹¹⁷ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

¹¹⁸ *Ibídem*.

¹¹⁹ Ver a folio 7 del cuaderno principal.

¹²⁰ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

¹²¹ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

5.2.1 Mediante auto del 14 de junio de 2019, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao (La Guajira)¹²² avocó el conocimiento de la presente acción constitucional y corrió traslado a las partes demandadas para que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de la mencionada providencia, se pronunciara respecto de los hechos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora *Sandra*. De igual modo, se dispuso vincular al trámite de tutela de la referencia a la Procuraduría para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia del municipio de Maicao, a la Personería Municipal de Maicao, a la Alcaldía Municipal de Maicao, a la Secretaría de Salud de Maicao – Oficina del SISBÉN del mismo municipio, a la Unidad Nacional para la Gestión de Riesgo y Desastres, al Ministerio de Relaciones Exteriores, a la Defensoría del Pueblo y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Seccional Maicao.

5.2.2 A través la misma providencia, el juez ordenó como medida provisional brindar la atención inmediata e integral de salud al menor.

5.2.3 Encontrándose dentro del término otorgado por el referido Despacho Judicial, las entidades accionadas y vinculadas se pronunciaron en los siguientes términos:

- **Administración Temporal Salud Departamental de la Guajira**¹²³

La Administradora Temporal para el sector salud en la Guajira¹²⁴ presentó escrito el 18 de junio de 2019 en el que expuso su inconformidad con los fallos de tutela que han ordenado atención médica con cargo al presupuesto de las Secretarías de Salud, pues consideró que en su lugar debería asegurarse los derechos del accionante a ingresar al Sistema General de Seguridad Social en Salud “*a través del Permiso Especial de Permanencia*”¹²⁵.

Al respecto, explicó que el ***Permiso Especial de Permanencia*** se constituye como documento válido para que los ciudadanos venezolanos se puedan incorporar al sistema de salud colombiano”,¹²⁶ a través de un trámite que es obligatorio. En este sentido, recordó las tres formas disponibles para que esta población acceda al sistema de salud: Primero, como cotizante del Régimen Contributivo; segundo, como trabajador independiente; y tercero, como personas sin capacidad de pago para cotizar, quienes podrán solicitar la encuesta SISBÉN, ruta que es posible seguir una vez las personas obtengan el PEP.

¹²² Ver a folio 13 del cuaderno principal.

¹²³ Ver a folios 46 – 52 del cuaderno principal.

¹²⁴ Informó que es la encargada de la prestación de servicios en el departamento de La Guajira, de acuerdo con la medida cautelar correctiva adoptada por el Gobierno Nacional “*en aplicación del Decreto 028 de 2008 y en desarrollo del Decreto 1068 de 2015, mediante Resolución 461 del 21 de febrero de 2017*”.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Ver a folio 47 del cuaderno principal.

Recordó que en el Decreto 1288 de 2018 se adoptaron medidas para garantizar el acceso a la oferta institucional por los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes y el Decreto 866 de 2017, sobre las condiciones para la utilización de los recursos públicos para el pago de las atenciones iniciales de urgencias prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de países fronterizos, con base a lo cual concluyó que *“se entiende que los servicios que no se encuentren dentro de la RED Publica HOSPITALARIA en el Departamento de la Guajira, el accionante se encuentra en discrecionalidad de encontrar el servicio requerido en la red pública hospitalaria de los demás departamentos y distritos del país que atiendan a la población fronteriza”*¹²⁷.

Al respecto, agregó que *“(…) a la población migrante que ingresó al país de manera irregular, no se le puede establecer que su jurisdicción es únicamente el departamento de la Guajira por el solo hecho de haber ingresado por su frontera, toda vez que tal situación está generando un desequilibrio financiero respecto de los recursos de la salud”*.¹²⁸ En consecuencia, solicitó desvincular a la Administradora Temporal para el sector salud en la Guajira de este trámite constitucional. Finalmente, adjuntó copia de la autorización del servicio de pediatría por consulta externa, a favor del niño Elieiker Rafael Sánchez Palmar¹²⁹.

- **Unidad Administrativa Especial Migración Colombia**¹³⁰

La jefe de la Oficina Asesora Jurídica intervino en el presente asunto mediante escrito del 19 de junio de 2019 a través del cual empezó por precisar las funciones y competencias de dicha entidad en materia migratoria. Explicó que, en atención a un informe solicitado a la Regional Antioquia respecto de la condición migratoria de la accionante y su hijo, se pudo establecer que no había registro de su ingreso regular al país o de trámites dirigidos a regularizar su permanencia en Colombia.

En cuanto a la expedición del PEP, afirmó que solo puede ser entregado a las personas que cumplan los requisitos exigidos en las resoluciones emitidas por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Migración Colombia. Así mismo, recordó que debido a la entrada masiva de venezolanos por *“rutas de acceso irregular”*¹³¹, el Gobierno Nacional con el Decreto 542 de 2018 creó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos-RAMV en el cual debían inscribirse dentro de los plazos allí previstos. Posteriormente, se expidió el Decreto 1288 de 2018, para asegurar el acceso a la oferta institucional del Estado Colombiano para quienes estuviesen en el RAMV.

¹²⁷ Ver a folio 48 del cuaderno principal.

¹²⁸ Ver a folio 56 del cuaderno principal.

¹²⁹ Ver a folio 52 del cuaderno principal.

¹³⁰ Ver folio 57 – 66 del cuaderno principal.

¹³¹ Ver a folio 61 del cuaderno principal.

En ese orden de ideas, se refirió a las cargas legales que deben cumplir los extranjeros en Colombia haciendo particular mención a la sentencia SU-677 de 2017 y citó el concepto del Ministerio de Protección Social del 14 de diciembre de 2011 donde se señaló que:

No hay una forma de cobertura especial para los extranjeros ilegales o transeúntes dentro del Sistema de Seguridad Social, razón por la cual en criterio reiterado por la Oficina Jurídica del Ministerio de Protección Social, la atención en salud que sea requerida por estas personas y prestadas por las instituciones de salud deberá ser sufragada directamente por los mismos con recursos propios. Sin embargo, considera esta dirección que tratándose de la atención inicial de urgencias, que (...) 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 demandada con cargo a los recursos de la oferta de la respectiva entidad territorial donde tenga lugar la atención.¹³²

Así las cosas, afirmó que la accionante debe acudir a un Centro Facilitador de Migración Colombia con el fin de adelantar los trámites migratorios respectivos para regularizar su situación y la de su menor en Colombia. Finalmente, solicitó desvincular a dicha entidad de la presente acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

- **Secretaría de Salud Municipal de La Guajira¹³³**

El Secretario de Salud municipal presentó escrito el 18 de junio de 2019 mediante el cual sostuvo que la Administración Temporal para el Sector Salud de la Guajira es la competente para dar cumplimiento a las órdenes judiciales que se deriven de la acción constitucional de la referencia. Señaló que como municipio de 4º categoría tiene unos limitantes en relación con el uso de recursos de libre inversión en el sector salud. De allí que, no tengan incidencia alguna para cargar a la Red Pública o ADRES gastos derivados de la población pobre no asegurada ¹³⁴.

Puntualizó que los ciudadanos en situación migratoria irregular deben ejecutar acciones tendientes a regularizarse ante la autoridad competente, esto es, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, para que posteriormente sea posible realizar la afiliación al SGSS y con ello, acceder a todos los servicios propios del servicio de salud en el territorio nacional.

¹³² Ver a folio 64 del cuaderno principal.

¹³³ Ver a folio 67 a 68 del cuaderno principal.

¹³⁴ Ver a folio. 67 del cuaderno principal.

- **Grupo Interno de Trabajo Determinación de la Condición de Refugiado del Ministerio de Relaciones Exteriores**¹³⁵

La coordinadora del grupo interno de trabajo Determinación de la Condición de Refugiado allegó escrito el 18 de junio de 2019 mediante el cual explicó que los hechos en los cuales se fundamenta el trámite constitucional de la referencia en nada se relacionan con las funciones o competencias de la dicha dependencia. En ese sentido, solicitó ser desvinculado de la presente causa por falta de legitimación en la causa por pasiva, precisando que por parte de dicho Ministerio no obra hecho u omisión alguna que permita inferir una acción generadora de amenaza de los derechos fundamentales invocados por la actora en representación de su hijo.

- **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**¹³⁶

La Defensora de Familia de la Regional Guajira presentó escrito en el que relató que *“Santiago pertenece al gran número de menores de edad venezolanos que han ingresado a nuestro país de manera informal, por el fenómeno migratorio que es de público conocimiento y que no cuentan con atención en salud integral, tal como lo ordena nuestro modelo de salud para los ciudadanos colombianos”*.¹³⁷

Bajo esa línea, coadyuvó la presente causa al estimar que Colombia siendo un Estado Social de Derecho debe garantizarle a todos los niños, niñas y adolescentes nacionales y extranjeros que se encuentren en nuestro territorio la prevalencia de sus derechos fundamentales, concretamente, aquellos relacionados con la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana.

Para fundamentar su posición citó la sentencia T-210 de 2018¹³⁸ y allegó copia de un concepto del Ministerio de Salud¹³⁹ en el donde se aclaró que la Alcaldía de Bogotá tiene la obligación de *“afiliar a los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en especial condición de protección tal como ocurre en el presente caso”*¹⁴⁰. Finalmente precisó que no es necesaria la apertura de un proceso de restablecimiento de derechos, porque se trata de una situación de “inobservancia por el Sistema de Seguridad Social”.

- **Oficina Sisbén Municipal de Maicao**¹⁴¹

La administradora de la base de datos del SISBÉN presentó escrito el 17 de junio de 2019 en el que informó que, en razón de sus funciones, dicha

¹³⁵ Ver a folios 71- 5 del cuaderno principal.

¹³⁶ Ver a folios 89 -91 del cuaderno principal.

¹³⁷ Ver a folio 89 del cuaderno principal.

¹³⁸ M.P (Gloria Stella Ortiz Delgado).

¹³⁹ Ver a folio 83 a 88 del cuaderno principal.

¹⁴⁰ Ver a folio 90 del cuaderno principal.

¹⁴¹ Ver a folios 54 - 55 y 93 – 102 del cuaderno principal.

dependencia no tiene conocimiento del estado de salud del niño. En todo caso, añadió que una vez Migración Colombia otorgue el PEP a la accionante y a su hijo, estos podrán acudir junto con copia de un recibo de luz y de la cédula de su país, para proceder a hacer su vinculación a la base de datos.

- **Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres**¹⁴²

La jefe de la Oficina Asesora Jurídica presentó escrito el 3 de julio de 2019 mediante el cual se opuso a las pretensiones del amparo por considerar que las mismas no se encuentran asociadas a las funciones de la entidad. Al respecto, reseñó que la Ley 4147 de 2007 “*determina con absoluta claridad el ámbito de competencia de la Unidad Nacional para la gestión del Riesgo de Desastres, cuyo objetivo consiste en dirigir la implementación de la gestión del riesgo de desastres, atendiendo las políticas de desarrollo sostenible, así como coordinar el funcionamiento y el desarrollo continuo del Sistema Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres-SNGR*”.¹⁴³

Así, explicó que, en el marco de sus funciones, no tiene a su cargo la expedición del PEP o la prestación del servicio público de salud. Con relación al RAMV. En ese sentido, explicó que su competencia se limita a la administración de dicho registro, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 542 de 2018.

Respecto a los servicios de salud, citó la circular 000025 de 2017, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Salud para el “*Fortalecimiento de las acciones en salud pública para responder a la situación de migración de población proveniente de Venezuela*”,¹⁴⁴ en la que se estableció la obligación de afiliar a la población migrante, “*en tanto dicha población cumpla con lo establecido en los Decretos 2353 de 2015 y 1495 de 2016 y que presente documento válido de identidad*”¹⁴⁵. Así las cosas, solicitó ser desvinculada del trámite procesa de la referencia

- **Ministerio Público**¹⁴⁶

La Procuradora 24 Judicial para la Defensa de los Derechos de la Infancia y la Familia afirmó que para resolver el problema jurídico que plantea el caso, debe acudirse al principio del interés superior del niño contemplado en el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006, el artículo 44 superior y el artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño de la ONU. Al respecto, citó la sentencia C-113 de 2017,¹⁴⁷ en la que se abordó el alcance del referido principio.

¹⁴² Ver a 117 a 121 del cuaderno principal.

¹⁴³ Ver a folio 118 del cuaderno principal.

¹⁴⁴ Ver a folios 119 y 120 del cuaderno principal.

¹⁴⁵ Ver a folio 120 del cuaderno principal.

¹⁴⁶ Ver a folios 122 y 123 del cuaderno principal.

¹⁴⁷ MP. María Victoria Calle.

En ese orden, consideró que para el caso *sub examine* se debe dar aplicación a la norma más favorable al interés del menor de edad. Ello, por cuanto nos encontramos ante un niño que presenta delicado estado de salud donde se hace imperioso, de conformidad con los artículos 4 y 6 de la Ley 1098 de 2006 y los artículos 44 y 83 superiores, tutelar, al margen de su estado migratorio los derechos fundamentales invocados a su favor por parte de su progenitora.

Finalmente, en relación a la solicitud de entrega del PEP, recomendó tener en cuenta el informe de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

5.3 Decisiones judiciales objeto de revisión

5.3.1 Decisión de primera instancia¹⁴⁸

El Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao, mediante sentencia del 28 de junio de 2019, tuteló los derechos del niño *Santiago*. Al respecto, consideró que *la jurisprudencia constitucional en la materia ha sido muy clara en establecer que “(...) las diferenciaciones basadas en el origen nacional, en principio, son constitucionalmente problemáticas pues se basan en un criterio sospechoso de discriminación”*.¹⁴⁹ Sobre el particular, se refirió a la sentencia C-834 de 2007,¹⁵⁰ en la que se señaló que *“la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar”*.¹⁵¹

Específicamente, en cuanto al derecho a la salud de menores extranjeros, afirmó que diferentes instrumentos del derechos internacional se han referido al *principio de no discriminación en el ámbito de la salud de los migrantes regularizados o en situación de irregularidad*¹⁵². Así, indicó que en la Observación general No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 2000 se desarrolló el contenido del derecho a la salud y allí se explicó que los Estados *“deben abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud”*.¹⁵³

En este contexto, sostuvo que en el caso concreto se encuentran acreditadas las condiciones para dar paso a una atención oportuna por el cuadro de úlcera corneal bilateral y desnutrición severa que sufre el niño. Lo anterior, en tanto consideró que la accionante y su hijo *“requieren un tratamiento especial y diferenciado pese a su estadia irregular, de forma que le permita conservar la dignificación de su vida y la atención de su patología principal y asociadas (...)”*

¹⁴⁸ Ver a folios 126 -132 del cuaderno principal.

¹⁴⁹ Ver a folio 130 del cuaderno principal.

¹⁵⁰ MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁵¹ Ver a folio 131 del cuaderno principal.

¹⁵² Artículo 2º de Declaración Universal de Derechos Humanos, y artículo 2.2. de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁵³ Ver a folio 131 del cuaderno principal.

atendiendo el riesgo que reviste la salud física y quizás emocional del menor”.
154

En consecuencia, el *a quo* le ordenó: (i) a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia *“adelante de manera preferente el trámite de regularización de estatus migratorio en territorio colombiano de Sandra y su mejor hijo Elieiker Sánchez Palmar. Para el efecto deberá comunicar efectivamente a la parte interesada las gestiones y requisitos inherentes para esa finalidad”*¹⁵⁵ y (ii) a la Alcaldía Municipal de Maicao adelantar el trámite de aplicación de la encuesta Sisbén a la accionante.

Mediante la misma providencia, (iii) le advirtió a la accionante que debía facilitar la documentación requerida por las entidades para regularizar su situación migratoria y afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, acudiendo al centro facilitador de Migración Colombia y (iv) a la Administración Temporal para el Sector Salud Departamental le ordenó que, *“una vez la accionante haya surtido los trámites de regularización de permanencia y censo”* realice las diligencias necesarias para afiliar al niño en el régimen subsidiado en salud, *“sin perjuicio de velar por la efectiva, integral y continua prestación del servicio a su favor, toda vez que prevalece el Derecho Humano a la vida y primordialmente de un infante”*.

De igual modo, le advirtió a la Secretaria de Salud Departamental (Administradora Temporal de Salud en La Guajira) que una vez se cumpliera lo ordenado anteriormente, no impusiera barreras administrativas para que la accionante accediera a los servicios de salud, *“los cuales deberán ser prestados inmediatamente, atendiendo las prescripciones médicas de calidad, cantidad y periodicidad”*.¹⁵⁶ Finalmente, le ordenó al ICBF realizar el seguimiento del caso. Finalmente, previno a las autoridades para que presentaran un informe semanal ante el juez de tutela.

5.3.2 Impugnación

- **Administradora Temporal para el Sector Salud en el Departamento de La Guajira**

Encontrándose dentro del término previsto para el efecto, la Administradora Temporal para el Sector Salud en el Departamento de La Guajira impugnó el fallo de tutela de primera instancia mediante escrito radicado el 5 de julio de 2019. Allí explicó que las órdenes emitidas *“desconocen los derechos del accionante de ingresar al Sistema de Seguridad Social”*.¹⁵⁷ Al respecto, indicó que la Resolución 3015 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social ordenó a las entidades responsables del manejo de las bases

¹⁵⁴ *Ibídem*

¹⁵⁵ Ver a folio 132 del cuaderno principal.

¹⁵⁶ *Ibídem*.

¹⁵⁷ Ver a folio 160 del cuaderno principal.

de datos del Sistema de Protección Social, incluir el PEP en esos sistemas de información. Así mismo, recordó las tres formas disponibles para que los ciudadanos venezolanos se afilien al sistema de salud, tal como lo señaló en el escrito de contestación. De allí que insistiera que *“la orden judicial debe ser la expedición del PEP a la entidad responsable de la regularización en el territorio colombiano, de lo contrario se encuentra desprotegiendo en su totalidad los derechos del migrante”*.¹⁵⁸

Del mismo modo, reiteró que la accionante tiene la posibilidad de acudir a otro departamento para encontrar la prestación de los servicios de salud que no se encuentran dentro de la red pública hospitalaria del departamento de La Guajira, dado que dispone de *“16 Empresas Sociales del Estado ESE’S en todo el Departamento, de los cuales 13 prestan el servicio de primer nivel de complejidad y 3 prestan servicios de segundo nivel de complejidad”*.¹⁵⁹

Agregó que *“la población extranjera no pertenece a la población pobre no asegurada del Estado Colombiano PPNA, por lo tanto no es admisible la utilización de estos recursos para los extranjeros, teniendo en cuenta que estos son de destinación específica; de lo anterior se colige que el recurso para la PPNA de los Colombianos es pro tempore, teniendo en cuenta que el objetivo del Estado Colombiano es la afiliación al SGSSS”*.¹⁶⁰

Con fundamento en lo expuesto, solicitó revocar la decisión del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao; desvincular a esa entidad del trámite constitucional; conminar a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia para que adelante los trámites de entrega del PEP a la accionante, para no vulnerar su derecho de pertenecer al sistema de seguridad social; y finalmente, exhortar a la accionante para que de manera inmediata se acerque con el PEP a la Secretaria de Salud del municipio donde se encuentra el servicio de salud que requiere.

- **Oficina Sisbén Municipal de Maicao**¹⁶¹

El Jefe de la Oficina de Sisbén Municipal de Maicao presentó escrito de impugnación el 9 de junio de 2019, en el que cuestionó la orden relacionada con la aplicación de la encuesta Sisbén a la accionante. Sostuvo que si bien cuenta con la capacidad instalada para acudir al domicilio de la actora, *“no es posible realizar la encuesta sin que las personas tengan un documento de identificación, además el sistema que se utiliza para la inclusión a SISBÉN, no permite ingresar a la persona si no cuenta con los documentos completos, es decir, es obligatorio el documento de identidad”*.¹⁶²

¹⁵⁸ *Ibídem*.

¹⁵⁹ Ver a folio 162 del cuaderno número 2.

¹⁶⁰ Ver a folio 161 del cuaderno principal.

¹⁶¹ Ver a folios 166 – 168 del cuaderno principal.

¹⁶² Ver a folio 166 del cuaderno principal.

Añadió que esa oficina debe seguir los lineamientos del Departamento Nacional de Planeación fijados en la Guía de Inclusión de Extranjeros. Finalmente, solicitó revocar el fallo impugnado y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

5.3.3 Decisión de Segunda Instancia¹⁶³

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral, mediante sentencia del 15 de agosto de 2019, revocó el fallo de primera instancia en el sentido de negar el amparo invocado. Para fundamentar su decisión empezó por exponer que conforme al concepto de “urgencia” desarrollado por la Corte Constitucional, *“la Sociedad Médica Clínica de Maicao, garantizó el cumplimiento de la obligación de prestar los servicios básicos de salud al niño, lo que implicaba la atención en urgencias a fin de superarla y excluía la entrega de medicamentos, así como la continuidad en los tratamientos”*.¹⁶⁴

En el mismo sentido, argumentó que de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ¹⁶⁵ *“el concepto de urgencias puede llegar a incluir, en casos extraordinarios, procedimientos o intervenciones médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente”*,¹⁶⁶ estimando que el caso bajo estudio no corresponde a una urgencia, pues la copia de la historia clínica allegada es de diciembre 27 de 2018 y *“han pasado más de 7 meses desde su expedición”*.¹⁶⁷

Seguidamente, señaló que no se transgredió el deber de afiliar a la actora al Sistema de Seguridad Social en Salud, *“como quiera que esta no cuenta con un documento de identidad válido”*,¹⁶⁸ y recordó que esta última no ha realizado el trámite para obtener el PEP y no solicitó previamente, ante la Secretaría de Salud municipal y Departamental el estudio de su situación.

Por otro lado, precisó que pese a la existencia del principio del interés superior del niño, *“es menester por lo menos discernir sobre el rol de las decisiones judiciales, sus efectos y alcances”*,¹⁶⁹ en consideración a que la Corte Constitucional ha definido que el cumplimiento de los fallos judiciales son esenciales para la vigencia del Estado Social de Derecho,¹⁷⁰ por lo que es procedente ver el alcance de la orden emitida en primera instancia. Al respecto, indicó que existen 5 formas de regularización de la situación migratoria y que, en consecuencia, *“no es dable”* ordenar a la autoridad migratoria la regularización, puesto que la autoridad administrativa debe, de un lado velar

¹⁶³ Ver a folios 13 – 19 del cuaderno número 2.

¹⁶⁴ Ver a folio 17 del cuaderno número 2.

¹⁶⁵ Citó la sentencia T-074 de 2019.

¹⁶⁶ Cuaderno de segunda instancia, folio 17.

¹⁶⁷ *Ibídem*.

¹⁶⁸ *Ibídem*.

¹⁶⁹ *Ibídem*.

¹⁷⁰ Citó las sentencias T-554 de 1992, T-487 de 1996, entre otras.

porque el extranjero cumpla con los requisitos para regularizarlo, y de otro, establecer los plazos y oportunidades para el efecto¹⁷¹.

En plena correspondencia con lo anterior, afirmó que no resulta “*prudente*” ordenar la regularización del migrante máxime cuando en municipios fronterizos como Albania, Maicao, Uribía y Manaure no puede hablarse de población migrante sino de población flotante que “*(...)en menos de 8 horas y por pasos fronterizos irregulares, población venezolana pasa diariamente a solicitar servicios públicos en Colombia, siendo el de mayor demanda la salud, sin que ello implique la permanencia en nuestro territorio, pues una vez lograda la atención requerida retornan al país vecino*”.¹⁷²

Añadió que si bien los ciudadanos venezolanos atraviesan por una grave situación humanitaria, “*debe tenerse cautela*”, pues las entidades no cuentan con recursos de libre inversión en salud y tampoco pueden incidir en el gasto de la red pública.

Seguidamente, refirió que la atención de urgencias es ineludible, aunque no está claro el rubro al que debe ser cargado, pero precisó que “*una cosa es atender por urgencias a un nacional que debe conforme al principio de universalidad de la cobertura ser cobijado por el SGSSS, donde de una forma u otra existe el recurso legal para afrontar sus costos y otra muy diferente al extranjero. Es por ello, que concomitante al mandato de la atención por urgencias, que se haga en las sentencias de tutela, se debería valorar también la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público*”.¹⁷³ Finalmente, concluyó que “*ordenar la regulación migratoria de forma genérica, desconociendo los parámetros legales, no es una orden ejecutable*”.¹⁷⁴

5.4 Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Copia del acta de nacimiento de *Santiago* de la Comisión de Registro Civil y Electoral de Venezuela.¹⁷⁵
- Copia de historia clínica pediátrica - urgencias de *Santiago*, con fecha 20 de noviembre de 2018, expedida por la Sociedad Médica Clínica Maicao, en la que consta el diagnóstico que el niño presentó en ese entonces “*Enfermedad diarreica aguda, deshidratación severa, desnutrición aguda, anemia a descartar*”.¹⁷⁶
- Copia de historia clínica de diciembre 27 de 2019, expedida por la Sociedad Médica Clínica Maicao, en la que consta la evolución médica

¹⁷¹ Cuaderno de segunda instancia, folio 18.

¹⁷² *Ibídem*.

¹⁷³ *Ibíd.*, folio 18 y 19.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, folio 19.

¹⁷⁵ Cuaderno de primera instancia, folio 5.

¹⁷⁶ *Ibíd.*, folio 6.

del niño después de **37 días** de hospitalización, allí se reporta lo siguiente:¹⁷⁷

- Desnutrición severa tipo “*kwashiotkor*”.
- Enfermedad diarreica aguda de moderado gasto resuelta
- Gastroenteritis de presunto origen infeccioso resuelta
- Neumonía bilateral resuelta
- Deshidratación severa resuelta
- Desequilibrio hidroelectrolítico tipo:
- Hipokalemia severa/hipocalcemia resuelto
- Síndrome anémico severo por gasometría (7.8mg/dl) corregido
- Falla renal aguda prerenal resuelta
- Conjuntivitis en tratamiento resuelta
- Úlcera corneal bilateral
- Sepsis de foco gastrointestinal resuelta
- Sepsis de foco pulmonar resuelta
- Maltrato infantil por negligencia parental

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1.1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

2. Examen de procedibilidad de las acciones de tutela

Previo al estudio de fondo de los casos objeto de revisión, la Sala deberá verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de las acciones de tutela, de conformidad con lo dispuesto el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991.

2.1 De la legitimación en la causa y la inmediatez

2.1.1 Sobre la legitimación de las partes

Legitimación en la causa por activa

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Carta Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991¹⁷⁸, cualquier persona, sin importar su nacionalidad,

¹⁷⁷ Ibíd., folio 7 y 8.

¹⁷⁸ Artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 “*la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...) También se pueden agenciar derechos ajenos*

es titular de la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión de una autoridad pública, o excepcionalmente, por un particular.

Ahora bien, tomando en consideración que en los casos objeto de revisión quienes invocan la protección de derechos fundamentales son madres extranjeras en representación de sus hijos, conviene precisar que el comentado artículo 86 superior no prevé diferenciación alguna entre un nacional y un extranjero en lo concerniente a la titularidad para ejercer la acción de tutela. En ese orden, la Corte ha advertido que: “(...) *la acción de tutela no está sujeta al vínculo político que exista con el Estado Colombiano, sino que su ejercicio se deriva del hecho de ser persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad, o ciudadanía*”¹⁷⁹, precisando que “*cualquier individuo vulnerado o amenazado en sus derechos se encuentra legitimado para presentar acción de tutela, en la medida que todas las personas, tanto nacionales como extranjeras, son titulares de derechos fundamentales*”.

Dicho lo anterior, cabe recordar que mediante Sentencia SU -377 de 2014 este Tribunal se ocupó de establecer algunas reglas en relación con la legitimación por activa, para lo cual precisó, en términos generales, que: (i) la tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales, que toda persona puede instaurar “*por sí misma o por quien actúe a su nombre*”; (ii) no es necesario, que el titular de los derechos interponga directamente el amparo, pues un tercero puede hacerlo a su nombre; y (iii) ese tercero debe, sin embargo, tener una de las siguientes calidades: a) representante del titular de los derechos, b) agente oficioso, o c) Defensor del Pueblo o Personero Municipal.¹⁸⁰

En complemento de lo anterior, la Corte, en reiterada jurisprudencia, se ha referido a las hipótesis bajo las cuales se puede instaurar la acción de tutela, a saber:

*“(a) ejercicio directo, cuando quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (b) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (c) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; y finalmente, (d) por medio de agente oficioso*¹⁸¹”.

Ahora bien, en los casos donde el amparo se interpone en nombre de un menor, la Corte Constitucional ha considerado que cualquier persona está

cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.” (Negrilla fuera del texto original).

¹⁷⁹ Sentencias T-269 de 2008, T-1088 de 2012, T-314 de 2016 y SU-677 de 2017.

¹⁸⁰ Sentencias T – 557 de 2016, T-083 de 2016, T-291 de 2016

¹⁸¹ Sentencias T-308 de 2011, T- 482 de 2013, T-841 de 2011.

legitimada “*para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño*”¹⁸².

En consideración de lo expuesto, la Sala encuentra que en los asuntos que en esta oportunidad se revisan, las accionantes actúan en defensa de los derechos fundamentales de sus menores hijos e hijas, por tanto, están facultadas para invocar la protección de los mismos -en su condición de representantes legales- los cuales fueron presuntamente vulnerados, en forma general, con ocasión a la negativa de las accionadas en garantizar el tratamiento integral que estos requieren para tratar las diferentes afecciones de salud que padecen. Lo anterior, se justifica a través de los documentos que obran en los expedientes los cuales dan cuenta del vínculo de consanguinidad que existe entre los niños y niñas con sus progenitoras tal y como se expone a continuación:

Expediente	Documento
T-7.565.490	Copia de acta de nacimiento de Alí expedida en el municipio de Sucre-Estado Miranda – Venezuela ¹⁸³
T-7.549.934	Copia de acta de nacimiento de Darwin Junior Machado Montiel, expedida en el municipio de Páez-Estado de Zulia. Venezuela ¹⁸⁴
T-7.564.976	Copia de acta de Registro de Nacimiento de Artemisa, expedida en el municipio Alberto Adriana. Venezuela ¹⁸⁵
T-7.646.424	Copia de acta de nacimiento de Elieiker Rafael Sánchez Palmar, expedida en el municipio de Lagunillas-Estado de Zulia.Venezuela. ¹⁸⁶

2.1.1. Finalmente, en cuanto al expediente T-7.525.716, la Sala estima necesario poner de presente que si bien no obra documento que demuestre la relación de parentesco entre la accionante y la menor, lo cierto es que en esta oportunidad la actora actuó en calidad de agente oficiosa. Así, tratándose de una solicitud de amparo interpuesta a favor de los derechos de una menor de edad, se entenderá acreditado el requisito de la legitimación en la causa por activa. Ello, aunado al hecho de que, a partir de los apellidos que tienen tanto la peticionaria como la niña, es posible tomar por cierta la afirmación de la tutelante en el sentido de señalar que es madre de la agenciada. Aseveración que en ningún momento del trámite que se estudia fue controvertida por alguna de las partes e intervinientes.

Así las cosas, la Sala considera que el presupuesto de procedencia relacionado con la legitimación en la causa por activa en los cinco casos objeto de estudio se encuentra superado.

¹⁸² Sentencias T- 408 de 1995, T- 482 de 2003, T- 312 de 2009, T -020 de 2016, entre otras.

¹⁸³ Ver a folio 12 del cuaderno principal.

¹⁸⁴ Ver a folio 5 del cuaderno principal.

¹⁸⁵ Ver a folio 15 del cuaderno principal.

¹⁸⁶ Ver a folio 5 del cuaderno principal.

2.1.1.2 Legitimación en la causa por pasiva

El mismo artículo 86 superior establece que la acción de tutela procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando la transgresión de los mismos se presenta como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Dicho mandato guarda correspondencia con lo previsto en los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991.

En los asuntos de la referencia la Sala estima que la legitimación por pasiva se encuentra acreditada por cuanto las acciones de tutela se dirigen contra entidades públicas del orden nacional, departamental y municipal que pueden tener la entidad suficiente para vulnerar los derechos fundamentales que en esta ocasión están siendo invocados en favor de menores de edad que padecen de distintas afecciones de salud. En efecto, las accionadas son los entes encargados de garantizar el acceso al servicio público en salud de la población pobre no asegurada (migrantes irregulares en Colombia) que habita en el área de su jurisdicción y de fijar las políticas migratorias. Todo esto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 y el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991¹⁸⁷.

2.1.2 La inmediatez.

En reiteradas oportunidades la jurisprudencia ha explicado que la procedencia de la acción de tutela se encuentra sujeta al cumplimiento del requisito de inmediatez. Al respecto, ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe solicitarse en un plazo razonable y oportuno, ello en aplicación del principio de seguridad jurídica y la preservación de la naturaleza propia de la acción de amparo¹⁸⁸.

Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que si bien es cierto la acción de tutela no tiene un término de caducidad, esto no debe entenderse como una facultad para presentar la misma en cualquier tiempo. Lo anterior, por cuanto a la luz del artículo 86 superior este mecanismo de protección tiene por objeto la protección *inmediata* de los derechos fundamentales presuntamente trasgredidos¹⁸⁹.

En relación con los casos sometidos a estudio, la Sala pudo establecer que en lo que se corresponde al expediente **T-7.525.716** los formatos de negación de servicios de salud y/o medicamentos solicitados son del 4 de marzo de 2019¹⁹⁰ y la acción de tutela fue admitida el 15 de marzo del mismo año. De manera, el

¹⁸⁷“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

¹⁸⁸ Sentencia T-196 de 2018.

¹⁸⁹ Sentencia SU-391 de 2016.

¹⁹⁰ Ver a folios 30-36 del cuaderno principal.

lapso entre el presunto acto transgresor de los derechos a la vida y a la salud de la menor y la interposición del amparo fue de apenas 10 días calendario, tiempo que la Sala de Revisión indiscutiblemente encuentra razonable y oportuno.

Respecto del expediente **T-7.565.490** la Sala encuentra superada la inmediatez debido a que la orden médica del Instituto de Salud de Bucaramanga-Santander, en la que se remitió al niño Alí a Hematología y Oftalmología pediátrica, fue expedida el 8 de febrero de 2019, mientras que la acción de tutela fue interpuesta el día 14 del mismo mes. De los hechos probados en el expediente evidencia la Sala que la madre del niño se anticipó a presentar el amparo, antes de recibir una negativa directa de la Secretaria de Salud Departamental. Sin embargo, en el curso del trámite de primera instancia la accionada manifestó que no era posible prestar los servicios médicos ordenados debido a que el menor y su progenitora no contaban con PEP y no se trataba de una urgencia. Por tanto, evidencia la Sala que en esta ocasión subsiste la incertidumbre respecto de la prestación de la atención médica que se requiere para que al niño se le trate la enfermedad que padece.

Ahora bien, en lo relacionado con los expedientes **T-7.549.934** y **T-7.564.976** precisa la Sala que, aún cuando de las pruebas que obran no es posible establecer una relación de temporalidad entre los hechos presuntamente transgresores de los derechos invocados y la interposición de las acciones de tutela. Considerando que los titulares de los derechos reclamados son menores en situación de vulnerabilidad dado su estado de salud, el análisis en el cumplimiento del presente presupuesto de procedibilidad debe flexibilizarse y, en consecuencia, entenderse superado máxime cuando es posible que, en atención a la pruebas que obran en proceso y aquellas que fueron recaudadas en el curso de la revisión, persista la vulneración de sus garantías.

Finalmente, en lo concerniente al expediente **T-7.646.424** encuentra la Sala superado el presupuesto de la inmediatez comoquiera que está probado que el niño fue atendido en la Sociedad Médica Clínica Maicao, donde estuvo hospitalizado desde del 20 de noviembre de 2018 hasta el 27 de diciembre del mismo año sin que le fuera tratada la patología de “*ulcera corneal bilateral*”, situación que, en efecto, dio lugar a la interposición de la presente acción de tutela el 13 de junio de 2019, tiempo que se entiende razonable si se tiene en cuenta que dicha enfermedad surgió en razón a otras afecciones que padecía para el momento de su hospitalización.

2.1.3 Subsidiariedad

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela es de naturaleza residual y subsidiaria y, en consecuencia, su procedencia se encuentra condicionada a que “(...) *el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, [o] ii) cuando existiendo un medio de defensa judicial ordinario este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante o iii) cuando, a pesar de que existe otro*

*mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”*¹⁹¹.

En todo caso, en reiteradas oportunidades este Tribunal ha reconocido que aún ante la presencia de un mecanismo ordinario de defensa, el amparo constitucional es procedente cuando “(...) *el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas), y por lo tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela*”¹⁹².

Sobre el particular, la Corte por medio de sentencia T-495 de 2010¹⁹³ señaló que también son sujetos de especial protección constitucional todos aquellos que por:

*“(...) su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población”, por lo que “la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en la intensidad de la evaluación del perjuicio, habida cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta obligan a un tratamiento preferencial en términos de acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, a fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados”*¹⁹⁴.

En cuanto al presupuesto de subsidiariedad en materia de salud, algunas salas de revisión de esta Corporación han considerado que, teniendo en cuenta que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, el accionante deberá acudir primero ante la Superintendencia Nacional de Salud para que, de manera definitiva, se garantice, si fuere el caso, el acceso a los servicios de salud solicitados.

Sobre este último, la Corte ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto sigue siendo indispensable para determinar si el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, particularmente, cuando nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional, escenario en el cual, en virtud del principio de primacía del interés superior del menor, se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita¹⁹⁵.

¹⁹¹ Artículo 86 de la Constitución Política. Ver sobre el particular sentencia T-847 de 2014.

¹⁹² Sentencias T- 282 de 2008, T- 252 de 2017, T-431 de 2019, entre otras.

¹⁹³ M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁹⁴ Sentencia T-736 de 2013.

¹⁹⁵ Sentencia T-447 de 2014.

Así las cosas, en lo concerniente a menores de edad que padecen de una enfermedad, el derecho a la salud cobra mayor relevancia toda vez que se trata de sujetos que, por su temprana edad y situación de indefensión, requieren de especial protección. Por esta razón, la Corte ha admitido que el análisis de procedencia del amparo se realice de forma dúctil en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Bajo esa línea, recuerda la Sala que en los asuntos materia de debate las accionantes son madres que actúan en representación de sus menores hijos extranjeros en condición de irregularidad, la cuales, en principio, no podrían acudir ante Superintendencia Nacional de Salud dado que las facultades jurisdiccionales de dicha entidad se limitan a solucionar controversias entre las EPS y sus usuarios, más no incluye asuntos que involucren población no asegurada. En particular, este Tribunal ha señalado que:

En materia de salud, las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir, con las atribuciones propias de un juez, algunas controversias entre las EPS (o las entidades que se les asimilen) y sus usuarios. Específicamente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 señala su competencia, la cual está encaminada a resolver controversias relacionadas con (i) la negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud de acceder a la prestación de servicios incluidos en el POS (ahora Plan de Beneficios de Salud, PBS); (ii) el reconocimiento de aquellos gastos en los que incurrió el usuario por la atención que recibió en una IPS no adscrita a la EPS o por el incumplimiento injustificado de la misma de las obligaciones radicadas a su cargo; (iii) la multifiliación dentro del sistema; (iv) los conflictos relaciona-dos con la posibilidad de elegir libremente EPS y/o trasladarse dentro del Sistema General de Seguridad Social; (v) la denegación de servicios excluidos del PBS que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (vi) los recobros entre entidades del sistema; y (vii) el pago de prestaciones económicas por parte de las Entidades Promotoras de Salud y el empleador.¹⁹⁶

Sin embargo, como se deriva del listado de materias objeto de competencia de la Superintendencia de Salud, es claro que la pretensión que aquí se formula, se halla por fuera de los temas que han sido habilitados para su definición, pues la discusión se centra en las coberturas a las que tendría derecho una menor extranjera que no se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cuya situación en el país no ha sido regularizada.¹⁹⁷

¹⁹⁶ Las últimas tres funciones fueron adicionadas por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

¹⁹⁷ Sentencia T-465 de 2019 reiterada en T-403 de 2019.

Lo expuesto permite concluir que, en los casos objeto de análisis, las pretensiones involucran controversias que versan sobre la cobertura de servicios médicos para niños y niñas migrantes, irregulares, no afiliados al SGSSS, de allí que se trate de un debate que excede la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.

Adicionalmente y tomando en consideración que en los casos ahora sometidos a revisión están de por medio los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional por su edad, la Sala considera que el procedimiento establecido en las leyes 1122 de 2007¹⁹⁸ y 1438 de 2011¹⁹⁹, que otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias entre las EPS y sus afiliados, carece de la reglamentación suficiente a la luz de la nueva Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015 y por lo tanto, no puede considerarse un mecanismo de defensa judicial que resulte lo suficientemente eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados por las accionantes²⁰⁰.

Sobre este aspecto, la Corte ha insistido en que “(...) *la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar si el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional como son los niños, escenario en el cual, se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita*”.

Así las cosas, advierte la Sala que al margen de las decisiones que puedan llegarse a adoptar en el correspondiente análisis de los casos concretos, las acciones de tutela que se revisan resultan procedentes desde el punto de vista la subsidiariedad en tanto están llamadas examinar la posible vulneración de los derechos fundamentales a la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana de menores que se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad dadas las afecciones de salud que padecen y su calidad de extranjeros que se vieron forzados a salir de su lugar de origen.

Una vez superado el análisis de los presupuestos formales para la procedencia de las acciones de tutela de la referencia, la Sala continuará por realizar el planteamiento del problema jurídico a resolver.

3. Problemas jurídicos a resolver

Conforme a las situaciones fácticas planteadas, las decisiones adoptadas por los jueces de instancia y la pruebas allegadas al proceso, en esta oportunidad le

¹⁹⁸ “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

¹⁹⁹ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

²⁰⁰ Sentencia T-010 de 2019.

corresponde a la Sala Séptima de Revisión determinar si las decisiones de las entidades accionadas, en el sentido de negar la prestación de los servicios médicos requeridos con necesidad por niños y niñas extranjeros con permanencia irregular en el territorio colombiano comporta una vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana, a la igualdad y a la seguridad social.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala procederá a pronunciarse respecto de los siguientes puntos: (i) El derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en el ordenamiento colombiano y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia; (ii) Reglas generales en materia de derechos y obligaciones de los extranjeros para acceder a los servicios de salud en el territorio Colombiano ;(iii) La atención integral en salud de los NNA extranjeros en situación de irregularidad. Con base en lo anterior, se procederá al (iv) análisis de los casos concretos.

4. El Derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes en el ordenamiento colombiano y su protección por vía de tutela. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 44 de la Constitución Política se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Así, dispone que le corresponde al Estado, la sociedad y la familia propender por la plena materialización de las garantías de los NNA en aras garantizarle sus máximos niveles de desarrollo integral y armónico²⁰¹, puntualizando que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”*²⁰².

Así, el principio de primacía del interés superior de los NNA se constituye como *“(…) un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*²⁰³. Sobre el particular, advirtió la Corte mediante sentencia SU-677 de 2017²⁰⁴ que dicho principio supone aplicar la medida más beneficiosa para salvaguardar al menor de edad que ve comprometida la garantía de sus derechos fundamentales.

Lo anterior, guarda directa correspondencia con diferentes instrumentos de carácter internacional tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12), los cuales no solo hacen parte del bloque de constitucionalidad sino que también le otorgan a los niños la condición de sujetos de especial protección constitucional, titulares de un trato prioritario por parte del Estado y la sociedad. Concretamente, el artículo 3.1 de la Convención

²⁰¹ Sentencias T- 05 de 2017 y T-196 de 2018.

²⁰² Ver artículo 44 de la Constitución Política.

²⁰³ Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006)-artículo 8°.

²⁰⁴ M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Internacional sobre los Derechos del Niño se refiere al principio de interés superior de los niños, al exigir que en *“todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*²⁰⁵.

Ahora bien, en lo que respecta específicamente a las personas en situación de discapacidad o enfermedad, el artículo 13 superior le ordena al Estado proteger de manera especial a aquellos sujetos que por sus condiciones físicas o mentales se hallan en situación de debilidad manifiesta²⁰⁶. Por su parte, el artículo 47 del mismo texto constitucional establece que el Estado debe adelantar *“una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”*.

A partir de la lectura de los referidos mandatos constitucionales, este Tribunal ha considerado que el propósito del constituyente en esta materia estuvo orientado a implementar y fortalecer la recuperación y la protección especial de quienes padecen de algún tipo de patología que produce una disminución *física, sensorial o psíquica*, incentivando así, el ejercicio real y efectivo de la igualdad²⁰⁷. Todo esto, adquiere particular relevancia tratándose de NNA que se encuentran en una condición de debilidad manifiesta, consecuencia de alguna afección de salud, pues, en ese escenario, ha considerado la propia jurisprudencia que la protección a los derechos de los menores debe tener un carácter prioritario. En palabras de la Corte:

*“(…) 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”*²⁰⁸

En cuanto a lo expuesto, es preciso hacer mención a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²⁰⁹ donde expresamente se reitera el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su estado físico. De esta manera, prevé que *“Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la*

²⁰⁵ Sentencia T-196 de 2018.

²⁰⁶ Artículo 13 de la Constitución Política *“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”*

²⁰⁷ Sentencia T-086 de 2016.

²⁰⁸ Sentencias T-140 de 2009, T-322 de 2012, T-872 de 2011 y T-705 de 2017.

²⁰⁹ Adoptada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”²¹⁰.

Bajo la misma línea, el literal f) del artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 establece que el Estado está en la obligación de implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de los derechos consagrados en la Carta Política para los NNA. Estas medidas deben encontrarse formuladas por ciclos vitales: *prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años*. A su vez, el artículo 11 de la referida ley reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, desplazados, víctimas de violencia y conflicto armado, adultos mayores, personas que padecen enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, cuya atención no podrá ser limitada o restringida por razones de naturaleza administrativa o económica²¹¹.

La precitada disposición normativa insiste en la necesidad de prever un enfoque diferencial y una atención prioritaria para los NNA en los siguientes términos:

*“Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes [...] y **personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado**. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención”* (negrilla fuera del texto original).

A propósito de lo último, esta Corporación²¹² ha sido clara en establecer que el derecho a la salud implica, no solo su reconocimiento sino la prestación continua, permanente y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación en salud. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud deben *“procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como (...) el suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados”²¹³.*

Ahora bien, en los eventos en que la prestación del servicio de salud sea requerida por menores de edad o personas en situación de discapacidad, la Corte ha admitido que el examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud debe flexibilizarse en aras de garantizar el ejercicio pleno de los derechos de este tipo de sujetos²¹⁴.

²¹⁰ Artículo 24 de la Ley 12 de 1991.

²¹¹ *Ibídem*.

²¹² Sentencias T-335 de 2006, T-672 de 2006, T-837 de 2006, T-765 de 2008 entre otras.

²¹³ Sentencia T- 158 de 2010.

²¹⁴ Sentencia T-121 de 2015.

Bajo esa línea, ha sostenido este Tribunal que cualquier afectación a la salud de los menores reviste una mayor gravedad, pues compromete su adecuado desarrollo físico e intelectual. En palabras de la Corte: *“En una aplicación garantista de la Constitución, y de los distintos instrumentos que integran el Bloque de Constitucionalidad, la jurisprudencia ha señalado que el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes debe ser garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, sin obstáculos de tipo legal o económico que dificulten su acceso efectivo al Sistema de Seguridad Social en Salud”*²¹⁵(subrayado fuera del texto original).

Esta Corporación ha sido reiterativa en advertir que para el caso concreto de los NNA que sufren de algún tipo de disminución física o mental *“(…) es deber del Estado prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, [...] garantizando un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida”*²¹⁶. Todo esto tiene especial relación con el principio de integralidad en materia de salud el cual, ha estimado la jurisprudencia, implica que el servicio suministrado integre todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias que el médico tratante prescriba como necesarios para efectos de restablecer la salud o mitigar las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida²¹⁷.

Ahora bien, la protección reforzada de la que son titulares los NNA que se encuentran disminuidos en su salud se hace mucho más palmaria en casos donde dichos sujetos padecen enfermedades degenerativas, progresivas y catastróficas tales como el cáncer o el VIH/ SIDA donde *“la persona ve drásticamente disminuidas sus destrezas físicas y mentales”*²¹⁸, situándose con ello, en una condición de vulnerabilidad respecto de sus pares, así lo consideró la Corte en sentencia T-705 de 2017²¹⁹.

En suma, ha estimado la Corte que las solicitudes de amparo relacionadas o que comprometan los derechos de los NNA resultan procedentes máxime cuando estos padecen alguna enfermedad o afección grave que les genere algún tipo de discapacidad. Lo anterior, en tanto se reconoce el evidente estado de debilidad en que se encuentran los mismos y, en consecuencia, la necesidad de invocar una protección inmediata, prioritaria, preferente y expedita del acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares²²⁰.

5. Reglas generales en materia de derechos y obligaciones de los extranjeros para acceder a los servicios de salud en el territorio Colombiano.

²¹⁵ Sentencia T-447 de 2014.

²¹⁶ Sentencia T-705 de 2017

²¹⁷ Sentencia T-196 de 2018.

²¹⁸ Sentencia T-322 de 2012.

²¹⁹ M.P José Fernando Reyes Cuartas.

²²⁰ Sentencia T-196 de 2018.

En tratándose de derechos y obligaciones de los ciudadanos extranjeros, la Constitución Política y distintos instrumentos de carácter internacional contemplan una serie de disposiciones orientadas a garantizarles, sin discriminación alguna, el goce efectivo de sus libertades y la posibilidad de acceder a oportunidades en diferentes escenarios fuera de su lugar de origen. Todo ello, con sujeción a los parámetros que contemple la ley nacional para tales efectos.

Así, en el ordenamiento interno, el artículo 4° superior dispone que “*es deber de los nacionales y los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*”. Seguidamente, el artículo 13 del texto constitucional al hacer alusión al derecho a la igualdad refiere que “*(...)todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*”.

Por su parte, el artículo 100 constitucional establece expresamente que los extranjeros “*disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos*”. Agrega el referido precepto que estos “*(...) gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley*”. Así, en el contexto nacional, precisó este Tribunal mediante sentencia SU-677 de 2017 que “*(...)el reconocimiento de derechos a los extranjeros, genera la obligación de cumplir todos los deberes que les sean exigibles en dicha calidad*”.

Ahora bien, en el ámbito internacional el artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos prevé que “*toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”. Bajo la misma línea, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos contempla que “*todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*”.

Las precitadas disposiciones de orden nacional e internacional han sido, en múltiples oportunidades, objeto de estudio por parte de este Tribunal el cual ha reconocido como regla general que, salvo las limitaciones que contemple la ley, los extranjeros son titulares de los mismos derechos fundamentales y garantías que se le reconocen a los colombianos²²¹. De lo anterior, ha precisado la propia jurisprudencia, no se deduce que en nuestro ordenamiento jurídico vigente se encuentre proscrita la posibilidad de adoptar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales²²², pues si bien pueden hacerse distinciones ellas

²²¹ Sentencias T-215 de 1996, T-316 de 2016, T-074 de 2019, entre otras.

²²² Sentencias C- 1259 de 2001 y T-079 de 2019.

deben justificarse en razones constitucionalmente admisibles, que atiendan a los criterios de objetividad y razonabilidad²²³. En palabras de la Corte:

*“(…) cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar si el objeto regulado permite realizar tales distinciones, la clase de derecho que se encuentre comprometido, el carácter objetivo y razonable de la medida, la no violación de normas internacionales y las particularidades del caso concreto”*²²⁴.

Al respecto, añadió la Corte en sentencia C-834 de 2007²²⁵ que *“(…) la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros como consecuencia de un trato diferenciado dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar”*.

En consecuencia, ha concluido la jurisprudencia constitucional, que no toda diferenciación por el origen genera la misma tensión ni debe ser analizada con la misma intensidad²²⁶. Ello, en tanto resulta necesario analizar dos presupuestos, a saber: (i) el ámbito en el que se adopta determinada regulación; y (ii) los derechos involucrados, para con esto, determinar en qué casos una diferenciación basada en la nacionalidad es constitucionalmente aceptable²²⁷.

Todo lo anterior, tiene especial relevancia en lo concerniente a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales –DESC–, concretamente, en lo que a la salud corresponde, escenario en el cual la Corte ha sido clara en reconocer que *“(…) toda persona, incluyendo a los extranjeros, tienen derecho a recibir una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana; un núcleo esencial mínimo que el Legislador no puede restringir”*²²⁸.

En ese contexto, ha precisado esta Corporación que la protección de este tipo de derechos tiene una *“zona complementaria”* que es definida por el correspondiente órgano político de representación popular, *“atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales”*²²⁹. De allí que, sea tarea del legislador, en el marco de sus facultades de configuración normativa y en cumplimiento de los tratados internacionales sobre DESC que incorporan un mandato de progresividad, adoptar las medidas que resulten pertinentes para extender la cobertura del sistema de protección social hacia la

²²³ Sentencia T-210 de 2018.

²²⁴ Sentencias C-768 de 1998, C- 913 de 2003, C- 070 de 2004, T-074 de 2019, entre otras.

²²⁵ M.P. Humberto Sierra Porto.

²²⁶ Sentencia T-210 de 2018.

²²⁷ Sentencias C-834 de 2007 y T-210 de 2018.

²²⁸ Sentencias T-346 de 2016, T-421 de 2017, T-705 de 2017, SU-677 de 2017 y T-218 de 2018. Cita tomada de la Sentencia T-210 de 2018.

²²⁹ Sentencias C-834 de 2007 y T-210 de 2018.

población migrante, eliminando toda barrera que se considere discriminatoria y/o que suponga una carga constitucionalmente inadmisibles para la misma²³⁰.

Con una orientación similar, la Observación General no. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los países están obligados a evitar políticas que deriven en actos de discriminación en relación con la salud. Por este motivo, tienen el deber de garantizar los servicios de salud de todas las personas en su faceta preventiva, curativa y paliativa, inclusive de aquellos solicitantes de asilo y de los inmigrantes ilegales²³¹. Bajo el mismo entendimiento, se advierte que para garantizar lo anterior es imperioso tomar en cuenta no solo las condiciones biológicas y socioeconómicas con las que cuenta la persona, sino también los recursos con los que cuenta el Estado, quien deberá, entre otras cosas, evaluar la reasignación de los mismos para atender a las poblaciones más vulnerables, evitando cualquier modo de discriminación²³².

En plena concordancia con el precitado mandato, el artículo 2 del Decreto 412 de 1992²³³ contempló la obligatoriedad de la prestación del servicio de urgencias en salud. Por su parte, el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 dispuso que toda entidad pública y privada que preste servicios de salud se encuentra en el deber de brindar la atención inicial de urgencias a cualquier persona, independientemente de su capacidad de pago; disposición que a su vez se encuentra regulada en el artículo 67 de la Ley 715 de 2001²³⁴.

En relación con los mencionados servicios, conviene precisar que la Ley 1751 de 2015 en sus artículos 10 y 14 indicó que cualquier individuo que se encuentre en el territorio, sin hacer distinción entre nacional o extranjero, tiene derecho a recibir la atención de urgencias que su condición amerite, de manera oportuna y sin que medie pago o autorización administrativa alguna, enfatizando que las entidades correspondientes no podrán negarse a brindar lo requerido, bajo el argumento de la ausencia de los mencionados supuestos.

Ahora bien, en cuanto al concepto de urgencia que actualmente prevalece, se puede hacer alusión a aquel que obra en el Decreto 760 de 2016²³⁵ *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”* en donde se estableció:

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Al respecto revisar el aparte 34 Observación General no. 14. Así mismo la sentencia T-210 de 2018.

²³² Ver apartes 9,18 y 19 de la Observación General no. 14. Citada en Sentencia T-074 de 2019.

²³³ *“Por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones”*.

²³⁴ *“Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros”*.

²³⁵ Allí se recogieron las definiciones señaladas en el Decreto 412 de 1990.

“Artículo 2.5.3.2.3 Definiciones. Para los efectos del presente Título, adóptense las siguientes definiciones:

- 1. Urgencia. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.*
- 2. Atención inicial de urgencia. Denomínase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.*
- 3. Atención de urgencias. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias”.*

Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección Social, recientemente, mediante Resolución 5857 de 2018 también se refirió al concepto de la atención de urgencias en los siguientes términos: *“modalidad intramural de prestación 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 que comprometan su vida o funcionalidad”.*

En ese orden, ha estimado este Tribunal que la garantía al derecho a la salud para los nacionales de otros países, independientemente de su permanencia regular o irregular en el país, se hace efectiva cuando estos reciben un mínimo de servicios de salud de atención de urgencias para atender sus necesidades básicas con el fin de preservar la vida en los siguientes eventos: (i) que no haya un medio alternativo, (ii) que la persona no cuente con recursos para costearlo y (iii) que se trate de un caso grave y excepcional²³⁶.

6. La atención integral en salud de los NNA extranjeros en situación de irregularidad

En torno a los casos en los cuales los extranjeros han solicitado atención médica integral- más allá del servicio de urgencias- se ha insistido en la necesidad de que estos regularicen su *status* migratorio para que con ello, procedan a adelantar el trámite de afiliación al SGSSS y así, acceder a toda la oferta de

²³⁶ Sentencias T-705 de 2019 y T- 025 de 2019.

servicios médicos que pueden requerir para tratar de forma integral una determinada patología. Sobre el particular, cabe recordar que el proceso de afiliación, por regla general y en miras de salvaguardar los derechos a la igualdad, está sujeto al cumplimiento de requisitos legales que se prevén indistintamente para nacionales y extranjeros

La afiliación al sistema general de seguridad social en salud, conforme los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 del Decreto 780 de 2016, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, es entendida como *“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”*. Ahora bien, para efectos de llevar a cabo dicho trámite o para reportar novedades al sistema, los afiliados deben identificarse 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”. (Negrillas fuera de texto).

En desarrollo de la citada disposición normativa, la legislación interna ha previsto las diferentes modalidades en que un extranjero puede acceder a un documento válido de identificación que le permita no solo regularizar su permanencia en el territorio nacional sino también, realizar su afiliación en el SGSSS. Una de ellas es la visa²³⁷, la cual podrá tener 3 modalidades: (i) visa de visitante (tipo V); (ii) visa de residente (tipo R) y (iii) visa de migrante (tipo M). Esta última diseñada para extranjeros que pretenden quedarse en el país, pero no cumplen con los requisitos para otro tipo de visa²³⁸.

²³⁷ Definida por el artículo 47 del Decreto 1743 de 2015 como la autorización concedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores a un extranjero para que ingrese y permanezca en el territorio nacional.

²³⁸ Sobre la materia ver el artículo 7º de la Resolución 6045 de 2017, el Ministerio de Relaciones Exteriores

Así mismo, atendiendo a las necesidades en salud de la población extranjera, se incluyó, mediante la Resolución 5797 de 2017, el Permiso Especial de Permanencia -PEP- como documento válido de identificación para los migrantes que los faculta para tramitar su afiliación al sistema²³⁹. Al respecto, enfatizó esta Corporación en sentencia T-197 de 2019 que *“los migrantes irregulares que busquen recibir atención médica integral adicional, en cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por el orden jurídico interno, deben atender la normatividad vigente de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud como ocurre con los ciudadanos nacionales. Dentro de ello se incluye la regularización inmediata de la situación migratoria. Esto es, la obtención de un documento de identificación válido, que en el caso de los extranjeros puede ser legítimamente la cédula de extranjería, el pasaporte, el carné diplomático, el salvoconducto de permanencia, o el permiso especial de permanencia -PEP, según corresponda”*.

En complemento de lo anterior y en atención a la emergencia social que se viene presentando en la frontera con Venezuela, se expidió el **Decreto 542 de 2018**, por medio del cual se creó el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos -RAMV- posteriormente, el Gobierno Nacional, mediante **Decreto 1288 de 2018**²⁴⁰ modificó los requisitos y plazos para obtener el PEP, para garantizar el ingreso de las personas inscritas en el RAMV a la oferta institucional y lo definió como un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano que les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de NNA en los niveles nacional, departamental y municipal²⁴¹.

Así las cosas, ha considerado la Corte que el Decreto 1288 de 2018 *“es una medida que ha emitido el Gobierno Nacional con el fin de regular la situación de los migrantes que están de forma ilegal en el país. Con ello, se pretende que los ciudadanos venezolanos al registrarse puedan acceder a los servicios de salud a través de la afiliación a la seguridad social para recibir una atención integral en salud. Cabe aclarar, que la inscripción en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos -RAMV- es de carácter gratuito y solo se necesita documento que certifique la nacionalidad.^[127] Quien no gestione la regularización, no podrá acceder al servicio integral de salud, pero sí tendrá el derecho a ser atendido en la unidad de urgencias de las entidades prestadoras de salud”*

Bajo ese orden, puntualizó la Corte mediante sentencia T-314 de 2016²⁴² que todos los ciudadanos deben tener un documento de identidad válido para poder

²³⁹ Sobre el particular ver Decreto N° 780 de 2016 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”*.

²⁴⁰ *Por medio del cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos*". Dicho Decreto fue reglamentado por la Resolución 6370 de 2018

²⁴¹ Referencias extraídas de la sentencia T-452 de 2019.

²⁴² M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

ser afiliados al SGSSS, de modo 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”*.

En ese contexto, podría concluirse, *prima facie*, que para aquellos extranjeros de paso y/o que no han regularizado su situación migratoria dentro del país, el SGSSS no prevé una cobertura especial que se extienda más allá de la “atención de urgencias”. Ello significa que, en principio, para poder acceder a un servicio integral en salud se requiere que, previamente, estos se presenten ante la autoridad migratoria a fin de obtener un documento válido de identificación que les permita su afiliación al sistema.

Lo anterior, constituye una carga pública constitucionalmente admisible y razonable a la luz de su calidad de migrantes que tienen la pretensión de acceder la oferta de servicios en salud en el territorio nacional. No obstante, dicha carga, para el caso de los NNA extranjeros irregulares que padecen de una afección de salud que requiere de un tratamiento integral, resultaría desproporcionada no solo por su condición de menores sino también por el estado de vulnerabilidad en que se encuentran derivada de: (i) su enfermedad y (ii) haber tenido que salir intempestivamente de su lugar de origen. Al respecto, recuerda la Sala que los NNA son sujetos de especial protección constitucional y que la garantía de sus derechos es prevalente, máxime cuando, por sus condiciones físicas o mentales, se hallan en situación de debilidad manifiesta.

Así las cosas, el hecho de que los menores extranjeros no tengan la condición de *“regularles”* en el territorio colombiano y que, como consecuencia de ello, carezcan del correspondiente permiso que exige la ley para ser afiliados al SGSSS, no es una situación que les sea imputable a los mismos y que, por tanto, no puede repercutir en detrimento del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

En relación con esto último, debe tenerse en cuenta que la falta de diligencia o cuidado de los representantes legales de los menores, reflejada en el hecho de no haber gestionado oportunamente los trámites administrativos tendientes a regularizar su condición migratoria y la de sus hijos no puede traer como efecto directo el menoscabo de los derechos a la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana de los mismos, pues, como lo ha señalado la jurisprudencia de esta Corte, en tratándose NNA y de personas discapacitadas, resulta inadmisibles trasladarle a estos las consecuencias negativas derivadas de una mala gestión en la defensa de sus derechos²⁴³, los cuales, conforme se enfatizó en precedencia, priman sobre los demás en virtud del principio del interés superior de los niños.

²⁴³ Sentencia T-360 de 2019.

Sobre la materia, la Corte ya ha resuelto controversias relacionadas con la posibilidad de garantizar el servicio de salud -más allá de atención de urgencias- a menores extranjeros que no han regularizado su estadía en el país. Concretamente, mediante sentencia **T-705 de 2017**²⁴⁴ esta colegiatura conoció del caso de un niño venezolano de 11 años de edad, diagnosticado con *Linfoma de Hodgkin*, donde su progenitora solicitó la realización de un examen especializado de “*tomografía de cuello, tórax y abdomen*” para efectos de establecer el tratamiento médico a seguir, sin que el mismo le fuese otorgado por parte del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. En dicha oportunidad, la Corte tuteló de manera transitoria los derechos fundamentales del menor bajo el argumento de que los procedimientos y exámenes prescritos por el médico tratante eran de carácter urgente, de allí que le ordenara a la accionada continuar prestando todos los servicios en salud que necesitara el niño mientras este definía su situación migratoria.

Así mismo, en la sentencia **T-210 de 2018**,²⁴⁵ esta Corporación estudió, entre otros, el caso de un niño venezolano de 2 años de edad con “*hernia escrotal gigante y hernia umbilical*” a quien negaron una valoración y atención prioritaria por cirugía pediátrica, porque consideraron que no se trataba de una urgencia y el niño no estaba afiliado al sistema de seguridad social en razón a que no había regularizado su estadía en el país. En esa ocasión, la Corte sostuvo que en “*casos excepcionales, la atención de urgencias puedes llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante (...)*”. Bajo ese entendimiento, estimó que la atención mínima a la que tienen derecho los migrantes regulares y no regulares va más allá de preservar los signos vitales habilitándose la posibilidad de “*(...) cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de quimioterapias o cirugías, siempre y cuando se demuestre la urgencia de las mismas*”²⁴⁶.

Seguidamente, a través de la sentencia **T-452 de 2019**²⁴⁷, la Corte resolvió, entre otros, el caso de un niño de 12 años de edad, a quien su médico tratante le ordenó exámenes de laboratorio y citas con especialistas por padecer de un “*tumor de comportamiento incierto o desconocido del labio, de la cavidad bucal y de la faringe*”. En tal oportunidad, la Corte declaró la carencia actual del objeto al constatar que durante el trámite en sede de revisión, la atención médica en oncología pediátrica y la atención integral fueron brindadas al menor. En todo caso, este Tribunal advirtió que una adecuada atención de urgencias supone, en algunas situaciones concretas, emplear “*(...) todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas*”²⁴⁸.

²⁴⁴ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁴⁵ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁴⁶ Sentencia T-452 de 2019.

²⁴⁷ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

²⁴⁸ Sentencia T-452 de 2019.

Del mismo modo, en la sentencia **T-178 de 2019**,²⁴⁹ se estableció que un niño recién nacido no fue afiliado debido a que sus padres se encontraban en situación migratoria irregular, por lo que se afirmó que *“esta condición no puede ser el motivo para negar derechos fundamentales a personas tan vulnerables como lo son los recién nacidos”*, pues *“el hecho de que el niño no requiera atención en salud de urgencias no justifica que se limite el acceso a servicios necesarios para su desarrollo integral”*.

Se advierte que bajo similares interpretaciones, la Corte también ha conocido en múltiples oportunidades de casos relacionados con la materia donde quienes invocan la protección de su derecho a la salud son adultos extranjeros no regularizados que padecen de enfermedades catastróficas y degenerativas. A manera de ejemplo se puede hacer mención a la sentencia **T-348**²⁵⁰ **de 2018** donde esta Corporación conoció el caso de un ciudadano venezolano con permanencia irregular en Colombia que solicitaba la entrega de medicamentos antirretrovirales para tratar su enfermedad de VIH. En dicha oportunidad la Corte negó el amparo pretendido, bajo el argumento de que en reiterada jurisprudencia ha dejado claro que la entrega de medicamentos excede la atención inicial en urgencias a que tienen derecho los extranjeros que no han legalizado su situación migratoria. Sin embargo, mediante dicha providencia se reiteró la regla jurisprudencial según la cual el concepto de urgencias puede llegar a incluir en casos extraordinarios procedimientos o intervenciones médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente.

Igualmente, mediante sentencia **T-197 de 2019**, esta Corporación amparó los derechos fundamentales de un migrante de nacionalidad venezolana a la vida digna y a la salud, porque la Secretaría de Salud del Municipio de Guadalajara de Buga y la Secretaría de Salud del Departamento del Valle del Cauca no brindaron la atención médica para tratar el cáncer que padecía. Para ello, la Corte destacó que, sin perjuicio de la atención urgente, los migrantes irregulares -que busquen recibir atención médica integral adicional-, en cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución y la ley, están sujetos a la normativa vigente de afiliación al sistema de salud como ocurre con los ciudadanos nacionales, razón por la cual están llamados inmediatamente a regular su situación migratoria.

En síntesis, se evidencia que la jurisprudencia constitucional haciendo frente al fenómeno migratorio que en los últimos años se ha presentado con ocasión a la crisis humanitaria que atraviesa el país vecino ha desarrollado, a partir de los preceptos constitucionales y normativos de orden interno e internacional, unos criterios que en materia de protección en el acceso al servicio de salud en el territorio colombiano de la población migrante. Así, se ha establecido como regla general que los extranjeros tiene la obligación de regularizar su situación

²⁴⁹ M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

²⁵⁰ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

migratoria para obtener un documento de identificación válido que les permita iniciar el proceso de afiliación al SGSSS²⁵¹, sin embargo, en casos de extrema *necesidad y urgencia*, estos tendrán derecho a recibir una atención mínima por parte del Estado.

Lo anterior, ha explicado la Corte *“tiene una finalidad objetiva y razonable y es entender que, en virtud del principio de solidaridad, el Sistema de Salud no le puede dar la espalda a quienes se encuentran en condiciones evidentes de debilidad manifiesta”*²⁵². En esa medida, no es constitucionalmente legítimo *‘restringir el acceso de [estos] extranjeros a esas prestaciones mínimas, en especial, en materia de salud, garantizadas en diversas cláusulas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano’*²⁵³.

Bajo ese contexto, se ha advertido que aquellos extranjeros que pretendan invocar una protección en salud que vaya – más allá de la atención de urgencias –es decir, que garantice la cobertura integral de los procedimientos, tratamientos y medicamentos que se requieren para tratar un problema de salud tienen que cumplir, previamente, con el prerequisite de obtener por parte de las autoridades migratorias los documentos que los identifiquen, bien sea, pasaporte, cédula de extranjería, carné diplomático, salvoconducto de permanencia o permiso especial de permanencia - PEP-, según corresponda²⁵⁴ para así, dar inicio al trámite de afiliación al sistema que habilite el acceso a toda la oferta de servicios médicos.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha reconocido que existen situaciones *“límite”* y *“excepcionales”* que han permitido avanzar en una línea de protección que admita una cobertura médica que sobrepase la atención de urgencias para el caso de los extranjeros en situación de irregularidad que padecen de enfermedades graves. Esto, conforme fue expuesto previamente,

²⁵¹ *Ibidem*.

²⁵² Sobre el particular se señaló en sentencia T-451 de 2019 que *“La fuente normativa del principio de solidaridad se identifica esencialmente en los artículos 1 y 95 numeral 2 de la Carta Política. Dicho valor constitucional ha sido definido por esta Corporación como aquel “deber impuesto a toda persona y autoridad pública, por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo. Pero fundamentalmente se trata de un principio que inspira la conducta de los individuos para fundar la convivencia en la cooperación y no en el egoísmo” (Sentencia T-550 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En se sentido se precisó en la misma providencia que “(...) la solidaridad se convierte en una referencia axiológica del Estado social de derecho, en tanto pilar esencial para el desarrollo de la vida ciudadana en democracia, que impone la obligación de prestar, en la medida de lo posible, una atención especial y prioritaria a las personas que, por su condición de debilidad manifiesta, son titulares de especial protección constitucional. En todo caso, valga advertir que el Constituyente de 1991 dejó claro que la incorporación constitucional del principio de solidaridad no tiene como criterio interpretativo la asimilación de un Estado benefactor en Colombia, sino que debe ser observado como medio para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de las personas, de tal manera que, inclusive, el Estado se instituya como un agente de justicia social.*

²⁵³ Sentencias C-834 de 2007, T-197 de 2019 y T-452 de 2019.

²⁵⁴ Sentencia T-452 de 2019.

tiene especial trascendencia en el caso de los NNA extranjeros no legalizados que se ven disminuidos en su salud física y mental comoquiera que, en esos eventos, no es deber de los menores asumir una carga pública que, por razones de su edad y su condición de vulnerabilidad derivada de su afección, le es atribuible a sus representantes legales, sin que la falta de diligencia de estos últimos, en lo que se refiere a la legalización de su estado migratorio, pueda proyectarse negativamente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de sus hijos.

8. Análisis de los casos

Consideración previa

Para efectos de abordar el estudio de los casos que en esta oportunidad ocupan la atención de la Sala, se estima pertinente recordar las reglas fijadas por la jurisprudencia constitucional que resultan aplicables a aquellas situaciones en que se discute el acceso a servicios en salud de extranjeros en situación irregular, que padezcan de afecciones que requieran de una atención que exceda el servicio de urgencias. Tales reglas pueden sintetizarse de la siguiente manera:

(i) Los extranjeros tienen la obligación de regularizar su situación migratoria, lo que implica obtener un documento de identificación válido que les permita iniciar el proceso de afiliación al SGSSS²⁵⁵. Sin embargo, en casos de extrema *necesidad y urgencia*, estos tendrán derecho a recibir una atención mínima del Estado.

(ii) En casos excepcionales, la atención mínima a que tienen derecho los migrantes, que se concreta en el servicio de urgencias, puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando el mismo sea solicitado por el médico tratante ante la necesidad inminente de una atención plena de la patología.

(iii) Cuando el médico tratante expresamente indique que el procedimiento o medicamento requerido es urgente, debe brindarse cuando la persona no tenga capacidad de pago e independientemente de su situación migratoria

(iv) El Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud, libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole, a los menores de edad que sufren de algún tipo de afección física y mental y de garantizarles un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes.

(v) En el caso de los NNA extranjeros, la falta de diligencia o cuidado de sus representantes legales, reflejada en el hecho de no adelantar oportunamente los

²⁵⁵ *Ibídem*.

trámites administrativos tendientes a regularizar su condición migratoria y gestionar su vinculación al Sistema de Seguridad Social en Salud, no puede traer como consecuencia la desatención en los servicios que requieran los menores con necesidad y, por tanto, el menoscabo de sus derechos a la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana. Como bien lo ha considerado la Corte Constitucional en su jurisprudencia, en tratándose de sujetos de especial protección, como es el caso de los NNA y de personas discapacitadas, resulta inadmisibles trasladarles a estos las consecuencias negativas derivadas de una mala gestión en la defensa de sus derechos.

Conforme a lo expuesto, procede la Corte a dar solución a cada uno de los casos en concreto.

8.1 Caso 1- Expediente T-7.525.716

La señora *Francisca*, de nacionalidad venezolana, actuando en representación de su hija de un año de edad, acudió a la acción de tutela para solicitarle al juez constitucional que le ordene a la Secretaría de Salud de Bogotá, o en su defecto a la autoridad que corresponda, garantizarle a la menor el tratamiento médico que esta requiere para tratar la enfermedad que le fue diagnosticada de: *“Tumor maligno secundario del encéfalo y de las meninges secundarias”*²⁵⁶ y un *“tumor maligno del lóbulo temporal”*²⁵⁷; exonerándola además de cualquier copago hasta tanto logre su afiliación al SGSSS la cual no ha podido realizar por no tener el PEP.

De la referida acción conoció en primera instancia el Juzgado 26 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá que, mediante sentencia del 1 de abril de 2019, resolvió negar el amparo invocado tras considerar que *“(…) hasta tanto la situación migratoria de la menor y su progenitora en nuestro país no se legalice, la Secretaría Distrital de Salud solo prestara la atención médica de manera temporal y en tanto su salud lo requiera y que tengan la categoría de urgentes e impostergables”*. Tal decisión no fue impugnada.

De acuerdo con el material probatorio allegado al proceso por la accionante, consta que la menor fue inicialmente atendida y que los médicos tratantes le practicaron la cirugía que requería para su patología. Como parte integral del tratamiento, los mismos galenos le ordenaron, bajo la categoría de *“prioridad 001”*, una (1) quimioterapia por semana y el suministro de medicamentos.

Tales servicios fueron negados por la entidad accionada conforme obra en los formatos de *“negación de los servicios de salud y/o medicamentos de la Superintendencia de Salud”* que reposan en el expediente, bajo la justificación de que no se encontraba afiliada al SGSSS como consecuencia de no haber regularizado su permanencia en el país.

²⁵⁶ Ver a folio 1 del cuaderno principal.

²⁵⁷ Ibíd. Folio 17.

En sede de revisión, esta Sala, mediante auto del 2 de octubre de 2019, adoptó, como medida provisional, la entrega de los medicamentos prescritos a la menor. Así mismo, mediante auto de 13 de noviembre del mismo año le solicito a la accionada y a la actora información relacionada con la atención integral que ha recibido la misma.

En los documentos allegados a la Sala, la Secretaría de Salud de Bogotá informó que, en cumplimiento a la medida cautelar decretada por la Sala, la menor recibió el medicamento prescrito por su médico tratante, asegurando que, además, la misma se encuentra afiliada “**activa**” en la Entidad Promotora de Salud Capital Salud en el régimen subsidiado desde el 9 de julio de 2019. Dicha afirmación fue sustentada mediante certificación que obra en el sitio web de la Administradora de los Recursos del SGSSS- ADRES- la cual fue remitida al despacho. No obstante lo anterior, esta Sala de Revisión acudiendo a la misma plataforma virtual pudo verificar que a la fecha, la niña se reporta en el sistema como “**retirada**”.

Así mismo, del material probatorio recaudado por la Sala surge que tanto la menor como su progenitora cuentan con un salvoconducto, documento bajo el cual la niña fue registrada en el SGSSS. Igualmente, se constató que la niña accedió a los servicios de oncología requeridos para tratar su patología. De ello da cuenta la historia clínica que reposa en el expediente donde se reporta una atención por los especialistas en oncología pediátrica del Instituto Nacional de Cancerología el día 19 de noviembre 2019, los cuales ordenaron la práctica de una serie de exámenes y procedimientos a nombre de la menor, respecto de los cuales no aparece evidencia de que hayan sido negados.

A partir de lo que ha sido establecido en esta causa, la Sala considera que la entidad accionada desconoció los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la menor hija de la accionante puesto que se negó a autorizarle, en un inicio, los servicios médicos que los galenos prescribieron y que resultaban urgentes y prioritarios para atender la patología que padece y que, como bien se reseña en su historia clínica, es “*cancerosa*”.

El argumento invocado por la entidad accionada para negar tales servicios, cuál es el de que la menor no se encontraba afiliada al SGSSS como consecuencia de no haber regularizado su permanencia en el país, comporta un claro desconocimiento de la jurisprudencia constitucional en la materia. Ciertamente, como ha sido definido por la Corte, el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud a los menores de edad que sufren de algún tipo de afección física y mental y de garantizarles un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes, a pesar de que no se encuentren regularizados en el país y, en consecuencia, no estén vinculados al SGSSS.

Esto último, sobre la base de considerar la misma jurisprudencia que, en el caso de los NNA extranjeros, la falta de diligencia o cuidado de sus representantes

legales, reflejada en el hecho de no adelantar oportunamente los trámites administrativos tendientes a regularizar su condición migratoria y gestionar su vinculación al SGSSS, no puede traer como consecuencia la desatención en los servicios que los menores requieran con necesidad.

Por otro lado, estima la Sala, que ante el hecho de que la menor aparezca actualmente como “**retirada**” en el SGSS, subsiste la duda sobre si la misma continua recibiendo la atención integral que requiere para su enfermedad, la cual, de acuerdo con la literatura médica y la jurisprudencia de esta Corporación, tiene la categoría de catastrófica y supone un tratamiento inmediato y prioritario, máxime cuando nos encontramos ante un sujeto de especial protección constitucional como ocurre en el presente asunto.

Así las cosas, en aras de prever mayores y futuras afectaciones a la salud de la menor, derivadas de la grave patología que padece, y en aplicación a las reglas fijadas por la jurisprudencia en la materia, la Corte tutelar los derechos invocados a favor de la niña y, en consecuencia, le ordenará a la Secretaría de Salud de Bogotá que, en caso de que la menor, para la fecha, no cuente con un documento de identificación válido que le permita permanecer en el SGSSS, proceda a efectuar de oficio nuevamente su vinculación al régimen subsidiado para con esto garantizarle, el cubrimiento de los servicios médicos que requiere con necesidad para tratar su patología.

8.2 Caso 2 - Expediente T-7.565.490

En el presente asunto la señora *Leonora*, ciudadana venezolana, actuando en representación de su hijo *Alí* de tres años de edad, diagnosticado con “*aplasia medular, catarata y glaucoma congénito de ojo derecho*” instauró acción de tutela para solicitar que se le ordene a la Secretaría de Salud de Santander garantizar los servicios especializados de salud que le fueron prescritos al menor para tratar la afección que padece.

El juez que conoció en primera instancia decidió tutelar los derechos invocados tras considerar que la negativa en el suministro de los servicios médicos requeridos por el menor afectaban de una forma “*cruel*” la dignidad de su existencia, desconociendo la condición de vulnerabilidad en que se encuentra debido a su diagnóstico. Consecuencia de lo anterior, ordenó el cubrimiento del tratamiento integral, decisión que fue impugnada.

Por su parte, el fallador de segunda instancia revocó lo dicho por el *a quo* al estimar que de conformidad con la jurisprudencia en la materia y en razón a que la actora y su hijo no habían regularizado su permanencia en el país, no era posible imponerle a la demandada la prestación de servicios de salud por medicina especializada, sino únicamente la atención básica y de urgencias.

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso se pudo verificar que, con ocasión de las medidas cautelares decretadas, al menor se le prestaron los

servicios de salud que le fueron prescritos, entre ellos, “CONSULTA DE MEDICINA ESPECIALIZADA POR HEMATOLOGÍA PEDIÁTRICA Y OFTALMOLOGÍA PEDIÁTRICA” correspondientes a la fórmula médica del 8 de febrero de 2019.

Así mismo, durante el trámite de revisión el despacho fue informado que, desde el 11 de septiembre de 2019, el menor tiene garantizada la atención integral que requiere para tratar sus patologías. Ello, atendiendo a un fallo de tutela proferido en dicha fecha por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Medellín, el cual se pronunció sobre otra acción de tutela promovida por la señora *Leonora* en representación de los intereses su hijo. De dicha providencia se adjuntó la correspondiente copia²⁵⁸.

Con respecto a la otra acción de tutela, la Sala acudió a la página web de esta Corporación donde se pudo constatar que el fallo antes referenciado no fue objeto de impugnación y que, una vez remitido a la Corte Constitucional, fue excluido de su selección mediante auto del 26 de noviembre de 2019²⁵⁹. De allí que, respecto de dicha decisión, ha operado el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional. Así lo ha entendido este Tribunal, entre otras, en la Sentencia SU-349 de 2019²⁶⁰ al explicar que: “(...) la consecuencia de la exclusión de un caso de la revisión de la Corte es la firmeza jurídica del último fallo que se haya adoptado en sede de instancia, el cual cobra, desde entonces, ejecutoria formal y material. De este modo, la sentencia mediante la cual se ha resuelto el asunto concreto hace tránsito a cosa juzgada constitucional”²⁶¹.

Ahora bien, el hecho de advertir la existencia de dos acciones de tutela promovidas por la actora para invocar la protección de los derechos fundamentales de su hijo, lleva a analizar la posible existencia de una acción temeraria por su parte.

De conformidad con lo previsto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 existe temeridad cuando: “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que esta se configura en los casos donde concurren los siguientes elementos: (i) identidad del demandante, en tanto la segunda petición

²⁵⁸ Ver a folios 78- 102 del cuaderno de revisión.

²⁵⁹ Al proceso en mención se le asignó al interior de la Corte el número de radicado T-7697814.

²⁶⁰ M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁶¹ El efecto de cosa juzgada constitucional frente al asunto concreto, derivado de la no selección del expediente, fue particularmente desarrollado desde la Sentencia SU-1219 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En esta providencia, la Sala Plena indicó que “[l]a decisión de la Corte Constitucional consistente en no seleccionar para revisión una sentencia de tutela tiene como efecto principal la ejecutoria formal y material de esta sentencia, con lo que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Salvo la eventualidad de la anulación de dicha sentencia por parte de la misma Corte Constitucional de conformidad con la ley, la decisión de excluir la sentencia de tutela de la revisión se traduce en el establecimiento de una cosa juzgada inmutable y definitiva. De esta forma se resguarda el principio de la seguridad jurídica y se manifiesta el carácter de la Corte Constitucional como órgano de cierre del sistema jurídico”.

de amparo se presenta por parte de la misma persona o su representante; (ii) identidad del sujeto accionado; (iii) identidad fáctica en relación con otra acción de tutela; y (iv) falta de justificación para interponer la nueva acción, vinculada a un actuar doloso o de mala fe por parte del accionante”²⁶².

En esa línea, ha precisado la Corte que la actuación temeraria en el ejercicio de la acción de amparo supone un actuar doloso, contrario al principio de buena fe. Es decir cuando: “(i) *resulte amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones*; (ii) *denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable*; (iii) *deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción finalmente* (iv) *se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia*”²⁶³.

Bajo ese entendimiento, esta Corporación, mediante Sentencia T-272 de 2019, hizo especial énfasis en que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera, *per se*, que la presentación de la segunda tutela sea temeraria. Lo anterior, toda vez que esa situación puede estar fundada en distintas circunstancias tales como: (i) la ignorancia del actor o el asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho, y (ii) en el sometimiento del accionante a un estado de indefensión, bien sea por situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho²⁶⁴.

Atendiendo a lo expresado, encuentra la Sala que en el caso *sub examine* está excluida la materialización de una temeridad por cuanto no se verifica, *prima facie*, una conducta dolosa y mal intencionada por parte de la accionante. Para la Sala es claro que: (i) su condición de migrante permite suponer que, en principio, no tiene un conocimiento suficiente sobre las reglas que operan para el ejercicio de la acción de tutela; (ii) adicionalmente, en su condición de madre, es apenas razonable admitir que haya acudido nuevamente al recurso de amparo en procura de salvaguardar la vida e integridad física de su hijo, quien objetivamente se halla en una situación de debilidad manifiesta derivada no solo de su corta edad sino también y “*sobretudo*” de su grave estado de salud.

En ese orden de ideas, comoquiera que la causa que ha dado lugar al presente trámite de amparo ya fue objeto de un pronunciamiento en otra acción de tutela, en la cual se resolvió con carácter definitivo la protección de los derechos del menor y se dispuso la atención integral de la enfermedad que padece, la Corte

²⁶² Sentencias T-883 de 2001; T-662 de 2002; T-1303 de 2005; SU-713 de 2006; T-634 de 2008; T-507 y T-926 de 2010; T-053 de 2012; T-304 de 2014; T-008, SU-055, T-057, T-069, T-096, T-537 de 2015 y T-452 de 2019, entre otras.

²⁶³ Cita extraída de la sentencia T-452 de 2019.

²⁶⁴ Sentencia 452 de 2019.

declarara la improcedencia del amparo deprecado como consecuencia de haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional. Sobre este particular, la Sala Plena de esta Corporación, en Sentencia SU- 377 de 2014²⁶⁵, hizo la siguiente precisión: ***“Cuando se ha resuelto definitivamente una tutela no puede decidirse el fondo de otra, presentada consecutivamente, que cuente con las mismas partes, los mismos fundamentos e idéntico objeto o pretensión. Cuando no hay mala fe, la segunda tutela debe declararse improcedente. Si existen dos o más tutelas iguales en estos aspectos, que se interponen simultáneamente o en todo caso antes de que alguna se haya fallado con carácter definitivo, los jueces que adviertan esta circunstancia deben asimismo abstenerse de fallar sobre el fondo del problema en cada caso. En el evento de que no haya mala fe, las solicitudes de amparo deben declararse improcedentes”***.

Respecto de lo expuesto, conviene precisar que lo que en realidad se demandó en el marco de las dos acciones de tutela incoadas por la señora *Leonora* fueron las distintas entidades que integran el Sistema General de Salud que pueden estar comprometidas, de acuerdo con el lugar de su domicilio, en la atención médica que requiere el menor. Bajo ese entendido, la Sala considera que resulta admisible inferir que aun cuando no coincidan en su totalidad los sujetos que fungen como extremos pasivos dentro de los trámites de amparo impetrados por la actora, su actuación está orientada a reprochar las conductas desplegadas por las entidades de salud que a su juicio no atendieron de forma integral las necesidades médicas que demanda su hijo para tratar sus patologías.

En virtud de lo anterior, la Sala procederá a revocar los fallos proferidos en primera y en segunda instancia para, en su lugar, declarar la improcedencia de la presente acción de tutela con fundamento en las razones antes expuestas.

8.3 Caso 3 Expediente T-7.549.934

En el presente caso la señora *Amelia*, ciudadana venezolana, actuando en representación de su hijo de diez años de edad diagnosticado con “*encefalopatía estática y microcefalia*”, instauró acción de tutela para solicitar que se le ordene a la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira garantizar los servicios especializados de salud que requiere el menor para continuar con el tratamiento de su enfermedad. Adicionalmente, solicitó que se le ordene a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia entregar el PEP que ella y su hijo necesitan para adelantar la correspondiente afiliación al SGSSS.

El juez que conoció en única instancia negó el amparo de los derechos invocados tras considerar que en el presente asunto no se acreditó la existencia de una urgencia vital así como tampoco se allegó prueba, siquiera sumaria, de que la accionante hubiera requerido a favor de su menor hijo la atención médica de urgencias en Colombia²⁶⁶.

²⁶⁵ M.P. María Victoria Calle Correa. Al respecto, consultar también la sentencia T-298 de 2018

²⁶⁶ Ver a folio 73 del cuaderno principal.

De los elementos de juicio que obran en el expediente se pudo constatar que a nombre del menor figuran varias órdenes médicas para la práctica de procedimientos y entrega de medicamentos que le fueron expedidas en Venezuela. Al margen de lo anterior, estando ya en territorio colombiano no se acredita que la accionante, en representación de su hijo menor, haya acudido a los servicios de salud en el país y, por tanto, que las entidades del sistema le hayan negado alguna atención o requerimiento médico que guarde relación con la patología que este padece.

No obstante lo anterior, aun cuando no se advierte que la actora solicitó ante las entidades de salud en Colombia y, concretamente, ante la accionada los servicios médicos que se necesitan para tratar la enfermedad de su hijo, así como tampoco adelantó los trámites que prevé la ley para regularizar su situación migratoria, lo cierto es que a la luz de la regulación legal vigente y lo manifestado por las demandadas en el curso del proceso, puede inferirse que el menor solo podrá acceder a una atención de urgencia sobre la base de que su situación migratoria no haya sido resuelta.

En ese contexto y atendiendo a los criterios que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación deben ser aplicados en casos como el que se revisa, estima la Sala que, por encontrarse el menor en una situación de particular vulnerabilidad derivada de su grave estado de salud, resultaría desproporcionado reconocer que la mala gestión de sus representantes legales reflejada en el hecho de no haber gestionado oportunamente los trámites para regularizar su condición migratoria y consecuentemente afiliarlo al SGSSS, deba proyectarse negativamente en el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, en el entendido de que en el caso *sub examine* el menor padece de “*encefalopatía estática y microcefalia*” y que, en consecuencia, requiere de una atención completa para tratar dicha patología para así salvaguardar sus derechos a la vida e integridad física y mental, resulta necesario conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, ordenarle a la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira que adopte todas las medidas de protección orientadas a garantizarle al niño el acceso a los servicios médicos integrales que demanda para atender su enfermedad.

8.4 Caso 4- Expediente T-7.564.976

En el presente asunto la señora *Doris*, ciudadana venezolana, actuando en representación de su hija de 1 año de edad diagnosticada con “*retardo en el área del desarrollo psicomotor – encefalopatía fija tipo diplepe espástico*”, instauró acción de tutela para solicitar que se le ordene a la Fundación “*Clínica Club Noel*” de Cali y al Hospital “*La Buena Esperanza*” de Yumbo (Valle) garantizar el cubrimiento integral de todos los servicios especializados de salud que requiere la menor para tratar su patología.

El juez que conoció en única instancia de la referida acción constitucional negó el amparo de los derechos invocados tras estimar que, de acuerdo con la información reportada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP), tanto la niña como su familia se encuentran en la base de datos certificada, clasificando en el Sisbén III. En ese contexto, precisó que le corresponde a la progenitora gestionar su afiliación en la Secretaría de Salud Municipal de Yumbo para con ello, ingresar a una EPS del régimen subsidiado y así acceder a los servicios médicos que demanda la menor.

Estudiados los documentos allegados a esta Corte en sede de revisión, se advierte que la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca, la cual fue vinculada en el curso de la primera instancia, informó que la madre de la niña se reporta *ACTIVA en la EMPRESA ADMINISTRADORA DE PLANES DE BENEFICIOS (EAPB) NUEVA EPS S.A. dentro del REGIMEN CONTRIBUTIVO*, restándole únicamente, llevar a cabo la correspondiente afiliación de su menor en calidad de beneficiaria, conforme lo prevé el artículo 21 del Decreto 2353 de 2015²⁶⁷. Dicha afirmación fue sustentada mediante certificación que obra en el sitio web de la Administradora de los Recursos del SGSSS- ADRES la cual fue allegada al despacho y fue verificada por la Sala a través de la misma plataforma virtual, donde además se pudo constatar que la accionante registra como documento de identificación el PEP número 951015301051998²⁶⁸ hecho que, necesariamente, lleva a concluir que se halla en condición de regularidad dentro del territorio nacional.

Adicional a lo anterior, aparece probado en el expediente que la afiliación efectiva de la accionante a la EPS tuvo lugar a partir del día 1 de abril de 2019 esto es, aproximadamente, dos meses antes de que recurriera a la interposición de la acción de tutela la cual, según el acta individual de reparto, fue radicada el 21 de junio de 2019²⁶⁹. A pesar de ello, no se explica la Sala las razones por las cuales la actora no incluyó a su hija en calidad de beneficiaria ni tampoco, por qué no le solicitó directamente a la EPS los servicios que requiere la menor.

En ese contexto, considera la Corte que, atendiendo a que a la fecha la accionante todavía figura como “**activa**” en el SGSSS en el régimen contributivo, sería, en principio, la EPS a la que pertenece la llamada a garantizar el cubrimiento de los servicios y prestaciones médicas que requiere su hija para tratar la enfermedad que padece. Todo esto, considerando que, conforme fue señalado por la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca y la normatividad vigente en la materia, la menor cumple con la condición para ser afiliada en calidad de beneficiaria de su madre.

²⁶⁷ “Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”.

²⁶⁸ Ver a folio 30 del cuaderno principal.

²⁶⁹ Ver folio 1 del cuaderno principal.

No obstante lo expuesto, teniendo en cuenta que la NUEVA EPS S.A no fue vinculada al presente trámite de tutela y ante la imperiosa necesidad de salvaguardar las garantías fundamentales de la niña, la Corte concederá la protección de los derechos invocados y, en consecuencia, le ordenara a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca que, de manera inmediata, preste la respectiva asesoría a la señora *Doris* con el objeto de que, de no haberse hecho, gestione ante la referida EPS la afiliación de su menor hija *Artemisa* supervisando que a esta última le sean prestados todos los servicios requeridos para tratar su patología.

8.5 Caso 5 -Expediente T-7.646.424

En el presente asunto la señora *Sandra*, ciudadana venezolana, actuando en representación de su hijo de dos años de edad diagnosticado con “*ulcera corneal bilateral*” y “*desnutrición severa*”, entre otras, instauró acción de tutela para solicitar que se le ordene a la Secretaria de Salud Departamental de La Guajira garantizar el cubrimiento del tratamiento integral en salud que requiere el menor para tratar su patología. Adicionalmente, solicitó que se le ordene a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia entregar el PEP que ella y su hijo necesitan para adelantar la correspondiente afiliación al SGSSS.

El juez que conoció en primera instancia de la referida acción resolvió tutelar los derechos fundamentales del niño tras considerar que, en razón del riesgo que reviste su salud física y emocional, consecuencia de las patologías que padece, resulta necesario garantizarle, pese a su estadía irregular, un tratamiento especial y diferenciado que le permita “(...) *conservar la dignificación de su vida*”. Decisión que fue objeto de impugnación.

Por su parte, el fallador de segunda instancia revocó lo dicho por el *a quo* al estimar que, la Sociedad Médica Clínica de Maicao, en acompañamiento de la Secretaria de Salud Departamental de la Guajira, garantizó el cumplimiento de la obligación de prestar los servicios básicos de salud al niño, lo que implicaba la atención en urgencias. Respecto de la atención integral, puntualizó que es necesario que su progenitora adelante los trámites correspondientes a regularizar su estado migratorio para, posteriormente, gestionar su afiliación en el SGSSS.

Conviene precisar que tanto la Defensoría del Pueblo como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Guajira – concurrieron, en sede de instancia, a la presente causa para coadyuvar la pretensión de la parte accionante sobre la base de considerar que, en aplicación del principio del interés superior del menor y, en atención al grave estado vulnerabilidad en que se encuentra el niño, es necesario garantizar el cubrimiento del tratamiento integral para atender sus afecciones de salud y con ello, salvaguardar su vida e integridad física.

Estudiados los elementos de juicio que obran en el expediente, la Sala pudo constatar que se encuentra acreditada la necesidad de los servicios médicos integrales que demanda el menor. De ello da cuenta la historia clínica que reposa en el expediente donde fue posible verificar su grave estado de salud a partir de la existencia de un cuadro desnutrición severa y úlceras oculares, patologías que fueron tratadas por médicos colombianos y respecto de las cuales, estos últimos, ordenaron una serie de medicamentos y procedimientos a seguir en miras de alcanzar su recuperación. Adicional a ello, debe anotarse que de las pruebas valoradas se pudo establecer, igualmente, que el menor presenta cuadros de maltrato infantil por negligencia parental.

Bajo ese escenario, la Sala es consciente de la situación particular del menor quien por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra al estar disminuido en su salud y tener la condición de migrante “*no regularizado*”, no ha podido acceder de forma integral a los servicios y atenciones médicas que requiere para atender sus padecimientos. Por ello, aun cuando el menor es beneficiario del servicio de urgencias, ello no resulta suficiente para garantizar el restablecimiento de su salud física y quizás emocional.

Sobre el particular, es importante reiterar que el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud a los menores de edad que sufren de algún tipo de afección física y mental y de garantizarles un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes (NNA) migrantes, a pesar de que no se encuentren vinculados al SGSSS.

Esto último, sobre la base de considerar la misma jurisprudencia que, en el caso de los NNA extranjeros, la falta de diligencia o cuidado de sus representantes legales, reflejada en el hecho de no adelantar oportunamente los trámites administrativos tendientes a regularizar su condición migratoria y gestionar su vinculación al Sistema de Seguridad Social en Salud, no puede traer como consecuencia la desatención en los servicios que los menores requieran con necesidad.

Así pues, en aplicación a las reglas previstas por la jurisprudencia en la materia y reconociendo la imperiosa necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales del menor, los cuales como bien se ha advertido en esta providencia, no pueden verse menoscabados por la falta de diligencia de sus representantes legales, concretamente de su madre, en el hecho de no haber regularizado su situación migratoria, la Sala concederá la protección de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, le ordenará a la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira que extienda el cubrimiento en salud que para la fecha ha garantizado, hasta cuando el SGSSS asuma el costo inherente a todos los tratamientos y servicios que requiere el menor, previa afiliación a dicho sistema y previa inscripción en el registro del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales –Sisbén-.

Así mismo, atendiendo al hecho de que en el expediente se advierte que el menor “*padece de cuadros de maltrato infantil por negligencia parental*” la Sala, actuando en procura de salvaguardar los derechos fundamentales de *Santiago*, instará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, en caso de ser necesario, adopte las medidas a las que haya lugar para garantizar su protección y bienestar.

Adicionalmente, advierte la Sala que las órdenes de protección emitidas en la presente providencia no exoneran a los representantes legales de los menores aquí involucrados para que adelanten, dentro del menor tiempo posible y ante las autoridades migratorias nacionales, los trámites a que haya lugar para regularizar su permanencia y la de sus hijos en el territorio colombiano. En ese orden, se instara a los accionantes para tal efecto con el fin de que, posteriormente, procedan a realizar la correspondiente afiliación al SGSSS de ellos y sus menores en el régimen contributivo o subsidiado, según su capacidad de pago, circunstancia que deberá ser puesta en conocimiento del juez de primera instancia que conoció, respectivamente, de cada causa.

Finalmente, y atendiendo a las nuevas reglas fijadas para la Sala en materia de acceso a los servicios de salud por parte de menores extranjeros que se encuentran en situación irregular en el territorio colombiano, la Sala dispondrá que el Consejo Superior de la Judicatura facilite y/o procure la publicación del presente fallo antes los distintos despachos judiciales. Ello, en miras de salvaguardar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de los NNA que, en uso de la acción de tutela, consideren que se encuentra en circunstancias similares a las que fueron objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional en esta oportunidad.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia del primero de abril de 2019 proferida por el Juzgado 26 Penal Municipal con Función de Conocimiento de Bogotá dentro del expediente **T-7.525.716** mediante la cual se negó la protección invocada en el marco de la acción de tutela instaurada por la señora *Francisca* en representación de su menor hija *Roberta* contra la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá y el Fondo Financiero Distrital de Salud y, en su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos a la vida y a la salud de *Roberta* por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. – ORDENAR a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de este fallo, realizar todas las gestiones necesarias para que, en caso de no haberse llevado a cabo, se adelanten las acciones pertinentes para que la menor *Roberta* ingrese nuevamente al SGSSS en el régimen subsidiado para con esto, garantizarle el cubrimiento de todos los servicios médicos que requiere con necesidad para tratar su patología.

TERCERO. – REVOCAR las sentencias de primera y segunda instancia del 28 de febrero de 2019 y del 8 de abril de 2019 proferidas por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bucaramanga y el Juzgado Noveno Civil del Circuito, respectivamente, proferidas dentro del expediente **T-7.565.490** y, en su lugar, declarar la **IMPROCEDENCIA** de la acción de tutela impetrada por la señora *Leonora* en representación de su menor hijo *Alí* por haber operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional respecto de la protección que se le brindó al menor en relación con el cubrimiento del tratamiento integral que requiere para atender sus patologías.

CUARTO. – REVOCAR la sentencia del 27 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Maicao dentro del expediente **T-7.549.934** mediante la cual se negó la protección invocada en el marco de la acción de tutela instaurada por la señora *Amelia*, en representación de su menor hijo contra la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira y, en su lugar **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida de *Salomón* por las razones expuestas en esta providencia.

QUINTO. – ORDENAR a la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira que adopte todas las medidas de protección orientadas a garantizarle a *Salomón* el acceso a los servicios médicos integrales que demanda para atender su enfermedad sin que se le imponga barrera administrativa alguna sustentada en el hecho de que no se halla en condición de regularidad en el territorio colombiano.

SEXTO. – REVOCAR la sentencia del 9 de julio de 2019 proferida por el Juzgado 31 Civil Municipal de Cali que declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por la señora *Doris* en representación de su menor hija contra la Fundación “*Clínica Club Noel*” de Cali y el Hospital “*La Buena Esperanza*” de Yumbo (Valle) dentro del expediente **T-7.564.976** para, en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana de *Artemisa* por las razones expuestas en esta providencia.

SEPTIMO. – ORDENAR a la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca que, de manera inmediata, preste la respectiva asesoría a la señora *Doris* con el objeto de que, de no haberse hecho, gestione ante la NUEVA E.P.S la afiliación de su menor hija, *Artemisa* supervisando que a esta última le sean prestados todos los servicios requeridos para tratar su patología.

OCTAVO. – REVOCAR las sentencias de primera y segunda instancia del 28 de junio de 2019 y del 15 de agosto de 2019 proferidas por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, respectivamente, dentro del expediente **T-7.646.424** y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud de *Santiago* por las razones expuestas en esta providencia

NOVENO. – ORDENAR a la Secretaría de Salud Departamental de La Guajira que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) posteriores a la publicación de la presente providencia, extienda el cubrimiento en salud que para la fecha ha garantizado, hasta cuando el SGSSS asuma el costo inherente a todos los tratamientos y servicios que requiere *Santiago* previa afiliación a dicho sistema y previa inscripción en el registro del *Sistema* de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales –Sisbén-.

DECIMO. - INSTAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, en caso de ser necesario, adopte las medidas a las que haya lugar para garantiza la protección y bienestar de *Santiago*.

DECIMO PRIMERO.-INSTAR a los representantes de los menores involucrados en las presentes causas para que, en el menor tiempo posible, adelanten los trámites administrativos tendientes a regularizar su situación migratoria y la de sus hijos para, con ello, proceder a su afiliación al SGSSS, hecho que, deberá ser puesto en conocimiento del juez que en primera instancia conoció, respectivamente, de cada proceso de tutela.

DECIMO SEGUNDO.- SOLICITAR al Consejo Superior de la Judicatura que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, inicie las gestiones pertinentes para remitir copia de la misma a todos los despachos judiciales del territorio nacional con el objetivo de que conozcan y acaten la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicio de salud de los menores extranjeros en situación irregular.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General