

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS DE PADRES MIGRANTES EN SITUACION IRREGULAR-Caso en que se niega asignación de citas médicas con diferentes especialidades a menor venezolana

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Protección constitucional reforzada en el ámbito interno y en el ámbito internacional

CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Prevalencia de los derechos de los niños

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SERVICIO DE SALUD-Cobertura para los residentes en todo el territorio nacional

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD EN SALUD-Acceso de personas que no tienen recursos para sufragar los servicios de salud que requieren

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Alcance

DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Extranjeros gozan de los mismos derechos civiles y garantías que gozan los nacionales, salvo las limitaciones que establece la Constitución o la ley

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Marco legal

AFILIACION DE EXTRANJEROS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regulación

AFILIACION DE EXTRANJEROS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Requisitos

REGISTRO ADMINISTRATIVO DE MIGRANTES VENEZOLANOS RAMV-Alcance

PERMISO ESPECIAL DE PERMANENCIA PEP-Venezolanos inscritos en el RAMV tienen derecho a ser atendidos por urgencias, programas de vacunación y control prenatal, entre otros

PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD APLICABLE AL DERECHO A LA SALUD DE LOS NIÑOS-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS VENEZOLANOS EN COLOMBIA-Progresividad hasta alcanzar la atención integral

La jurisprudencia es consciente de las 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. Y para el caso de niños, niñas y adolescentes extranjeros no regularizados, que se ven menoscabados en su salud física y mental, 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.

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS DE PADRES MIGRANTES EN SITUACION IRREGULAR-Orden a Entidad Territorial, garantizar a la agenciada el acceso a los servicios médicos que requiere para el tratamiento de sus patologías

Referencia: Expediente T-7.875.215

Acción de tutela interpuesta por María Teresa Rodríguez Castro, en representación de su menor hija Oriana Valentina Pérez Rodríguez, contra la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, D. C., tres (3) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger -quien la preside-, y los magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, y los artículos 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de primera y única instancia del catorce (14) de febrero de dos mil veinte (2020), emitido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pereira (Risaralda), por medio del cual se declaró improcedente la acción de tutela incoada por la señora María Teresa Rodríguez Castro, en representación de la menor Oriana Valentina Pérez Rodríguez, contra la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 55 del Acuerdo 02 de 2015, la Sala de Selección de Tutelas No. 041 mediante auto de fecha del 18 de septiembre de 2020, notificado por la Secretaría General de esta Corporación en el estado No. 15 del 05 de octubre de 2020, escogió para efectos de revisión, la acción de tutela de la referencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a resolver el asunto en revisión, con fundamento en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El 03 de febrero de 2020, la señora María Teresa Rodríguez Castro, actuando en representación de su menor hija Oriana Valentina Pérez Rodríguez, interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, por la presunta vulneración del derecho fundamental a la salud². Del escrito base de la acción se describen los siguientes:

1. Hechos y solicitud

1.1. Manifestó que su hija Oriana Valentina Pérez Rodríguez es de nacionalidad venezolana, añadió que la menor nació hacia el mes de agosto de 2013 en el Estado de Barinas del vecino país, y que se encuentran en situación irregular en el territorio colombiano³.

1.2. Sostuvo que a la edad de 5 años, el 26 de febrero de 2019, la menor Oriana Valentina acudió a consulta médica en la ESE Salud Pereira, siendo atendida por el profesional de la medicina Gabriel de Jesús Martínez, quien diagnosticó: otras anomalías de la marcha y de la movilidad y las no especificadas (R268), por lo que solicitó consulta de primera vez por fisioterapia.

1.3. Señaló que a la edad de 6 años, el 27 de enero de 2020, la menor Oriana Valentina asistió a una cita médica con la profesional Marcela González C, en la ESE Salud Pereira, quien diagnosticó: estrabismo (H509), trastorno de la refracción no especificado (H527), deformidad en valgo no clasificada (M210), por lo que ordenó interconsultas por las especialidades de oftalmología⁴, optometría⁵, ortopedia⁶ y fisioterapia⁷.

1.4. Afirmó que, al solicitar la asignación de las citas con las especialidades aludidas en la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, le negaron los servicios, en razón a la nacionalidad y edad de la menor, pues al tener más de 5 años, dejó de ser beneficiaria de la

atención prioritaria⁸.

1.5. Adicionalmente, informó que funcionarios del SISBEN realizaron una visita, que fue solicitada con el propósito de que la menor fuera asignada a una EPS, y de esta manera recibir toda la atención en salud requerida. Sin embargo, por no aparecer dicha visita registrada en el sistema, la prestación del servicio implorada, debía hacerse por intermedio de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda.

1. Admisión y traslado de la demanda

2.1. El Juzgado Quinto Civil Municipal de Pereira (Risaralda) admitió la acción de tutela contra la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda mediante auto del 03 de febrero de 2020⁹. En la citada providencia, se vinculó oficiosamente a la Secretaría de Salud Municipal de Pereira, corriéndole traslado, al igual que a su homóloga departamental, para que en el término de tres días se pronunciaran sobre los hechos que sustentaron la solicitud de amparo¹⁰.

2.2. En auto del 11 de febrero de 2020, el juzgado de conocimiento, ante la respuesta de una de las partes, consideró necesario vincular al trámite de tutela a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, corriéndole traslado para que se pronunciara de manera inmediata sobre los hechos que dieron origen a la misma¹¹.

1. Contestación de la demanda

3.1. Secretaría de Salud Pública y Seguridad Social del Municipio de Pereira

3.1.1. La Secretaría de Salud Pública y Seguridad Social del Municipio de Pereira consideró imperativo recordar las competencias y funciones de la entidad que representa, por lo cual transcribió en su totalidad el artículo 44 de la Ley 715 de 2001, que se refiere a la competencia de los municipios en materia de salud y específicamente las del numeral 44.2.212, con el fin de indicar que el municipio suscribió un contrato PPNA (población pobre no afiliada) con la ESE de Salud Pereira, quien funge como prestador de servicios de salud, para garantizar la cobertura y el acceso de los usuarios a los servicios de salud en el régimen subsidiado y de las personas que carecen de algún tipo de afiliación dentro de su jurisdicción¹³.

3.1.2. En ese contexto, hizo claridad en cuanto a que dicho contrato beneficia exclusivamente a quienes cumplen los siguientes presupuestos: “(i) que la atención requerida sea por parte de una de las poblaciones contempladas como vulnerables, tales como adultos mayores, menores de edad y madres gestantes, y (ii) cuando la atención sea de urgencia vital y/o en primer nivel de complejidad, esto aplica para atenciones de medicina general”. Así, explicó que en el caso particular, la usuaria cumple solo una de las dos condiciones, pues los servicios demandados son de mayor complejidad, que requieren de especialistas, competencia que recae en la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda y el Hospital Universitario San Jorge de Pereira, este último encargado de las atenciones de segundo nivel de complejidad; en ese sentido, enfatizó que no se trata de una atención de primer nivel, ni obedece a una urgencia vital¹⁴.

3.1.3. Una vez expuesto lo anterior, la funcionaria afirmó que no se han vulnerado ni amenazado los derechos fundamentales de la menor Oriana Valentina Pérez Rodríguez, y solicitó, por la falta de competencia mencionada, que su entidad fuera desvinculada del trámite de tutela, salvo que se requieran servicios de urgencia vital o del primer nivel de atención.

3.2. Secretaría de Salud Departamental de Risaralda

3.2.1. El Secretario de Salud Departamental de Risaralda, en su respuesta hizo referencia a varios aspectos, entre los que se encuentran los siguientes:

3.2.1.1. La búsqueda de la accionante, para que se ordene a las entidades accionadas surtir los trámites necesarios con el fin de que su menor hija sea afiliada a una EPS del régimen subsidiado y, de esta forma recibir la atención médica requerida, conforme a los diagnósticos que reposan en la historia clínica, los cuales son: deformidad en valgo no clasificada, anormalidad en la marcha y la movilidad, estrabismo y trastorno de la refracción no especificado.

Así pues, afirmó que las valoraciones por las especialidades de oftalmología, optometría, ortopedia y fisioterapia ordenadas por los médicos tratantes son servicios que están incluidos en el plan de beneficios en salud (PBS)¹⁵.

3.2.1.2. Sostuvo que, de acuerdo a la normatividad citada a pie de página¹⁶, que regula las competencias de los entes departamentales y municipales, en lo atinente a la prestación de los servicios de salud en los diferentes niveles de atención a la población venezolana en territorio nacional, como ente territorial garantizan las actividades médicas catalogadas como urgencias nivel III, fungiendo como prestador de servicios complementarios, afirmando que las secretarías de salud municipales son las encargadas de la atención en salud en los niveles I y II de complejidad. De igual manera, aludió a la situación de extranjero irregular en la que podría estar la accionante, por lo cual solo podría acceder a los servicios médicos de urgencias¹⁷.

3.2.1.3. Adicionalmente, mencionó algunas de las competencias asignadas a la entidad Migración Colombia, como las del numeral 7° del Decreto 4062 de 2011, que regula la expedición de cédulas de extranjería, salvoconductos, prórrogas de permanencia y salidas del país, certificados de movimientos migratorios, entre otros, documentos relacionados con asuntos de migración y extranjería; y las del Decreto 1288 de 2018 y la Resolución 5797 de 2017, en el que se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV) a la oferta institucional, y por el cual se crea el permiso especial de permanencia (PEP) como un mecanismo de facilitación migratoria para los nacionales venezolanos, respectivamente¹⁸.

3.2.2. Finalmente, el Secretario de Salud Departamental de Risaralda concluyó que su entidad no hace ningún trámite de afiliación ni de entrega de medicamentos o procedimientos ambulatorios, hasta tanto la niña Oriana Valentina gestione su situación irregular con la autoridad Migración Colombia, para que visualizada en la base de datos, acceda a la oferta en salud requerida; asimismo, refirió que las secretarías de salud departamentales no cuentan con recursos financieros para afrontar la problemática de garantizar una atención integral en salud a la población venezolana en situación irregular. Agregó que las consultas de primera vez por las especialidades que requiere la menor deben ser asumidas por la Secretaría de Salud Municipal de Pereira, al tratarse de servicios básicos de salud¹⁹.

3.3. Hospital Universitario San Jorge de Pereira

3.3.1. Por intermedio de apoderada judicial, la institución hospitalaria manifestó que las consultas por fisiatría, oftalmología, optometría y ortopedia ordenadas a la menor venezolana no pueden ser garantizadas, toda vez que son actividades que no se encuentran ofertadas dentro del portafolio de servicios de la entidad, frente a las cuales se deben tener los distintivos de habilitación expedidos por la autoridad competente, que para este caso es la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda. Aclaró que los servicios de oftalmología y

ortopedia sí se ofrecen, pero no bajo la modalidad de pediatría; y los servicios de optometría y fisiatría no se encuentran bajo ninguna modalidad ofertada²⁰.

1. Pruebas que obran en el expediente

4.2. Copia del registro civil de nacimiento de la menor Oriana Valentina Pérez Rodríguez, expedido por el Consejo Nacional Electoral Venezolano, en el cual consta el vínculo maternal con la accionante (folio 6).

4.3. Copia de las solicitudes de autorización a la menor Oriana Valentina Pérez Rodríguez, para la especialidad de fisiatría con fecha 26 de febrero de 2019, y las especialidades de oftalmología, optometría y ortopedia con fecha de 27 de enero de 2020, por consecuencia de las patologías de estrabismo no especificado, trastorno de la refracción no especificado, otras anormalidades de la marcha y de la movilidad y las no especificadas, y deformidad en valgo no clasificada en otra parte, respectivamente (folios 7 a 10).

4.4. Copia de la historia clínica de la menor Oriana Valentina Pérez Rodríguez, que refleja las consultas con el médico general Gabriel de Jesús Martínez el 26 de febrero de 2019, y con la profesional Marcela González C. del 27 de enero de 2020, donde constan las diferentes patologías que padece y la remisión a otras especialidades médicas; citas que se hicieron por la modalidad de crecimiento y desarrollo (folios de 11 a 13).

4.5. Copia del reporte de los servicios en salud habilitados a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira ante la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda en el formato de Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, en el que no se encuentran las

especialidades requeridas por la menor Oriana Valentina (folios 42 a 45).

1. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Primera Instancia

5.1.1. En fecha del 14 de febrero de 2020, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pereira dictó sentencia en la que declaró improcedente la acción de tutela promovida por la señora María Teresa Rodríguez Castro, quien actuó como representante de la menor Oriana Valentina Pérez Rodríguez, contra la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda. En el mismo acto, se desvinculó a la Secretaría de Salud Municipal de Pereira y a la ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira²¹.

5.1.2. En ese sentido, el fallador citando jurisprudencia constitucional relacionada con la atención en salud de población extranjera en nuestro país, en especial la sentencia T-025 de 2019, consideró que a la menor Oriana V. Pérez, al ser atendida por el programa de crecimiento y desarrollo de la IPS Salud Pereira en dos oportunidades, se le garantizó su derecho a la salud, recordando que los costos de esas consultas de médico general fueron asumidos por la Secretaría de Salud Municipal de Pereira, en razón a no encontrarse afiliada a ninguna EPS del régimen contributivo o subsidiado, ni contar con algún seguro o póliza de salud y ser extranjera en situación migratoria irregular.

5.1.3. Adicionalmente, señaló que la falta de programación y práctica de las consultas de primera vez para las especialidades de fisiatría, oftalmología, optometría y ortopedia, acorde con lo consignado por los galenos, son servicios electivos y, por tal motivo, no detectó ninguna condición de urgencia o prioridad; sumado a que tampoco se trata de un servicio de

atención básica o de urgencias, o un caso grave o excepcional, que de no llevarse a cabo provoque una vulneración en los derechos fundamentales de la menor²².

1. Actuaciones surtidas en sede de revisión

6.1. Mediante auto del 27 de octubre de 2020, la magistrada sustanciadora consideró necesario recaudar mayores elementos probatorios para mejor proveer; por lo que requirió a la accionante para que informara acerca de la afiliación a alguna EPS, respecto de su hija; y, por otro lado, si había realizado alguna gestión ante las autoridades migratorias del país, a efectos de regularizar el estatus migratorio de la menor Oriana Valentina Pérez. De igual manera, vinculó a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, al ser el ente competente de definir la situación migratoria de los ciudadanos venezolanos en el territorio nacional²³.

6.2. El 30 de octubre de 2020, la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, en respuesta al auto de vinculación, comunicado mediante oficio OPTB-745/20, indicó en relación con la condición migratoria de las ciudadanas venezolanas María Teresa Rodríguez Castro y Oriana Valentina Pérez Rodríguez, que luego de consultado el Sistema de Información Misional de la entidad, éste arrojó los siguientes datos para ambas: “1. No tienen historial del extranjero. 2. No tienen movimientos migratorios. 3. No tienen salvoconductos. 4. No tienen informe del caso. 5. No cuentan con permiso especial de permanencia PEP. 6. No cuentan con Permiso Especial de Permanencia PEP-RAMV. 7. Así mismo, consultado el Sistema de Gestión Documental ORFEO, no registran solicitudes”. Así, conforme al precitado informe, señaló que María Teresa Rodríguez Castro y Oriana Valentina Pérez Rodríguez se encuentran en condición migratoria irregular, al no haber ingresado por un puesto de control migratorio habilitado, incurriendo en dos posibles infracciones a la normatividad migratoria²⁴.

1. De acuerdo con lo anterior, Migración Colombia explicó dos posibles escenarios que tendría la accionante, con el fin de normalizar su situación migratoria; en primer lugar, mencionó el salvoconducto tipo SC225, ya que es un documento válido para la afiliación al Sistema de Seguridad Social de los extranjeros; y en segundo lugar, se refirió al Permiso Especial de Permanencia (PEP), para luego indicar, frente a éste último, que la demandante no cumple con esos requisitos al no haber ingresado de manera regular al país. En conclusión, reiteró que la ciudadana Rodríguez Castro no ha adelantado ningún trámite administrativo para ella, ni a favor de su menor hija, con el fin de obtener, por lo menos, el salvoconducto tipo SC2, el que les brindaría acceso a más servicios en salud.

6.4. Luego de vencido el término de traslado de la prueba recibida el 30 de octubre de 2020, enviada por la entidad Migración Colombia, la cual fue debidamente informada a las direcciones físicas y correos electrónicos aportados por las partes, el Secretario de Salud Departamental de Risaralda remitió memorial en «e-mail» del 10 de noviembre de 2020, en el que reiteró apartes de la contestación radicada en el trámite de instancia (ver supra 3.2), haciendo especial énfasis en la intervención hecha por el Ministerio de Salud en la sentencia T-314 de 2016, relacionada con la atención en salud de migrantes irregulares en Colombia. En ese sentido, indicó que si la persona extranjera requiere servicios de salud diferentes a la atención inicial de urgencias, puede escoger entre varias opciones para acceder a ellos, tales como: (i) adquirir una póliza de salud, (ii) en el caso de tener recursos, afiliarse al sistema de salud como cotizante en el régimen contributivo, o (iii) solucionar su situación migratoria irregular ante la autoridad competente, para obtener un documento válido y lograr la afiliación al Sistema de Salud en el régimen subsidiado²⁶.

6.5. Por otra parte, el escrito aludido, conforme al Decreto 2408 de 2018, que modificó en lo correspondiente al Decreto 780 de 2016 “Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, analizó la forma en que se financia la atención inicial de urgencias de la población venezolana en situación irregular en territorio colombiano; así, si la atención requerida corresponde a un primer nivel de complejidad, son las secretarías de salud municipales, las responsables de asumir aquellos servicios, y en caso, de que la urgencia corresponda a un

segundo o tercer nivel, los encargados de asumir son los entes departamentales.

De esta forma, señaló que para la vigencia 2020, su Secretaría tiene suscrito contratos para la atención de segundo y tercer nivel con las IPS públicas: ESE Hospital Universitario San Jorge de Pereira, ESE Hospital Santa Mónica de Dosquebradas, ESE Hospital Universitario Mental de Risaralda y ESE Hospital San Pedro y San Pablo de Virginia (Risaralda).

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991, y por virtud de la selección y del reparto realizado en la forma que establece el Reglamento Interno de la Corporación (Acuerdo 02 de 2015).

2. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La acción de tutela es una garantía constitucional plasmada en el artículo 86 superior y el Decreto Ley 2591 de 1991 y desarrollada por la jurisprudencia de esta alta Corporación²⁷, la cual tiene como principales elementos de análisis para su procedencia, la legitimidad por activa y por pasiva, la inmediatez y el carácter residual y subsidiario de la acción. De esta forma, cuando el juez constitucional encuentra acreditado el cumplimiento de los cuatro

requisitos en mención, el amparo puede darse de dos maneras: (i) como mecanismo definitivo de protección, en donde la persona afectada no cuenta con un medio de defensa judicial alternativo, o cuando disponiendo de este en el caso particular, dicho medio no cumple con la idoneidad o eficacia suficiente para defender los derechos fundamentales adecuada, integra y oportunamente; y, (ii) como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que la finalidad es evitar que se materialice un evento catastrófico relacionado con un derecho fundamental, mientras que el juez natural profiera una sentencia de fondo, para lo cual se deberá cumplir con cuatro requisitos: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y, (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables”²⁸.

Conforme a los requisitos generales enunciados con anterioridad, esta Sala de Revisión profundizará en cada uno, con el fin de determinar si en el asunto que se somete a estudio es procedente la acción de tutela.

1. Legitimación en la causa por activa

2.1.1. El artículo 86 de la Constitución Política indica que cualquier persona tiene el derecho de interponer la tutela, para la protección de sus derechos fundamentales cuando resultan lesionados o amenazados por la acción o la omisión de autoridades públicas o de particulares; a su vez, ésta puede ejercerse por sí mismo o a través de otro individuo, quien debe actuar a su nombre. Así lo reitera el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, que señala que el mecanismo de amparo puede ser formulado en todo momento y lugar, incluso en causa ajena, en el caso de que el titular de los derechos no se encuentre en condiciones de acudir por sí mismo a la defensa de sus propios intereses²⁹.

2.1.2. Una lectura armónica del artículo 100 superior permite concluir que la tutela puede ser incoada tanto por nacionales como por extranjeros, pues dicho texto normativo extiende la

garantía de disfrute de los derechos civiles que gozan los colombianos a ese colectivo de personas; en ese entendido, el extranjero tiene en sus manos el pleno ejercicio de la citada acción de amparo sin limitación alguna³⁰. Igualmente, al tenor del artículo 44 de la Constitución Política, cuando se trata de la protección de los derechos de los niños, toda persona está llamada a salir en defensa del interés superior del menor, sin ser relevante la calidad que invoque u ostente aquel sujeto; en este sentido, el alto Tribunal recuerda que es en la sociedad en general, en quien recae dicha legitimación³¹.

2.1.3. Existe otro aspecto que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha analizado y es el relacionado con la calidad de quien interpone la acción de tutela, indicando que: “Cuando se presenta la tutela, la legitimación en la causa por activa se acredita: (i) en ejercicio directo de la acción por quien es titular de los derechos fundamentales; (ii) por medio de los representantes legales (en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas); (iii) a través de apoderado judicial; y (iv) planteando la existencia de una agencia oficiosa”³².

Respecto de la representación legal de los padres frente a los hijos menores de 18 años, es preciso parafrasear lo anotado en la Sentencia T-576 de 2019, la cual sostuvo que los progenitores que adviertan una vulneración o amenaza en los derechos fundamentales de sus hijos menores, pueden acudir al juez constitucional y exigir la protección de sus derechos. En tal evento, sin que sea una barrera de acceso a la justicia, el fallador podrá hacer una simple verificación del parentesco, a fin de evitar representaciones ilegítimas; puesto que es más importante el carácter informal de la tutela, los principios de eficacia de los derechos fundamentales, la prevalencia del derecho sustancial y el interés superior del niño³³.

2.1.4. Una vez analizado el caso sub examine, la Sala verifica que la legitimidad en la causa por activa está acreditada, pues la señora María Teresa Rodríguez Castro, además de afirmar que actúa en representación de su hija de siete años, de quien solicita la protección del

derecho fundamental a la salud, aportó copias de su documento de identidad y registro civil de nacimiento de la menor Oriana Valentina Pérez Rodríguez, expedidos por las autoridades venezolanas, donde puede constatarse efectivamente el parentesco de madre e hija. En relación con lo anotado, la copia simple de los documentos extranjeros incorporados adquieren valor probatorio, solo para efectos del presente trámite, en razón a la presunción de buena fe que profesa el artículo 83 de la Constitución Política y al carácter informal de la acción de tutela.

1. Legitimación en la causa por pasiva

2.2.1. El artículo 86 superior, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional tienen claro que se trata de un requisito que hace relación a la aptitud legal de aquella persona natural o jurídica contra quien se dirige la acción, de ser ese sujeto llamado a responder por la posible amenaza o vulneración del derecho fundamental alegado, sea una autoridad pública o un particular en los casos estipulados en los artículos 5° y 42 del citado decreto reglamentario de la tutela³⁴.

2.2.2. Del escrito de tutela, se puede identificar que la señora María Teresa Rodríguez Pérez encamina la acción contra la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, y que por actuación oficiosa del juez de conocimiento, se vinculó a la Secretaría de Salud Municipal de Pereira, entidades públicas que por mandato de la Ley 100 de 1993 y Ley 715 de 2001, son las encargadas de garantizar la adecuada prestación del servicio público de salud a la población pobre no asegurada -migrantes irregulares-, que se asientan en sus territorios, dentro del marco de sus competencias.

2.3. Inmediatez

2.3.1. Es un requisito de creación jurisprudencial que afecta la procedencia de la acción, y se fundamenta en la necesidad de fijar un plazo razonable para la persona diligente que busca urgentemente la protección de los derechos que invoca, respecto del momento en que ocurrió esa posible amenaza o vulneración del derecho. Por tanto, es un aspecto que se acompasa al tratamiento preferente y sumario de la tutela, como procedimiento instituido para garantizar el amparo de los derechos fundamentales transgredidos³⁵.

2.3.2. Por vía jurisprudencial, se ha indicado que la acción de tutela no tiene un término de caducidad, y aunque no es regla general, en algunos casos, como en las tutelas contra providencia judicial, los jueces en sede constitucional han establecido un plazo de seis meses, entre el momento de ocurrida la posible violación a un derecho fundamental con el de la interposición de la tutela³⁶; no obstante, la Corte ha dejado en claro la necesidad de evaluar siempre este requisito con las circunstancias de cada caso concreto, porque la vulneración puede ser continua y permanecer en el tiempo³⁷.

2.3.3. Así pues, en el asunto sub examine, esta Sala encuentra superado el requisito de la inmediatez, pues se comprobó que la primera orden médica de la menor Valentina Pérez fue del 26 de febrero de 2019, caso en el cual transcurrió alrededor de 11 meses, pero se considera que la agresión se mantiene en el tiempo y está de por medio la posible transgresión a un derecho fundamental de una menor de edad. Ahora, por la orden médica del 27 de enero de 2020, es claro que la acción de tutela fue radicada en el juzgado de conocimiento el 03 de febrero de 2020, tan solo siete días después de la última atención. A pesar de que no obra en el expediente de manera expresa una negación de servicios por parte de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda ni de la Secretaría de Salud Municipal de Pereira, de la contestación que éstas dieron en el trámite de primera y única instancia, se desprende la negativa de prestar los servicios que requiere la menor, situación que pone de manifiesto que la presunta amenaza a los derechos de la accionante persiste en el tiempo.

2.4. Subsidiariedad

2.4.1. De este último requisito, el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, enseñan que la acción de tutela procede en tres eventos: “(i) cuando 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”³⁸.

2.4.2. La subsidiariedad en materia de salud obliga a referirnos a la Ley 1122 de 2007, que en su artículo 4139 confirió nuevas competencias (facultades jurisdiccionales y de conciliación) a la Superintendencia Nacional de Salud, como órgano de inspección, vigilancia y control, que fueron complementadas con la ley 1437 de 2011 y a su vez modificadas por la reciente Ley 1949 de 2019. En ese sentido, algunas salas de revisión de la Corte Constitucional consideran que, tal mecanismo podría fungir como el medio idóneo como camino para lograr la protección de los derechos alegados por el interesado; sin embargo, aún no existe un consenso absoluto, sobre si el procedimiento creado por el Legislador es el medio judicial idóneo y eficaz para estos casos, dada las debilidades y falencias que detectó la Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 en audiencia pública del 6 de diciembre de 2018 en la que se citó al Superintendente Nacional de Salud del momento⁴⁰.

2.4.3. En la sentencia T-452 de 2019⁴¹, que analizó la procedencia de la tutela en varios casos de migrantes venezolanos en situación irregular que requerían servicios de salud, aludiendo a la subsidiariedad respecto de los sujetos de especial protección constitucional, la Corte manifestó: “Los conflictos jurídicos que adviertan transgresión de derechos fundamentales, deben ser resueltos a través de los medios ordinarios de defensa judicial previstos en la ley para tal fin. No obstante, no puede declararse la improcedencia de la

tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa judicial. El juez constitucional debe evaluar en el marco de la situación fáctica particular, si la acción de amparo es idónea y eficaz para proteger los derechos fundamentales comprometidos, máxime cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional”.

Y a renglón seguido, agregó: “En relación con el acceso a la atención en salud por parte de migrantes con nacionalidad venezolana la jurisprudencia constitucional ha señalado que el recurso de amparo es el medio idóneo y eficaz para estudiar y analizar la vulneración de sus derechos fundamentales”.

2.4.4. A partir de lo anterior, en el caso particular, en atención a lo que exige la accionante, la autorización de servicios médicos cubiertos en el plan de beneficios en salud consistentes en “consultas con las especialidades de fisiatría, oftalmología, optometría y ortopedia” para una menor de edad migrante en situación irregular, sin afiliación a ninguno de los dos regímenes en salud existentes en Colombia, al tratarse de un asunto que no está expresamente enunciado en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual fue modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, escapa de la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud, haciendo idóneo y eficaz la vía por la acción de tutela.

Por las razones expuestas, la Sala procederá a hacer un análisis de fondo de la solicitud de amparo.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

3.1. La señora María Teresa Rodríguez Castro, en representación de su hija Oriana Valentina Pérez Rodríguez de 7 años de edad⁴², solicitó autorización de consultas de fisiatría,

oftalmología, optometría y ortopedia que requiere la menor, a quien se le diagnosticó: deformidad en valgo no clasificada (M210) y otras anormalidades de la marcha y movilidad (R268), estrabismo (H509) y trastorno de la refracción no especificado (H527). Hizo énfasis en que la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda no le autorizó las citas mencionadas, porque la niña se encuentra en condición migratoria irregular y porque tiene más de cinco años.

3.2. El juez de primera y única instancia declaró improcedente la acción de tutela, pues con fundamento en la sentencia T-025 de 2019, que se sustenta en la sentencia SU-677 de 2017, indicó que los extranjeros en situación migratoria irregular solo tienen derecho a la atención básica de urgencias. De esa forma, consideró que a la menor Oriana Valentina Pérez, al ser atendida en dos oportunidades por el programa de crecimiento y desarrollo de la IPS Salud Pereira de Primer Nivel, se le garantizaron sus derechos a la salud, recordando que los costos de esas consultas de médico general fueron asumidas por la Secretaría de Salud Municipal de Pereira, en razón de no encontrarse afiliada a ninguna EPS del régimen contributivo o subsidiado, ni contar con algún seguro o póliza de salud y ser extranjera en situación migratoria irregular.

3.3. Así las cosas, la Sala Séptima de Revisión abordará el siguiente problema jurídico: ¿Una entidad del orden departamental, vulnera el derecho fundamental a la salud de una menor de edad, de nacionalidad venezolana, con situación migratoria irregular en el territorio colombiano, por no autorizar las consultas pediátricas por especialidades propias de los niveles II y III de atención que requiere, bajo el pretexto legal de que no se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud?

3.4. Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala Séptima de Revisión abordará los siguientes temas concretos: (i) El derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes y los componentes de universalidad y solidaridad. Reiteración jurisprudencial. (ii) El acceso a los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano para los niños, niñas y adolescentes migrantes en condición irregular. Reiteración jurisprudencial. Y finalmente (iii) dará solución al caso concreto.

4. El derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes, y los componentes de universalidad y solidaridad. Reiteración jurisprudencial

Ámbito normativo local

4.1. La Constitución Política de 1991 ubica el derecho a la salud en un lugar de importancia, al ser referente obligado de varias disposiciones superiores. Así, el artículo 44 lo cataloga como un derecho fundamental de los niños; el artículo 48 alude a este dentro de la seguridad social, como un servicio público obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; también, el artículo 49, cuando se indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud; y el artículo 50 obliga a todas las instituciones de salud que reciben recursos del Estado a brindar atención gratuita a menores de un año sin afiliación a la seguridad social⁴³.

4.2. El Derecho a la salud, visto como servicio público a cargo del Estado, se encuentra regulado principalmente por (i) la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), estableciendo un acceso igualitario a toda la población con la implementación de dos regímenes: contributivo y subsidiado; (ii) la Ley 1122 de 2007, que hizo algunas modificaciones en el SGSSS con el fin de mejorar la prestación de los servicios a los usuarios; (iii) la Ley 1438 de 2011, que se encaminó a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud; y, (iv) la Ley 1751 de 2015, Estatutaria en Salud, que entre sus mayores logros tuvo el de elevar a rango fundamental el derecho a salud, asunto que por vía jurisprudencial esta Corte ya había resaltado al proferir la sentencia hito T-760 de 2008⁴⁴.

4.3. Respecto de la protección del derecho fundamental a la salud de los menores de edad, el artículo 44 superior también se refiere a la integridad física y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Así, es deber del Estado, de la sociedad y de la familia, esforzarse por el pleno cumplimiento de las prerrogativas constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, en aras garantizarle sus máximos niveles de desarrollo integral y armónico, puntualizando que “los derechos de los niños prevalecen sobre los demás”⁴⁵.

4.4. Acorde con lo expuesto, la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) definió el principio de primacía del interés superior de los niños, niñas y adolescentes 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”⁴⁶. Específicamente, en varios escenarios, incluidos el de la salud, la Corte ha indicado que dicho principio supone aplicar la medida más beneficiosa para salvaguardar al menor de edad que ve comprometida la garantía de sus derechos fundamentales⁴⁷.

4.5. Ahora, en relación con lo regulado en los artículos 48 y 49 de nuestra Constitución, recordando que la Seguridad Social en Salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado y que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, sin excepción alguna, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud, bajo los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, la sentencia T-565 de 2019 sostuvo: “que la lectura sistemática de esas disposiciones con lo establecido en el artículo 13 Superior, se ha precisado que (i) la garantía de los derechos fundamentales no pende de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser humano; de ser persona que habita el territorio nacional; y (ii) que se debe velar por garantizar el derecho a la salud de aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”⁴⁸.

4.6. La protección del derecho a la salud de los menores de edad, tal como quedó plasmado, tiene su asidero en la Constitución Política, en las normas mencionadas y en la jurisprudencia relacionada, pero sin limitarse a esta. Sin embargo, su sustento no deviene exclusivamente de nuestra carta magna, pues en el contexto internacional, existen diferentes instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2, 25)⁴⁹, la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) ⁵⁰, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.1)⁵¹ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.2 y artículo 12)⁵², que le dan una connotación más amplia⁵³.

4.7. Es necesario hacer mención de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁵⁴, 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 asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”⁵⁵.

4.8. En ese orden de ideas, uno de los principios decantados es el de ‘no discriminación’, desarrollado por el párrafo 34 de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual sostiene que es deber de los Estados garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la salud de todas las personas, “incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales”; por tanto, podría entenderse que los niños, niñas y adolescentes, migrantes en situación irregular, tienen derecho a la salud, al igual que los menores connacionales⁵⁶.

4.9. En tal sentido, la sentencia T-565 de 2019 recordó que el mencionado instrumento

impuso al Estado el cumplimiento inmediato de algunos deberes derivados del derecho a la salud: “como (i) garantizar su ejercicio sin discriminación alguna (artículo 2.2) y (ii) la obligación de adoptar medidas (artículo 2.1) en aras de la plena realización del artículo 12, indicando que las medidas deben ser deliberadas y concretas, y su finalidad debe ser la plena realización del derecho a la salud. Reitera también que, de acuerdo a la Observación General Nº 12, la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período implica la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia el objetivo de la plena realización del derecho a la salud”.

4.10. De igual manera, al ser los niños, niñas y adolescentes sujetos de especial protección constitucional, la primacía del interés superior del menor ésta presente en el artículo 3.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 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”⁵⁷.

Componentes de Universalidad y Solidaridad

4.11. A partir del principio de igualdad del artículo 13 superior⁵⁸, las personas con alguna condición de discapacidad o de enfermedad deben ser protegidas por el Estado, máxime si por las condiciones físicas o mentales se hallan en situación de debilidad manifiesta; en complemento, el artículo 47 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”⁵⁹.

4.12. En una labor hermenéutica, la lectura conjunta de los artículos 13 y 47 del texto constitucional indica que la finalidad es la de implementar y fortalecer la recuperación y protección de quienes padecen cualquier enfermedad que implique una disminución física,

sensorial o psíquica, logrando un cumplimiento real y efectivo de la igualdad⁶⁰; y cuando hay menores de por medio con un estado de bienestar alterado, la Corte los presume como sujetos de especial protección constitucional y reflejo, de su propia jurisprudencia, ha manifestado que la protección a los derechos de aquellos debe tener un carácter prioritario⁶¹.

4.13. Así, la sentencia C-313 de 2014⁶², que hizo el estudio previo de constitucionalidad de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria en Salud, afirmó:

“El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

4.14. Por tal razón, el artículo 5° de la Ley 1751 de 2015 trae una serie de obligaciones a cargo del Estado, sin distinción entre personas nacionales o extranjeras, como: (i) formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población. Y (ii), velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional. Así mismo, el artículo 6° ejusdem, enumera una serie de elementos y principios propios del derecho fundamental a la salud, entre los que se puede citar el de universalidad⁶³ y solidaridad⁶⁴; la disposición en comento insiste en la necesidad de prever un enfoque diferencial y una atención prioritaria

para los niños, niñas y adolescentes, haciendo una distinción por edades: prenatal, hasta los 6 años, de 7 a 14 años y de 15 a 18 años⁶⁵.

4.15. Pese a que existe una definición legal del principio de universalidad y de solidaridad, cuando se hace referencia al derecho a la salud, tal como se indicó en el numeral anterior, no se debe olvidar que la propia Corte Constitucional ha elaborado sus propios conceptos, con base en la interpretación de nuestra carta política. Así, la sentencia C-134 de 1993⁶⁶ señaló “La universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la Seguridad Social: comprende a todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. En cuanto a la solidaridad, es un principio que aspira al valor justicia y que bebe en las fuentes de la dignidad humana”⁶⁷.

4.16. El artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, establece el principio de universalización del aseguramiento, según el cual, “todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud”. La citada regla contempla que si una persona requiere atención en salud y no está afiliado, debe procederse según su capacidad de pago⁶⁸ y si cuenta o no con documento de identificación.

4.17. Otro de los principios y no menos importante es el de integralidad, que consiste en el deber del Estado de “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”. Además “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 vida”⁶⁹.

4.18. A modo de síntesis, se debe indicar que la Constitución Política de 1991, le da al

derecho a la salud un lugar de importancia y es visto como servicio público a cargo del Estado, con una amplia regulación normativa; y tratándose de la salud de los menores de edad, el artículo 44 superior lo ubica en la categoría de derecho fundamental, siendo deber del Estado, la sociedad y la familia, propender por el cumplimiento de las prerrogativas constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, en aras garantizarle sus máximos niveles de desarrollo, aspecto denominado como el principio de primacía del interés superior del menor. Lo anterior, tiene una especial relevancia en el ámbito internacional, pues diferentes instrumentos otorgan al derecho a la salud una mayor protección por dos razones: (i) la premisa del derecho 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; y, (ii) el principio de no discriminación que consiste en dar, en condiciones de igualdad.

Igualmente, como corolario de lo expuesto, es preciso recordar la obligación del Estado en el cumplimiento de algunos deberes y postulados derivados del derecho a la salud, haciendo especial énfasis en las personas con alguna condición de discapacidad o de enfermedad, y en los menores cuando está de por medio una condición de bienestar alterado, pues deben ser protegidas por el Estado con mayor ahínco, máxime si se hallan en situación de debilidad manifiesta, donde la Corte Constitucional los trata como sujetos de especial protección constitucional, y por ende, la protección de aquellos tiene un carácter prioritario.

5. Acceso a los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano para los niños, niñas y adolescentes migrantes en condición irregular. Reiteración jurisprudencial

Sustento normativo y jurisprudencial

5.1. Los ciudadanos extranjeros tienen una serie de derechos y obligaciones que se establecen tanto en la Constitución Política como en los distintos instrumentos

internacionales. Estos contemplan disposiciones orientadas a garantizar, sin discriminación alguna, el goce efectivo de sus libertades y la posibilidad de acceso a diferentes oportunidades. Todo ello, bajo absoluto apego a los parámetros contenidos en la ley interna, para tales efectos⁷⁰.

5.2. Como punto de partida, el artículo 4° de la Constitución impone a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional un deber de sometimiento a la “Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Más adelante, el artículo 13 superior, 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”.

5.3. El artículo 100 superior complementa el anterior mandato, estableciendo que los extranjeros “disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos”. Y 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”. La sentencia T-320 de 2020 citando la sentencia SU-677 de 2017 estableció que “El reconocimiento de derechos a los extranjeros, genera la obligación de cumplir todos los deberes que les sean exigibles en dicha calidad”.

5.4. Como se anticipó en el anterior acápite (ver supra 4.6), el artículo 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, junto con el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prevén el principio de igualdad de todas las personas ante la ley y en consecuencia del goce, sin discriminación alguna, a igual protección ante la ley. Esta Corte ha reconocido la titularidad en cabeza de los extranjeros de iguales derechos y garantías reconocidas a los colombianos, salvo las excepciones y limitaciones establecidas en la Constitución y la ley. Una de esas excepciones precisamente es la política migratoria que de manera discrecional define el Estado en virtud de su poder de soberanía⁷¹.

5.5. Así las cosas, es permitido a los Estados establecer una regulación migratoria haciendo un tratamiento diferenciado para los extranjeros en relación con los nacionales; y esas diferencias por sí solas no deben tomarse como un trato discriminatorio, toda vez que tales distinciones deben justificarse por el legislador en razones constitucionalmente admisibles, que atiendan a los criterios de objetividad y razonabilidad; en palabras de este alto Tribunal:

“Cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar “(i) si el objeto regulado permite realizar tales distinciones; (ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido; (iii) el carácter objetivo y razonable de la medida; (iv) la no afectación de derechos fundamentales; (v) la no violación de normas internacionales; y, (vi) las particularidades del caso concreto”⁷².

5.6. No obstante lo anterior, no se puede perder de vista que se trata del acceso al derecho a salud de menores de edad que se encuentran en situación migratoria irregular; y si bien en algún momento de la historia, la jurisprudencia dio un tratamiento a la salud de acuerdo a su ubicación en el texto constitucional, como un derecho económico, social y cultural (DESC), hoy en día se debe considerar que la discusión fue superada, al no quedar duda de la fundamentalidad del derecho a la salud. Frente a este aspecto, la sentencia T-210 de 2018⁷³, de manera acertada señaló:

“De acuerdo con el derecho internacional, los Estados deben garantizar a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, no solo la atención de urgencias con perspectiva de derechos humanos, sino la atención en salud preventiva con un enérgico enfoque de salud pública”.

5.7. A partir de las anteriores premisas, cabe destacar que el derecho a la salud de los migrantes, aún en condición irregular, idealmente debe progresar para ir mucho más allá de la simple atención de urgencia y comprender toda la atención integral en salud. Así lo reafirma la sentencia en cita cuando dice:

“Sobre el contenido mínimo esencial del derecho a la salud de los migrantes, se ha establecido con fundamento en el principio de no discriminación, que (i) el derecho a la salud debe comprender la atención integral en salud en condiciones de igualdad e ir mucho más allá de la urgencia. Por eso, de contar con estándares más bajos, (ii) pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la “obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas; especialmente y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atentan contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud”.

5.8. En consecuencia, es deber del legislador, como órgano de representación popular, “atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales”⁷⁴, 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 población migrante, eliminando toda barrera discriminatoria y/o que suponga una carga constitucionalmente inadmisibles⁷⁵.

Del ingreso al Sistema de Salud en el régimen subsidiado

5.9. La sentencia T-576 de 2019 señala que el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 contempla dos caminos para ingresar al SGSSS⁷⁶. El primero de ellos, dirigido a las personas con

capacidad de pago que se afilian al régimen contributivo. Y el segundo, para toda aquella población sin capacidad de pago, en condición de pobreza y vulnerabilidad (en este grupo podemos mencionar madres cabezas de familia, mujeres en estado de gravidez, menores de un año, menores en condición migratoria irregular, personas mayores de 65 años, entre otros), que en cumplimiento a los principios de igualdad, solidaridad y universalidad, entre otros, que rigen el sistema, tienen igual derecho de acceso a los servicios sanitarios a través del régimen subsidiado⁷⁷.

5.10. Existe todo un andamiaje de entidades, tanto privadas como públicas, enlistadas en el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, que hacen posible el correcto funcionamiento del SGSSS, cada una de ellas cumpliendo con unas tareas específicas. Ahora, por efectos metodológicos, en atención al caso que se analizará más adelante, se hará especial énfasis en el régimen subsidiado y en dos actores: las Direcciones Seccionales y Locales de Salud (entes territoriales), y las Instituciones Prestadoras de Salud, sin importar su naturaleza; ya que su objeto social es la prestación de los servicios de salud.

5.11. Los llamados entes territoriales, a nivel departamental y municipal, tienen un rol estratégico, pues cumplen, conforme al artículo 174 de la Ley 100 de 1993, con “funciones de dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública y la oferta de servicios de salud por instituciones públicas, por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demanda”. Existe una tercera categoría de ente territorial denominada distrito, que por expresa remisión legal del artículo 45 de la Ley 715 de 2001 tienen las mismas competencias que los departamentos y municipios; por lo que solamente se hará referencia a estos dos últimos.

5.11.1. El artículo 43 de la Ley 715 de 2001 estipula que, le corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el SGSSS en el territorio de su jurisdicción. Particularmente, en materia de aseguramiento acorde con los numerales 43.4.1. y 43.4.3. ibídem se le asignan dos funciones, la de “Ejercer en su jurisdicción la vigilancia y el

control del aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en los regímenes de excepción definidos en la Ley 100 de 1993”; y la de “Cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable”.

5.11.2. El artículo 44 de la Ley 715 de 2001 dicta unos derroteros relacionado con las competencias de los municipios en materia de asegurabilidad, como por ejemplo la de los numerales 44.2.1. y 44.2.2. ibídem, en la que deben “Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin”; e “identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia”.

5.12. Así, como lo sostuvo la sentencia T-576 de 2019, el municipio es el encargado de la implementación, actualización, administración y operación de la base de datos del SISBÉN, metodología tipo encuesta diseñada y validada por el Departamento Nacional de Planeación para la identificación de los hogares, familias e individuos más pobres como potenciales beneficiarios de los programas sociales del Estado, bajo unos parámetros que atienden la condición económica de la persona, sus ingresos, nivel educativo, tamaño del grupo familiar, situación sanitaria y geográfica de la vivienda, etc.

5.13. Por la problemática conocida de desplazamiento masivo del vecino país de colombianos y venezolanos, que fue expuesta de manera general por la sentencia SU-677 de 2017 y por algunas otras sentencias⁸⁰, se han armonizado algunas normas internas con el fin de cumplir los mandatos superiores. Así, en el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud se incluye como población vulnerable a los migrantes colombianos y a su núcleo familiar que han sido repatriados, han retornado voluntariamente al país, o han sido deportados o expulsados de la República Bolivariana de Venezuela, para vincularlos de manera prioritaria al régimen

subsidiado. Además, se expidió el Decreto 866 de 2017, por el cual se impone al Ministerio de Salud y Protección Social la distribución de excedentes financieros de la Subcuenta del FOSYGA, para que los entes territoriales cubran el pago de atenciones iniciales de urgencias de migrantes de países vecinos bajo ciertas restricciones, como: “1. Que corresponda a una atención inicial de urgencias. 2. Que la persona que recibe la atención no tenga subsidio en salud en los términos del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, ni cuente con un seguro que cubra el costo del servicio. 3. Que la persona que recibe la atención no tenga capacidad de pago. 4. Que la persona que recibe la atención sea nacional de un país fronterizo. 5. Que la atención haya sido brindada en la red pública hospitalaria del departamento o distrito” 81.

De la prestación de servicios en salud a niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular, diferente a la atención inicial de urgencia.

5.14. El artículo 2.1.3.5. del Decreto 780 de 2016 “Único Reglamentario del sector salud” contempla como requisito de afiliación para menores de tres meses a siete años, registro civil de nacimiento. Pero si se trata de un extranjero, el documento requerido podrá ser el pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda. Así pues, la afiliación al SGSSS, conforme los artículos 2.1.3.1., 2.1.3.2. y 2.1.3.4. del Decreto 780 de 2016, es “un acto que se realiza por una sola vez, por medio del cual se adquieren los derechos y obligaciones que del mismo se derivan, mediante la suscripción del formulario físico o electrónico que adopte el Ministerio”. Ahora bien, son varias las alternativas que nuestra legislación ha dado a aquel sector específico de los migrantes del vecino país, como la de la Resolución 5797 de 2017 que creó el Permiso especial de Permanencia, PEP. No obstante, esta alternativa se limitó a los extranjeros que ingresaran de manera regular por punto de control migratorio. En su momento esta Corporación afirmó 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 SGSSS como ocurre con los ciudadanos nacionales⁸².

5.15. Adicionalmente, mediante los Decretos 542 y 1288 de 2018, por los cuales se creó y modificó, respectivamente, el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, RAMV⁸³, el PEP fue definido como un documento de identificación válido para los venezolanos en territorio colombiano, permitiéndoles permanecer temporalmente en condiciones de normalidad migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes⁸⁴. La oferta institucional en salud del referido decreto adicionalmente estableció que los venezolanos inscritos en el RAMV tienen derecho a ser atendidos por urgencias, programas de vacunación y control prenatal, entre otros⁸⁵.

5.16. En el sentir de la Corte, el Decreto 1288 de 2018 “es una medida para regular la situación de los migrantes que están de forma ilegal en el país. Con ello, se pretende que los ciudadanos venezolanos al registrarse gratuitamente en el RAMV puedan afiliarse a la seguridad social y recibir una atención integral en salud. Quien no regularice, no podrá acceder al servicio integral de salud, limitando la atención únicamente a la unidad de urgencias de las entidades prestadoras de salud”⁸⁶. Así pues, para los 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 acceder a un servicio integral en salud se requiere que, previamente, los migrantes venezolanos se presenten ante la autoridad migratoria a fin de obtener un documento válido de identificación que les permita su afiliación al sistema⁸⁷.

5.17. La sentencia T-452 de 2019 menciona una línea jurisprudencial que inicia con la sentencia T-314 de 2016⁸⁸ y continua con la sentencia SU-677 de 2017⁸⁹, en tratándose de casos en los cuales los accionantes, extranjeros en situación irregular, han solicitado atención médica de algún tipo más allá del servicio de urgencias, en donde se les insiste en el deber que les asiste de normalizar su condición migratoria, a fin de tramitar la afiliación al SGSSS y así, tener pleno acceso al Plan de Beneficios en Salud (PBS) para tratar íntegramente una enfermedad específica. Recalca esta jurisprudencia que el proceso de afiliación tiene una serie de requisitos, sin que exista trato discriminatorio alguno, para

nacionales y para extranjeros.

5.17.1. De la línea jurisprudencial en comento, la Corte inicialmente conoció casos donde no intervinieron menores de edad y tampoco se refirió a la situación migratoria de colombianos y venezolanos, como la sentencia T-314 de 2016, en que se analizó el caso de un extranjero con diabetes que procedía de Argentina, que después de practicársele una cirugía de urgencias en el brazo y la pierna derecha a causa de su enfermedad, solicitó la autorización de terapias integrales y la entrega de medicamentos, los cuales fueron negados por el Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá porque no se encontraba afiliado al SGSSS; en esa ocasión se negó el amparo pues el accionante podía regularizar su situación migratoria a través de varios mecanismos y no lo había hecho.

5.17.2. Por otro lado, la sentencia SU-677 de 2017 analizó el caso de una migrante venezolana en estado de embarazo, a quien le negaron los controles prenatales y la asistencia al parto por no encontrarse afiliada al Sistema; ello por estar en situación irregular. En dicho fallo se concluyó que el embarazo no era de urgencia, pero sí requería atención de urgencias, porque su salud se encontraba en un alto riesgo por las afecciones físicas y psicológicas derivadas de su estado y de un proceso de migración masiva irregular. En esa oportunidad, la Corte unificó las reglas sobre la materia al establecer:

Así mismo, precisó que si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el país, “tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación”. En este caso la Corte declaró la carencia actual de objeto por hecho superado debido a que comprobó que las entidades accionadas suministraron los controles prenatales y atendieron el parto de la accionante⁹⁰.

5.17.3. Solo hasta la sentencia T-705 de 2017, se conoció el caso de un menor de edad venezolano, diagnosticado con un Linfoma de Hodgkin⁹¹, que cruzó la frontera junto con sus padres, con el exclusivo propósito de que recibiera atención por el servicio de urgencias en una ciudad fronteriza, dado que en su país no se garantizaba su salud. En esa ocasión la decisión de primera instancia había concedido de manera transitoria la tutela, garantizándole todo el tratamiento; sin embargo, la Sala de Revisión revocó para amparar parcialmente el derecho, en parte porque los servicios de alojamiento, transporte y alimentación de la madre, no hacían parte de esa ‘atención inicial de urgencias’.

5.17.4. En la sentencia T-210 de 2018, la Corte estudió dos casos acumulados de migrantes venezolanos, en permanencia irregular en Colombia, quienes pedían acceso al sistema de salud. El primero, era de una ciudadana venezolana con madre colombiana, diagnosticada con cáncer de cuello uterino y que requería con urgencia radioterapia y quimioterapia. En el segundo, se analizó el caso de un niño venezolano, que padecía de hernia inguinal y de hernia umbilical, por lo que requería de valoración y atención por cirugía pediátrica. En el fallo citado, la Corte sostuvo que “la ‘atención de urgencias’ puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida”. En consecuencia, en ambos casos, la Corte accedió al amparo solicitado porque la atención mínima a la que tienen derecho los migrantes regularizados o no, va más allá de preservar los signos vitales y puede cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de quimioterapias o cirugías, siempre y cuando se demuestre la urgencia de las mismas.

5.17.5. La sentencia T-348 de 2018 estudió el caso de un adulto venezolano con permanencia irregular en territorio nacional, quien solicitaba la entrega de medicamentos antirretrovirales para tratar su VIH. La Corte le negó el amparo pretendido, por no cumplir con las reglas trazadas; pues la entrega de medicamentos excede la atención inicial en urgencias a que tienen derecho los extranjeros. No obstante, recordó que el concepto de urgencias puede llegar a incluir en casos especiales procedimientos o intervenciones

médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente.

5.17.6. Por último, se encuentra la sentencia T-197 de 2019, en donde la Corporación amparó los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de un venezolano, porque la secretaría de salud municipal y la respectiva secretaría de salud departamental no brindaron la atención médica para tratar su cáncer. En este caso se reiteraron las reglas jurisprudenciales ya descritas y se 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, deben atender la normativa vigente de afiliación al sistema de salud como ocurre con los ciudadanos nacionales, para lo cual es necesaria la regularización inmediata de la situación migratoria.

5.18. De esta línea jurisprudencial, no cabe duda que la protección dada por la Corte se otorga en virtud del concepto de atención inicial de urgencias y de todo aquello que se derive de esta situación; ejemplo de esto fue el caso del niño de dos años con la hernia inguinal escrotal gigante, a quien se le autorizó la cirugía por urgencia vital⁹². Sin embargo, el principal reparo respecto de la línea jurisprudencial en comento es que las reglas establecidas no distinguen entre un adulto venezolano en situación migratoria irregular y un niño o menor de edad venezolano en la misma situación de irregularidad. Pues al ser éste último un sujeto de especial protección debiera tener una protección más amplia, como se ha dicho a lo largo de la presente sentencia.

En ese sentido la sentencia T-452 de 2019 analizó 4 casos diferentes, bajo las mismas reglas jurisprudenciales, pese a que en uno de ellos involucró a un menor de edad de 12 años en situación irregular, al que se le diagnosticó un tumor de comportamiento incierto o desconocido del labio, de la cavidad bucal y de la faringe, que requería la práctica de un tac de senos paranasales, con el fin de determinar la conducta a seguir. En tal oportunidad, la

Corte declaró la carencia actual del objeto al constatar que el tratamiento se venía brindado en cumplimiento de otro fallo de tutela; de todas formas, se 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”⁹³.

5.19. En conclusión, tal como se sostuvo en la sentencia T-390 de 2020, para el caso de personas adultas migrantes en situación irregular que tienen la pretensión de acceder a la oferta de servicios en salud en el territorio nacional, las reglas de contenido normativo aplicables son una carga constitucionalmente admisible y razonable a la luz de su calidad de migrantes. Empero, dicha carga, para el caso de los menores de edad extranjeros irregulares que padecen de una afección de salud que requieren de un tratamiento, 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 niños, niñas y adolescentes 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 manifiesta⁹⁴.

5.20. Así las cosas, desde la sentencia T-178 de 2019 ⁹⁵, que conoció el caso de un bebé de algunos meses, al que se le negó la afiliación debido a que sus padres se encontraban en situación migratoria irregular, se afirmó que no es imputable a los menores extranjeros su condición de “irregular” en el territorio colombiano y que, como consecuencia de ello, carezcan del correspondiente permiso que exige la ley para ser afiliados al SGSSS. En otras palabras, no es culpa de los niños, niñas y adolescentes la situación que provocaron sus padres o representantes legales, que por la falta de diligencia o cuidado no han gestionado oportunamente los trámites administrativos de regularización de su condición migratoria y la de sus hijos. Situación que no puede traer como consecuencia el menoscabo de los derechos a la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana de los menores. Pues, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Corte, en tratándose de niños, niñas y adolescentes,

resulta inadmisibles endilgarles efectos adversos por una mala gestión en la defensa de sus derechos⁹⁶.

5.21. En suma, la jurisprudencia es consciente de las 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. Y para el caso de niños, niñas y adolescentes extranjeros no regularizados, que se ven menoscabados en su salud física y mental, 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.

Niveles de atención en salud

5.22. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una clasificación por niveles de atención, como una manera técnica y administrativa de dar un orden en la forma en que las personas y comunidades hacen contacto con el sistema de salud; además de procurar un máximo de cobertura con la utilización eficiente de los recursos de los servicios que se presten. Por cada nivel de atención se crean unos objetivos específicos atendiendo a la complejidad y particularidades de los mismos (OPS / OMS, 1986). El inciso 3° del artículo 49 de la Constitución Política ordena que los servicios de salud se organicen en forma descentralizada por niveles de atención. En un comienzo se denominó niveles de complejidad, precisión que hizo la derogada Resolución 5261 de 1994 expedida por el Ministerio de Salud.

5.23. De esta manera, acorde con los artículos 2.5.3.3.1. y subsiguientes del Decreto 780 de

2016, en lo que respecta a personal médico, un primer nivel de atención hace referencia a la atención por personal profesional general, técnico y auxiliar. Un segundo nivel de atención se basa en la atención por personal profesional especializado, responsable de la prestación de los servicios y tecnología de mediana complejidad que requiere profesional especializado para su manejo, en la consulta externa, hospitalización, urgencias y en los servicios de diagnóstico y tratamiento de patologías de mediana severidad. Por último, un tercer nivel de atención implica la atención por personal especializado y sub especializado responsable de la prestación de los servicios y tecnologías requeridos de la más alta complejidad.

6. Análisis del caso en concreto

6.1. La señora María Teresa Rodríguez Castro presentó acción de tutela con el fin de que se ordenara a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda autorizar a su hija Oriana Valentina de 7 años (que para el momento de las consultas médicas contaba con 5 y 6 años de edad), de nacionalidad venezolana y en condición migratoria irregular, consultas médicas por las especialidades de oftalmología, optometría, ortopedia y fisioterapia, por padecer de estrabismo, trastorno de la refracción no especificado, deformidad en valgo no clasificada y otras anormalidades de la marcha y movilidad⁹⁷.

6.2. Del referido trámite de amparo conoció en primera y única instancia el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pereira que, mediante sentencia del 14 de febrero de 2020, declaró improcedente la acción, tras considerar que a la menor, al ser atendida por el programa de crecimiento y desarrollo de la IPS Salud Pereira en dos oportunidades, le fue garantizado su derecho a la salud, recordando que los costos de esas consultas se asumieron por la Secretaría de Salud Municipal de Pereira, en razón a no encontrarse afiliada a ninguna EPS del régimen contributivo o subsidiado, ni contar con algún seguro o póliza de salud, y ser extranjera en situación migratoria irregular. Agregó “que la falta de programación y práctica de las consultas de primera vez para las especialidades de fisioterapia, oftalmología, optometría y ortopedia, acorde con lo consignado por los galenos, son servicios electivos, y por tal

motivo, no detectó ninguna condición de urgencia o prioridad; sumado a que tampoco se trata de un servicio de atención básica o de urgencias, o un caso grave o excepcional, que de no llevarse a cabo, provoque una vulneración en los derechos fundamentales de la menor”⁹⁸.

6.3. Consta del material probatorio adosado al expediente por la accionante, que la niña Oriana Valentina fue atendida por dos médicos generales en enero de 2019 y febrero de 2020, quienes solicitaron interconsultas por cuatro especialidades diferentes de la medicina, debido a las patologías encontradas en la pequeña, que en ese entonces contaba con 5 y 6 años, respectivamente; que según lo contestado por las Secretarías de salud departamental y municipal, estas carecen de competencia para brindar los servicios requeridos por tratarse de prestaciones diferentes a las ofrecidas dentro de su nivel de atención o complejidad⁹⁹.

6.4. En sede de revisión, en auto del 27 de octubre de 2020 se requirió a la accionante para que informara acerca de la afiliación de su hija a alguna EPS y si había realizado alguna gestión ante Migración Colombia, a efectos de regularizar el estatus migratorio de la menor Oriana Valentina; también se requirió a Migración Colombia, al ser el ente competente de definir la situación migratoria de personas venezolanas en Colombia¹⁰⁰. Por un lado, la accionante guardó silencio; y la autoridad migratoria indicó que la madre y la menor no aparecen en ninguna base de datos, señalando que María Teresa Rodríguez Castro y Oriana Valentina Pérez Rodríguez se encuentran en condición migratoria irregular, al no haber ingresado por un puesto de control migratorio habilitado¹⁰¹.

6.5. Adicionalmente, luego del traslado de la prueba recaudada se recibió un escrito de la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, que hizo hincapié en la normativa aplicable al caso, conforme a la cual los entes territoriales financian la atención inicial de urgencias de la población venezolana en situación irregular en territorio colombiano, en función del nivel de complejidad; así, atenciones que corresponden a un primer nivel de complejidad, se asume por parte de las secretarías de salud municipales; y un segundo o tercer nivel, los

entes departamentales.

6.6. A partir de lo que se pudo recabar, la Sala considera que la entidad accionada, Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, desconoció el derecho fundamental a la salud 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 necesarios para atender las patologías que padece la niña Oriana Valentina, y que pueden tener consecuencias negativas en su normal desarrollo en la vida y la salud, en particular su salud visual y correcta movilidad. De igual manera, la Sala reconoce que la Secretaría Municipal de Pereira no causó transgresión alguna, en la medida que los servicios requeridos corresponden a un nivel mayor de complejidad.

6.7. En tanto, el argumento que invocó la Secretaria Departamental accionada para omitir la autorización de tales servicios fue el de que la menor no se encontraba afiliada al SGSSS en virtud de no haber regularizado su estadía en el país, comportamiento que deja ver 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 migrantes, a pesar de que no se encuentren regularizados en el país y, en consecuencia, no estén vinculados al SGSSS.

6.8. Pues bien, a partir de lo anotado en la jurisprudencia, en especial en la sentencia T-178 de 2019, en relación con los menores de edad extranjeros en condición migratoria irregular, la falta de diligencia o cuidado de sus padres o representantes legales hacia ellos, por no haber gestionado oportunamente los trámites para legalizar su condición migratoria y adelantar la afiliación al SGSSS de sus hijos, no puede resultar en la no prestación de los servicios que los menores requieren con necesidad.

6.9. En aras de prever un cuadro médico más gravoso en la salud de la menor Oriana Valentina, derivado de las múltiples patologías 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 Departamental de Risaralda que, en caso de que la menor, para la fecha, no cuente con un documento de identificación válido que le permita pertenecer en el SGSSS, proceda a autorizar las citas por las especialidades de fisiatría, oftalmología, optometría y ortopedia, para con esto garantizarle el cubrimiento de los servicios médicos que requiere con necesidad para tratar sus patologías.

A su vez, exhortará a la señora Rodríguez Castro, si aún permanece en territorio colombiano, a que regularice el estatus migratorio de su hija, a efectos de lograr la afiliación al régimen subsidiado en salud, para lo cual la Sala le dará el plazo de un (1) mes a partir de la notificación de la presente sentencia a efectos de que así lo haga.

Por lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de primera y única instancia del 14 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pereira, que declaró improcedente la acción, y en su lugar, protegerá el derecho fundamental a la salud de la niña Oriana Valentina Pérez Rodríguez, vulnerado por la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda.

III. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia de primera y única de instancia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Pereira, que declaró improcedente la acción, y en su lugar CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la salud de la niña Oriana Valentina Pérez Rodríguez, vulnerado por la Secretaria de Salud Departamental de Risaralda, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- ORDENAR a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas, a partir de la notificación de la presente decisión, realice todas las gestiones necesarias para que, en caso de no haberse llevado a cabo, autorice las citas por las especialidades de fisiatría, oftalmología, optometría y ortopedia, en la menor Oriana Valentina Pérez Rodríguez en cualquiera de sus instituciones prestadoras de salud de segundo y tercer nivel, para así garantizarle el cubrimiento de los servicios médicos que requiere con necesidad en el tratamiento de sus patologías.

Tercero.- EXHORTAR a la señora María Teresa Rodríguez Castro para que, en el plazo de un mes, si es que aún no lo ha hecho, acuda al Centro Regional de Servicios Migratorios de la ciudad de Pereira para que regularice el estatus migratorio de su hija Oriana Valentina Pérez Rodríguez con la correspondiente obtención del Salvoconducto SC2.

Cuarto.- DESVINCULAR a Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y a la Secretaria de Salud Municipal de Pereira del proceso de tutela surtido.

Quinto.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro la integraron los magistrados Alejandro Linares Cantillo y Alberto Rojas Ríos.

2 Folio 01 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

3 Folio 06 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

4 Parte de la medicina que se ocupa del diagnóstico y tratamiento de los defectos y enfermedades del aparato de la visión (ojo).

5 Es una profesión de la salud autónoma que se encarga del cuidado primario de la salud visual, proporcionando un cuidado integral del ojo y la visión, que incluye la refracción y dispensación, detección, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad en el ojo, y la rehabilitación de las condiciones del sistema visual.

6 La Sociedad Colombiana de Cirugía Ortopédica y Traumatológica define la ortopedia como una especialidad médica que se dedica al diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y prevención de lesiones y enfermedades del sistema musculoesquelético del cuerpo humano. Este complejo sistema incluye los huesos, las articulaciones, los ligamentos, los tendones, los músculos y los nervios que le permiten a una persona moverse, trabajar y ser activa.

7 También es conocida como medicina física y rehabilitación, es definida por la Organización Mundial de la salud como el conjunto de medidas sociales, educativas y profesionales destinadas a restituir al paciente minusválido la mayor capacidad e independencia posibles.

8 Folio 01 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

9 Folio 15 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

10 Ibídem.

11 Folio 26 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

12 Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia.

13 Folio 21 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

14 Folio 22 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

15 Folio 29 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

16 Ley 715 de 2001, Ley 1122 de 2007, Decreto 780 de 2016, Resoluciones 2867 de 2016 y 0429 de 2016.

17 Folio 30 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

18 Folios 33 y 34 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

19 Ibídem.

20 Folio 41 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

21 Folios 51 a 55 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

22 Ibídem.

23 Folios 14 y 15 del cuaderno constitucional, expediente T-7.875.215.

24 Folios 20 a 23 del cuaderno constitucional, expediente T-7.875.215.

25 “Salvoconducto (SC). Documento de carácter temporal que expide Migración Colombia al extranjero que así lo requiera. Los salvoconductos serán otorgados en las siguientes circunstancias: (...) *SC-2. Salvoconducto para permanecer en el país, en los siguientes casos: (...) * 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 30 días

calendario”.

26 Folios 32 a 41 del cuaderno constitucional, expediente T-7.875.215.

27 Corte Constitucional, Sentencias C-483 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil); T-171 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger); T-025 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos); T-576 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger); entre otras.

28 Del perjuicio irremediable en salud, pueden consultarse las sentencias T-036 de 2017 (MP Alejandro Linares Cantillo); T-436 de 2019 (MP Antonio José Lizarazo), T-375 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); T-003 de 2020 (MP Diana Fajardo Rivera); entre otras.

29 El inciso 1º del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia señala que “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. También, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 le brinda la posibilidad a esa persona de agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no está en posibilidad de ejercer su propia defensa.

30 Corte Constitucional, sentencia SU-677 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Alejandro Linares Cantillo, Diana Fajardo Rivera; SPV Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos; SV Antonio José Lizarazo Ocampo).

31 Corte Constitucional, sentencias T-210 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); T-010 de 2019 y T-006 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger); T-025 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos);

32 Corte Constitucional, sentencias T-266 de 2014 y T-029 de 2016 (MP Alberto Rojas Ríos); T-576 de 2019 y T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

33 MP Cristina Pardo Schlesinger.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

35 Corte Constitucional, Sentencias T-579 de 2019 y T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo

Schlesinger).

36 Corte Constitucional, Sentencias T-245 de 2015 (MP Marta Victoria Sáchica Méndez); SU-108 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); SU-184 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos); entre otras.

37 Corte Constitucional, Sentencias T-196 de 2018 y T-010 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger); T-452 de 2019 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

38 Corte Constitucional, Sentencia T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

40 A efectos de profundizar en el tema planteado, se sugiere consultar las sentencias T-425 de 2017, T-117 de 2019, T-576 de 2019 y T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger); T-436 de 2019 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo); T-058 de 2020 (MP Carlos Bernal Pulido).

41 MP José Fernando Reyes Cuartas.

42 Es la edad de la menor al momento de proferirse la presente sentencia, toda vez que al momento de interponerse la tutela, ésta contaba con un año menos.

43 Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

44 Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

45 Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

46 Corte Constitucional. Sentencia T-390 de 2020.

47 Corte Constitucional, Sentencias SU-677 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado); T-468 de 2018 (MP Diana Fajardo Rivera); Sentencia T-231 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

48 Corte Constitucional, Sentencia T-565 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos).

49 Artículo 2. 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. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona (...). Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

50 Principio II: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño.

51 Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

52 Artículo 2.2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Artículo 12: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de

enfermedad.

53 Corte Constitucional, Sentencia T-565 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos); y T- 390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

54 La cual fue adoptada por Colombia, mediante la Ley 12 de 1991.

55 Artículo 24 de la Ley 12 de 1991.

56 Ibídem.

57 Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

58 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.

59 Corte Constitucional, Sentencia T-196 de 2018 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

60 Corte Constitucional, Sentencia T-446 de 2018 (MP Antonio José Lizarazo Ocampo).

61 Corte Constitucional, Sentencias T-586 de 2013 (MP Nilson Pinilla Pinilla); Sentencia T-200 de 2014 (MP Alberto Rojas Ríos); T-705 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

62 MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

64 “El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades”.

65 Ver literal f), artículo 6° de la Ley 1751 de 2015.

66 MP Alejandro Martínez Caballero.

67 Corte Constitucional, Sentencias T-730 de 1999 y T-618 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero).

68 Ley 1438 de 2011, artículo 32. Cuando la persona manifiesta no tener capacidad de pago, “debe ser atendida obligatoriamente. La afiliación inicial se hará a la Entidad Promotora de

Salud del Régimen Subsidiado mediante el mecanismo simplificado que se desarrolle para tal fin. Realizada la afiliación, la Entidad Promotora de Salud, verificará en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles si la persona es elegible para el subsidio en salud. De no serlo, se cancelará la afiliación y la Entidad Promotora de Salud procederá a realizar el cobro de los servicios prestados. Se podrá reactivar la afiliación al Régimen Subsidiado cuando se acredite las condiciones que dan derecho al subsidio. En todo caso el pago de los servicios de salud prestados será cancelado por la Entidad Promotora de Salud si efectivamente se afilió a ella; si no se afilió se pagarán con recursos de oferta a la institución prestadora de servicios de salud, de conformidad con la normatividad general vigente para el pago de los servicios de salud”.

69 Corte Constitucional, Sentencias T-705 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas) y T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

70 Corte Constitucional, Sentencia SU-677 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

71 Ver, Palacios Sanabria, M., Los derechos de los extranjeros como límite a la soberanía de los Estados, 23 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, Págs.: 319-352 (2013).

72 Corte Constitucional, Sentencia C-725 de 2015 (MP Myriam Ávila Roldan).

73 MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

74 Corte Constitucional, Sentencias T-210 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

75 Corte Constitucional, Sentencia T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

76 El artículo 157 de la ley 100 de 1993 establecía una tercera modalidad para acceder al SGSSS y eran los denominados vinculados al sistema, figura que desapareció con la expedición de la ley 1438 de 2011.

77 Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

78 Ver artículos 1, 2, y 29 de la Ley 1438 de 2011.

79 Ver artículo 43.2.1. de la Ley 715 de 2001.

80 Corte Constitucional, sentencias T-565 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos).

81 Corte Constitucional, sentencias T-452 de 2019 (MP José Fernando Reyes Cuartas);
T-565 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos).

82 Corte Constitucional, Sentencia T-197 de 2019 (MP Diana Rivera Fajardo).

83 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.

84 Corte Constitucional, Sentencia T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

85 Corte Constitucional, Sentencia T-576 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

86 Corte Constitucional, Sentencia T-452 de 2019 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

87 Corte Constitucional, Sentencia T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

88 MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

89 Corte Constitucional, T-705 de 2017 (MP José Fernando Reyes Cuartas); T-210 de 2018 (Gloria Stella Ortiz Delgado); T-197 de 2019 (MP Diana Fajardo Rivera); T-452 de 2019 (MP José Fernando Reyes Cuartas); T-565 de 2019 (MP Alberto Rojas Ríos); T-576 de 2019 (MP Cristina Pardo Schlesinger); T-390 de 2020 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

90 Corte Constitucional, Sentencia T-452 de 2019 (MP José Fernando Reyes Cuartas).

91 La American Cancer Society, define el Linfoma de Hodgkin, como un tipo de cáncer que se origina en el sistema linfático, por el crecimiento descontrolado de un tipo de células denominadas linfocitos B.

92 Corte Constitucional, Sentencia T-210 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

93 Sentencia T-452 de 2019.

94 MP Cristina Pardo Schlesinger.

95 MP Cristina Pardo Schlesinger.

96 Sentencia T-390 de 20 (MP Cristina Pardo Schlesinger).

97 Folios 1 a 4 del cuaderno 1, expediente T-7.875.215.

98 Folios 51 a 55 del cuaderno 1, expediente T-7.875.215.

99 Folios 18 a 25 y 29 a 36 del cuaderno 1 del expediente T-7.875.215.

100 Folios 14 y 15 del cuaderno constitucional, expediente T-7.875.215.