

Sentencia T-178/19

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS RECIEN NACIDOS DE PADRES MIGRANTES EN SITUACION IRREGULAR-Reglas jurisprudenciales

La Corte reitera que en el caso del acceso a servicios de salud de los niños y niñas recién nacidos de padres extranjeros en situación irregular, le corresponde al prestador de servicios de salud registrar al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional e inscribirlo en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Del mismo modo, le corresponde a las entidades territoriales y a sus autoridades, de acuerdo a sus competencias del sector salud, conocer, informar y asistir a la población migrante con el fin de garantizar su acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud conforme a las leyes y la reglamentación vigentes

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE RECIEN NACIDO DE PADRES MIGRANTES EN SITUACION IRREGULAR-Caso en que se niega inclusión de menor de edad en base de datos del SISBEN, por ser hijo de extranjeros en situación irregular

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD SGSSS-Trámite de afiliación

Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 de 2016. De conformidad con lo dispuesto en dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con fundamento en lo anterior, se evidencia que esa disposición indica que todos los ciudadanos independientemente de que sean nacionales colombianos o extranjeros, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por lo tanto, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación.

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE RECIEN NACIDO DE PADRES MIGRANTES EN SITUACION IRREGULAR-Orden de registrar a menor de edad en EPS

Referencia: expediente T- 7.087.478

Acción de tutela interpuesta por Andrés Alejandro Alfonso Rodríguez, personero municipal de Aguachica, Cesar, actuando en representación del menor de edad JJHM contra el Departamento Nacional de Planeación (DNP).

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., seis (6) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

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

SENTENCIA

Anotación preliminar

Teniendo en cuenta que en este caso se estudiará la situación de un menor de edad a quien presuntamente se le han negado los derechos a la salud, dignidad humana e igualdad, la Sala advierte que como medida de protección a su intimidad, se debe suprimir de esta providencia el nombre del menor y el de sus padres. En consecuencia, para efectos de individualizarlos y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a esta tutela, se cambiará el nombre de la menor y el de sus padres por las iniciales de sus nombres.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y solicitud

1.1. El personero municipal de Aguachica relata que en noviembre de 2017 los señores YIMQ (madre del niño) y YJHV (padre del niño) ingresaron a territorio colombiano provenientes de Venezuela.

1.2. Señala que el 21 de mayo de 2018 la señora YIMQ, con 39 semanas de embarazo, tuvo a su hijo JJHM en el Hospital Regional de Aguachica.

1.3. Aduce que el 8 de junio de 2018 los padres de JJHM realizaron la inscripción en el registro civil del menor ante la Registraduría Nacional del Estado Civil con NUIP terminado en -0176-. Con este documento, solicitaron la inscripción de JJHM en el Sisbén, con el fin de que fuera afiliado a una EPS en el régimen subsidiado y poder acceder a cualquier servicio de salud. Sin embargo, afirma el accionante que “al momento de solicitar la respectiva inscripción la respuesta del SISBÉN es que debido a que los padres del menor no cuentan con nacionalidad colombiana el menor no puede ser incluido en una ficha y por lo tanto no le pueden expedir el documento necesario para ser presentado ante la EPS”. [2] Sostiene el actor que los padres del menor le manifestaron estar preocupados “por el estado de salud del mismo ya que no ha asistido a las distintas valoraciones médicas necesarias para un recién nacido (...)”. [3]

1.4. El personero municipal de Aguachica interpuso acción de tutela en contra del DNP y en representación del niño JJHM, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, dignidad humana e igualdad, al habersele negado la inclusión en el Sisbén. Alega que existe un perjuicio irremediable en la medida en que se trata de un sujeto de especial protección constitucional “que requiere de forma inmediata la atención médica necesaria”. [4] Solicita que el juez de tutela ordene “al Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – SISBÉN, realizar el respectivo trámite para la inclusión del menor [JJHM] de nacionalidad colombiana en el SISBÉN y así generarle un puntaje con el fin de que este pueda acceder al servicio de salud en el régimen subsidiado”. [5]

2. Contestación de la demanda [6]

2.1. Departamento Nacional de Planeación – DNP

Para sostener esta posición, explicó (a) qué era el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén) e (b) identificó las competencias de las entidades territoriales y del Departamento Nacional de Planeación frente al Sisbén, acorde con lo establecido en el Decreto 1082 de 2015 “Decreto Único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional”. Resaltó que las entidades territoriales tienen a su

cargo la implementación, actualización, administración y operación de las bases de datos, acorde con los lineamientos y metodologías que establece el DNP. Por su parte, al DNP le corresponde depurar la base de datos que diligencian y actualizan las entidades territoriales, la cual se denomina “base bruta municipal o distrital”.

En relación al caso concreto señaló que al consultar la base nacional consolidada, certificada y avalada por el DNP, la cual corresponde al séptimo corte del año 2018, el número de registro de nacimiento del niño JJHM, “no se encuentra reportado en la base certificada del Sisbén”. [8] Al respecto adujo que era necesario que los padres con nacionalidad venezolana legalizaran su permanencia en el país con el fin de ser debidamente identificados en el Sisbén. Para el efecto se requiere “obtener una identificación válida para el Estado Colombiano, en este caso, la cédula de extranjería, salvoconducto o permiso especial de permanencia (éste último, acompañado obligatoriamente del pasaporte o el documento nacional de identidad)”. [9] Sin embargo, precisó que teniendo en cuenta que JJHM cuenta con el registro civil de nacimiento y en vista de que los padres aún no cuentan con una documentación válida, recomendó “que si en el lugar que reside el menor actualmente existe una persona (mayor de edad) que se encuentre registrada en el Sisbén, se solicite la inclusión o el registro del menor en la misma ficha. Se informa además que de ser así, una vez realizado el trámite por el municipio, éste debe enviar la información al DNP, teniendo en cuenta los términos establecidos en la Resolución No. 4555 de 2017 (...)”. [10]

Finalmente subrayó que son las entidades territoriales las encargadas de establecer los criterios de entrada y salida de un programa social del Gobierno Nacional cuyo proceso de focalización del gasto social se realiza con el Sisbén (como por ejemplo la afiliación al régimen subsidiado de salud, entre otros).

3. Decisión que se revisa

El Juzgado Promiscuo de Familia de Aguachica, Cesar, mediante fallo proferido el 11 de septiembre de 2018 resolvió denegar la acción de tutela. Consideró que existen unos requisitos mínimos legales para acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud, los cuales no fueron cumplidos por los padres del menor de edad involucrado.

Aseveró que el niño no tiene ninguna enfermedad o condición de gravedad que amerite la

prestación de servicios de salud de urgencia. De tal modo, adujo que los padres pueden realizar el trámite correspondiente ante las entidades competentes antes que acudir a la acción de tutela. Aclaró que acorde con la respuesta emitida por el DNP y el Decreto 780 del 2016 emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social, para efectuar la afiliación y reportar novedades ante el Sistema de Seguridad Social en Salud se requiere el registro civil de nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de tres meses, y en el caso de los padres extranjeros, regularizar su situación con el fin de obtener una cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia (artículo 2.1.3.5).

4. Pruebas que obran en el expediente allegadas en las instancias de tutela

- Copia del acta de posesión del personero municipal de Aguachica, Cesar.[11]
- Copia del certificado de nacido vivo emitido por el médico competente.[12]
- Copia del certificado de registro civil de nacimiento.[13]
- Copia de historia clínica del momento del nacimiento.[14]

5. Actuaciones en sede de Revisión

5.1. Mediante Auto del 29 de enero de 2019, la magistrada sustanciadora consideró pertinente practicar algunas pruebas dirigidas a esclarecer la situación migratoria, social y económica actual del niño JJHM y sus padres, así como el acceso a los servicios de salud de los niños y niñas nacidos en territorio colombiano con padres venezolanos en situación irregular. Igualmente se conformó debidamente el contradictorio y se ordenó vincular al proceso de tutela al municipio de Aguachica, Cesar, y al Hospital Regional de Aguachica “José David Padilla Villafañe”. También se invitó a diferentes entidades para que se pronunciaran sobre los problemas jurídicos del caso concreto.[15]

5.2. Respuesta del Personero Municipal de Aguachica.

El agente oficioso dio respuesta a cada uno de los interrogantes formulados por la magistrada sustanciadora y adicionó algunas consideraciones al escrito de tutela. Afirmó que los padres del menor residen actualmente en el municipio de Aguachica en un bien

inmueble arrendado ubicado en el barrio Siete de Agosto. Manifestó que el niño se encuentra en condiciones estables de salud pero que la situación económica de su núcleo familiar es muy precaria. Señaló que tiene conocimiento de que el padre se dedica a la barbería informal en la calle, pero en otras ocasiones, a cualquier actividad que le genere recursos económicos. Estableció que los padres del niño, luego de interpuesta la acción de tutela, “realizaron los trámites de regularización para permanecer legalmente dentro del territorio nacional, [que] el día 8 de octubre de 2018 le fueron expedidos los permisos especiales de permanencia (PEP)”.[16]

Finalmente advirtió que el niño JJHM es un sujeto de especial protección constitucional que no puede quedar sin acceso al sistema de salud. Manifestó que “el hecho de que el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – Sisbén ubicado en el municipio de Aguachica le negare su derecho al menor de recibir una atención médica oportuna se constituye una vulneración a un derecho de primera generación causando un perjuicio irremediable al menor recién nacido al no ingresarlo en la ficha o base de datos por no contar con el puntaje que es un requisito para poder ser afiliado a una EPS del régimen subsidiado y porque sus padres de nacionalidad venezolana no tenían documentos legales para permanecer dentro del país”.[17]

Cabe precisar que en el término del traslado de pruebas realizado por el despacho sustanciador conforme al artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, el personero municipal reiteró las respuestas y consideraciones expuestas.

5.3. Despacho comisorio adelantado por el Juzgado Promiscuo de Familia de Aguachica

La magistrada sustanciadora formuló una serie de preguntas dirigidas a los padres del niño para conocer su situación actual.[18] El juzgado de primera instancia adelantó el despacho comisorio en sus instalaciones el día 13 de febrero de 2019. Las respuestas de los padres fueron similares.

Expresaron que el padre salió primero de Venezuela hacia Colombia con el objeto de encontrar un sustento, ya que su compañera estaba embarazada y no tenían servicios médicos. Actualmente se dedica a cualquier trabajo informal del “día a día” y sostiene a su compañera. Viven en arriendo en el municipio de Aguachica con la abuela paterna, una hermana, dos sobrinos y su hijo. El padre del niño señaló que la salud de su hijo “está

perfectamente al día de hoy, pero antes sí tenía fiebre, gripa y bajo de peso por diarrea, por eso fue que nosotros recurrimos a la tutela porque el niño no lo querían aceptar en el Sisbén y nosotros fuimos porque nos dijeron que estaban aceptando venezolanos para el Sisben pero nos rechazaron”.[19] Ambos manifestaron que fueron a la Alcaldía y “después nos mandaron para registro y de registro nos mandaron para el Sisbén y del Sisbén nuevamente nos mandaron a la Alcaldía y de ahí fue donde tomaron la decisión de mandar la tutela”.[20] El padre aclaró que al niño lo llevan a un hogar de madres comunitarias en el que le dan la alimentación diaria. Afirmaron que el niño no ha tenido atención médica y que acuden a un amigo médico para que lo revise. Los padres reiteraron la pretensión principal de la acción de tutela, es decir, que el niño sea “incluido en el sisbén”.

5.4. Respuesta del Director para el Desarrollo y la Integración Fronteriza del Ministerio de Relaciones Exteriores

La entidad se refirió en su escrito a las siguientes temáticas: (a) informó las competencias legales del Ministerio acorde con el Decreto 869 de 2016, (b) se refirió a la competencia de la Registraduría Nacional del Estado Civil para adelantar todos los trámite concernientes al estado civil de las personas, entre ellos, el reconocimiento de la nacionalidad. Preciso en este punto que conforme a la Circular 168 del 22 de diciembre de 2017, “la instrucción de la Registraduría Nacional del Estado Civil, para el caso de los menores nacidos en Colombia, sin que sus padres se encuentren con domicilio legal, es realizar efectivamente la inscripción en el registro civil del menor, aun cuando no sea posible reconocer su nacionalidad, de forma tal que se resguarde el derecho a la identidad que cuentan los menores”.[21] (c) Explicó los diferentes permisos migratorios establecidos en la Resolución 6045 de 2017 “por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y deroga la Resolución 5512 de 2015”. (d) Sintetizó las medidas implementadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores para abordar y asegurar la prestación de servicios de salud a menores nacidos en Colombia hijos de extranjeros en situación irregular, concretamente se refirió al Permiso Especial de Permanencia -PEP- del Decreto 1288 de 2018. Finalmente, (e) mencionó una serie de normas que tienen por objeto garantizar el acceso a los servicios básicos para las personas provenientes de Venezuela. Entre ellas citó toda la normativa relacionada al acceso a servicios de salud de urgencias.

5.5. Respuesta de la Defensora Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la

Defensoría del Pueblo

La entidad antes de referirse a los problemas jurídicos del caso concreto, desarrolló las siguientes temáticas: (i) el principio de no discriminación, (ii) el principio del interés superior del niño y niña y (iii) el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo de las niñas y niños.

Con base en aquellas consideraciones la Defensoría del Pueblo concluyó que es una realidad actual la masiva migración que está recibiendo el Estado colombiano de origen venezolano. Esta situación exige del Estado tomar las medidas necesarias y adecuadas para proteger y garantizar los derechos de quienes se han visto forzados a abandonar su país de origen. En el caso de los niños y niñas, el Estado colombiano se ha comprometido a garantizar el interés superior del menor y la no discriminación, principios reconocidos en tratados internacionales. Lo anterior, a juicio de la Defensoría del Pueblo, implica asegurar la atención médica de la población infantil en las primeras etapas de su vida, toda vez que asegura un adecuado desarrollo y prevé futuras enfermedades.

Afirmó que el caso bajo estudio “en atención a los principios de no discriminación, al interés superior del niño y la niña y al deber de garantizar el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo de la población menor de edad y dado que ya ha sido abordada la problemática de afiliación de personas menores de edad al Sisbén previamente, ordenando incluirlas en éste como mecanismo de garantía de sus derechos fundamentales, debe tomarse la misma decisión”.[22] Para el efecto, citó la sentencia SU-677 de 2017 y solicitó su aplicación al caso. En consecuencia sugirió amparar los derechos fundamentales del niño JJHM y ordenar “la inmediata inscripción en el Sisbén del menor de edad y su correspondiente atención en salud”.[23] Adicionalmente resaltó la necesidad de difundir la sentencia SU-677 de 2017 a las personerías municipales, a los funcionarios de Migración Colombia, al DNP y al Consulado de Venezuela.

5.6. Respuesta de la Asociación Migrantes de Venezuela – ASOVENEZUELA

5.7. Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

La entidad se refirió a toda la normativa que ha emitido para atender la situación migratoria que se ha presentado en Colombia como consecuencia de la crisis humanitaria de

Venezuela. Resaltó las normas establecidas en el Decreto 780 de 2016 referentes a la afiliación de migrantes al régimen subsidiado de salud. Subrayó que es competencia del municipio donde reside la persona practicarle la encuesta del Sisbén en aras de determinar si se clasifica en los niveles I y II del mismo. Mencionó la importancia del “Plan de Respuesta del Sector Salud al Fenómeno Migratorio” emitido por esta misma entidad a finales de 2018, en el cual se establece un diagnóstico y se formula un plan estratégico con objetivos, componentes y actividades concretas, siendo uno de ellos la “gestión del aseguramiento”. Finalmente se refirió a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud del recién nacido en territorio nacional hijo de padres extranjeros no afiliados. Al respecto aclaró, que conforme al artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016, le corresponde a la IPS inscribir en coordinación con la secretaría de salud al recién nacido en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio.

5.8. Respuesta del municipio de Aguachica

La entidad territorial contestó al requerimiento a través de la “Dirección Administrativa de Salud de Aguachica -DASA-”. Esta entidad informó que el municipio de Aguachica se encuentra en la sexta categoría, lo que no le permite hacer muchas actividades, pero que en todo caso, garantiza el cumplimiento de todos los lineamientos establecidos en el “Plan de respuesta del sector de salud al fenómeno migratorio” emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Afirmó que en cumplimiento de este documento ha garantizado la atención médica de urgencias para las personas inmigrantes en situación irregular, ha implementado acciones para el aseguramiento de una parte de la población de acuerdo a su estatus migratorio y ha fortalecido la gestión en salud pública.

Manifestó que todo ciudadano venezolano que se encuentre de manera irregular, para obtener beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, es necesario que se inscriba a una entidad promotora de salud. Para esto debe contar con un documento de identidad válido, como por ejemplo el permiso especial de permanencia expedido por migración Colombia. Aclaró que además de contar con la documentación válida, debe afiliarse al régimen contributivo o al régimen subsidiado. Si se quiere afiliarse a este último, la persona debe acercarse a la respectiva alcaldía o secretaría de planeación del municipio de

residencia para que se le realice “la encuesta Sisbén”.

Respecto al caso concreto, la entidad manifestó que el niño “fue vacunado con la dosis de RN, a los 2 meses, a los 4 meses y a los 6 meses por el equipo PAI de la ESE Hospital Local en su domicilio, garantizándole el esquema de vacunación oportuno y adecuado para su edad, educación sobre prevención de enfermedades prevalentes en la infancia”.[24]

5.9. Respuesta de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

Luego de mencionar la normativa correspondiente a las facultades que cumple la entidad, señaló que las personas que se encuentran en situación irregular, cualquiera sea su nacionalidad, deben acercarse a adelantar los trámites correspondientes ante un Centro Facilitador de Servicios Migratorios para regularizar su permanencia. Con base en ello, explicó cómo funciona la entrega del salvoconducto SC-2 y precisó que también puede ser solicitado por una persona menor de edad. Señaló que es necesario que sean los padres del menor de edad quienes regularicen su situación para poder acceder a servicios sociales en el territorio colombiano. En este punto advirtió sobre los impactos de la inscripción de extranjeros en el sistema de salud: “(...) es oportuno resaltar que para los extranjeros mayores de edad y padres de menores instarlos a que se afilien al sistema antes de impetrar acciones de tutela so pena que, como lo establece la norma, solo se tenga acceso al servicio de urgencias, es cierto que los temas presupuestales no pueden estar por encima de los derechos fundamentales, lo cual compartimos plenamente, pero cuando por vía de acción de tutela se ordenan tratamientos de alto costo o procedimientos sin copagos o cuotas moderadoras, si dichas decisiones son en gran cantidad, el SGSSS se verá afectado (...)”.[25]

Manifestó que los niños hijos de venezolanos nacidos en territorio colombiano, a pesar de que no pueden recibir la nacionalidad colombiana, tampoco son apátridas toda vez que “tiene[n] su nacionalidad venezolana, por ser hijo[s] de padres venezolanos, y que el procedimiento que estos deben seguir es, acudir al Consulado venezolano y registrar a la menor para después regularizar su situación migratoria ante Migración Colombia y la Cancillería colombiana”.[26] Finalizó advirtiendo que es necesario que a los niños extranjeros en situación irregular se les garantice el servicio de salud aún sin estar afiliados al sistema, “pero se debe obligar a los padres a efectuar los copagos o cuotas

moderadoras para compensar en lo mínimo la prestación del servicio”.[27] En esa medida, los padres deben regularizar su situación migratoria y afiliarse al sistema de salud.

5.10. Respuesta del Hospital Regional José David Padilla Villafañe

La entidad se limitó a anexar la historia clínica de la señora YIMQ del momento del parto el día 21 de mayo de 2018. Resaltó que se realizó parto por cesárea y se recibió al niño en buenas condiciones.

Cabe precisar que en el término del traslado de pruebas realizado por el despacho sustanciador conforme al artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, el Hospital regional reiteró la información y precisó que la señora con nacionalidad venezolana fue atendida con cargo a recursos de la entidad territorial (Secretaría de Salud Departamental).

5.11. Respuesta del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia

Solicitó a la Sala Séptima de Revisión revocar la decisión de instancia; amparar los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la dignidad humana y a la igualdad de JJHM; ordenar la afiliación del niño al sistema de seguridad social en salud subsidiado de acuerdo al artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016; ordenar la realización de la encuesta del Sisbén teniendo en cuenta que los padres del menor ya cuentan con el Permiso Especial de Permanencia –PEP- y ordenar al DNP “dictar un acto administrativo con instrucciones claras dirigidas a las oficinas territoriales del Sisbén para que apliquen la encuesta a los hogares donde se encuentren niños nacidos en Colombia, independientemente del status migratorio de quienes componen a su hogar”.[28] Del mismo modo aclararon que la encuesta del Sisbén debe tener como documento válido de identificación el PEP, conforme a la Resolución 3015 de 2017.

Para fundamentar su solicitud, Dejusticia desarrolló las reglas más importantes sobre la especial protección que ampara a los niños, niñas y adolescentes en el régimen constitucional y la prohibición de discriminación en su contra por el origen nacional de sus padres. Al respecto, precisó que de acuerdo con el Conpes 109 de 2007, la primera infancia es esencial para el buen desarrollo cognitivo y socioemocional de cada persona. Acorde con ello afirmó que “la adopción de medidas que promuevan el desarrollo cognitivo de los niños a través de un adecuado servicio médico, de nutrición u otros aspectos resulta no solo

imperativo de acuerdo al texto constitucional, sino también costo-eficientes para la sociedad, particularmente si se hacen en la primera infancia y en particular, en el primer año de vida”.[29] Manifestó que según lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016, todo recién nacido hijo de extranjeros debe estar afiliado al régimen de salud, independientemente del status migratorio de sus padres. Para ello citó lo dispuesto en el artículo 2.1.3.11.

Por otra parte, adujo que no se puede negar la “aplicación” de la encuesta del Sisbén al núcleo familiar de un menor de edad en razón al status migratorio de quienes componen su hogar. Sobre este punto y el análisis de los hechos del caso concreto, consideró lo siguiente:

“En el artículo 2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social se establecen los documentos de identificación requeridos para efectuar la afiliación y reportar las novedades en el SGS-SS. Estos son la cédula de extranjería, el pasaporte, el carné diplomático o el salvoconducto de refugiado. Adicionalmente, la Resolución 3015 de 2017 del mismo Ministerio estableció en el artículo 1º que el PEP es un documento válido de identificación ante el SGS-SS. Por lo anterior y teniendo en cuenta que para acceder al régimen subsidiado de salud es requisito contar con una clasificación en el Sisbén, sería ilógico no aceptar el PEP como documento válido de identificación para aplicar la encuesta en el hogar”.[30]

Así, Dejusticia señaló que, por una parte, el Hospital Regional de Aguachica debió registrar al niño recién nacido en una EPS, al ser el prestador de servicios de salud; y por otra parte, la oficina encargada del Sisbén en el municipio de Aguachica debió realizar la encuesta al núcleo familiar con el PEP como documento válido.

5.12. Departamento Nacional de Planeación

Cabe precisar que en el término del traslado de pruebas realizado por el despacho sustanciador conforme al artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, el Departamento Nacional de Planeación allegó un escrito reiterando las consideraciones expuestas en la contestación de la acción de tutela. Afirmó que para que una persona extranjera pueda ser incluida en las bases de datos del Sisbén, es necesario que regularice su situación, es decir, que obtenga un documento válido de identificación, como lo es el Permiso Especial de Permanencia. Estableció que “[e]n materia municipal, son las propias entidades territoriales

las que deben definir los criterios de acceso a los programas sociales que ofrezcan. Por lo tanto, si bien la población que aspire a ingresar ha determinado programa, además de contar con la encuesta del Sisben y tener determinado puntaje (estado de elegibilidad), debe cumplir con los requisitos adicionales que establezca el municipio”.[31]

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos

2. El personero municipal de Aguachica, Cesar, interpuso acción de tutela como agente oficioso de un niño recién nacido de padres venezolanos en situación irregular, con el fin de que se le garantizaran los derechos a la salud, vida digna e igualdad y no discriminación, y en consecuencia, fuera incluido en las bases de datos del SISBÉN para ser beneficiario del régimen subsidiado de salud. La tutela se interpuso contra el Departamento Nacional de Planeación, entidad que alegó que dentro de sus competencias no se encuentra realizar el trámite de afiliación al sistema de salud subsidiado y manifestó que los padres deben regularizar su situación en territorio colombiano para adelantar los trámites correspondientes ante el municipio. Acorde con lo anterior, el despacho de la magistrada suistanciadora vinculó a las entidades competentes para la realización de los trámites de afiliación en el sistema de salud.

3. Con base en los hechos descritos, la Sala Séptima de Revisión analizará la procedencia de la acción de tutela para luego resolver el siguiente problema jurídico: ¿las entidades competentes vulneraron los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y a la salud de un niño recién nacido de padres en situación migratoria irregular al negarse a realizar su inclusión en la base de datos del Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios – Sisbén?

4. Con el objeto de dar respuesta a este interrogante es necesario reiterar las subreglas jurisprudenciales establecidas en las sentencias SU-677 de 2017[32] y la T-210 de 2018[33], por tratarse de asuntos en los que se resolvieron problemas jurídicos similares a la presente acción de tutela. Para no incurrir en la transcripción extensa de consideraciones acordadas por la Sala Plena y las Salas de Revisión de la Corte Constitucional de manera constante, se formularán las reglas fijadas de manera concisa y pertinente para resolver el asunto concreto. Posteriormente se harán unas consideraciones sobre el deber que tiene la administración de informar, asistir y dar acompañamiento a las personas para acceder a programas o servicios que hacen posible el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales.

Procedencia de la acción de tutela.

5. Legitimación por activa. El artículo 86 de la Constitución dispone que la acción de tutela es un mecanismo que puede ser ejercido por toda persona “por sí mismo o por quien actúe a su nombre”, para obtener la protección urgente de los derechos fundamentales que se estimen violados por la acción u omisión de cualquier autoridad estatal o entidad particular, en este último caso en ciertos eventos. En el mismo sentido lo establece el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual contempla la posibilidad de que el Defensor del Pueblo y los personeros municipales interpongan la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El artículo 49 señala que el personero, en su calidad de defensor del pueblo en el respectivo municipio, puede interponer o intervenir en acciones de tutela por delegación expresa del Defensor del Pueblo.

Al respecto la Corte ha confirmado la legitimación por activa de los personeros municipales para interponer acciones de tutela. Frente a esta facultad se ha precisado que corresponde al propósito que animó al Constituyente en el sentido de asegurar por todos los medios posibles y por distintas vías institucionales la efectividad de los derechos fundamentales de las personas.[34] Del mismo modo, la jurisprudencia ha considerado que si los factores de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales tienen ocurrencia en el área de jurisdicción de la personería que acude a la tutela, también se encuentra justificada su facultad para actuar.[35]

En el caso concreto, se debe resaltar que se trata de la protección de los derechos

fundamentales de personas que se encuentran en una situación de indefensión y vulnerabilidad por la situación de migración irregular. Así mismo, a pesar de que el mismo personero dice actuar como un agente oficioso, en realidad no se evidencian las condiciones para que proceda esta figura, pues a pesar de que actúa a nombre del niño recién nacido, éste tiene sus padres los cuales no demostraron alguna imposibilidad para ejercer la acción de tutela de manera directa. En ese orden de ideas, la Sala entenderá que la legitimación para actuar se encuentra cumplida acorde con el parágrafo tercero del artículo 10 y el artículo 49 del Decreto 2591 de 1991.

6. Legitimación por pasiva. El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991 dispone la procedencia de la acción de tutela contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares que viole o amenace violar los derechos fundamentales. En desarrollo de esta disposición, la Corte Constitucional ha mencionado que la legitimación pasiva debe ser entendida como la facultad procesal que se le reconoce al demandado para que desconozca o controvierta la reclamación que el actor dirige contra él mediante demanda.[36] En el caso concreto, la acción de tutela fue interpuesta contra una autoridad pública como lo es el Departamento Nacional de Planeación – DNP. No obstante, como esta entidad lo alegó en el momento oportuno, no es la llamada a cumplir con la pretensión que invoca el accionante.

La pretensión principal que se formula está relacionada con la prestación del servicio de salud de un niño recién nacido y su inclusión en las bases de datos del Sisbén. El DNP es una entidad que tiene como objetivos principales: “la coordinación y diseño de políticas públicas y del presupuesto de los recursos de inversión; la articulación entre la planeación de las entidades del Gobierno Nacional y los demás niveles de gobierno; la preparación, el seguimiento de la ejecución y la evaluación de resultados de las políticas, planes, programas y proyectos del sector público, así como realizar en forma permanente el seguimiento de la economía nacional e internacional y proponer los estudios, planes, programas, y proyectos para avanzar en el desarrollo económico, social, institucional y ambiental, y promover la convergencia regional del país” (art. 1.1.1.1 del Decreto 1082 de 2015). Como puede verse, dentro de sus funciones no está la de prestar servicios de salud. Respecto del Sisbén, las facultades del DNP se limitan a dictar lineamientos metodológicos, técnicos y operativos necesarios para su implementación, coordina, supervisa y diseña las herramientas de metodología para las encuestas y bases de datos del sistema, entre otros.

Sin embargo, no se encuentra dentro de estas funciones la realización, administración y/o diligenciamiento de las bases de datos.

Según el Decreto 1082 de 2015, corresponde a las entidades territoriales administrar las bases de datos del Sisbén conforme a las directrices emitidas por el DNP.[37] Tienen a su cargo “su implementación, actualización, administración y operación de la base de datos, conforme a los lineamientos y metodologías que establezca el Gobierno Nacional” (art. 2.2.8.2.4 del Decreto 1082 de 2015).

Por tanto la Sala estima que la presunta vulneración alegada en la acción de tutela no es responsabilidad del Departamento Nacional de Planeación, y por esa razón, se desvinculará a esta entidad del presente proceso. Actualmente fueron vinculadas al proceso el Hospital Regional José David Padilla Villafañe y el municipio de Aguachica (particularmente la Dirección Administrativa de Salud de Aguachica – DASA), entidades que dieron respuesta al escrito de la tutela y presentaron sus argumentos de acuerdo a sus competencias constitucionales y legales. La Sala encuentra que, en principio, son estas las entidades competentes para garantizar la protección de los derechos del niño JJHM.

7. Inmediatez. Los objetivos principales de la acción de tutela son: (i) proteger y restablecer los derechos fundamentales que han sido vulnerados y (ii) evitar un perjuicio irremediable cuando exista una amenaza real e inminente a un derecho fundamental. Es por esa razón que la persona que interpone una acción de tutela debe solicitar la protección en un plazo razonable o prudencial, es decir, este recurso constitucional no puede ejercitarse en un tiempo indefinido desde el momento en que ocurrió el hecho que originó la vulneración o amenaza porque perdería su misma naturaleza.[38] En el caso concreto la Sala observa que este requisito se encuentra cumplido toda vez que una vez les fue negada la afiliación en el sistema de salud, el padre acudió a la Personería Municipal para interponer la acción de tutela. El niño nació el 21 de mayo de 2018, el 8 de junio fue registrado ante la Registraduría Municipal del Estado Civil de Aguachica y según afirman el personero municipal y los padres del menor de edad, en este tiempo –sin decir una fecha exacta- acudieron a la Alcaldía para solicitar “la inclusión en el Sisbén” y les fue negado por no tener su situación migratoria regularizada. Estas afirmaciones no fueron controvertidas por la Alcaldía municipal. La tutela fue interpuesta el 29 de agosto de 2018. De tal modo, la Sala encuentra que se encuentra cumplido el requisito de la inmediatez.

8. Subsidiariedad. El artículo 86, inciso 3, de la Constitución y el artículo 6, numeral 1°, del Decreto 2591 de 1991 disponen que la acción de tutela solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, y en caso de existir otros medios, procede de manera excepcional cuando (i) exista una amenaza de perjuicio irremediable en términos de derechos fundamentales y/o (ii) las acciones judiciales ordinarias no sean idóneas para la protección inmediata de los derechos involucrados. La Corte Constitucional ha establecido que los medios alternativos con los que cuenta el interesado tienen que ser aptos para obtener la protección con la urgencia que el asunto amerita, de modo que si los medios de defensa resultan ineficaces o insuficientes para proteger los derechos fundamentales o evitar un perjuicio irremediable, la acción de tutela debe ser procedente.[39]

En el caso que se analiza en esta oportunidad, ante la negativa de afiliar al niño recién nacido en el sistema de salud subsidiado, previa realización de la encuesta del Sisben, no existe un recurso judicial adecuado y efectivo. Igualmente, debe resaltarse que la acción constitucional en este caso pretende proteger los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional como lo son los niños y los migrantes. En consecuencia, la Corte considera que la acción de tutela es procedente.

Reglas jurisprudenciales sobre el derecho al acceso al sistema de salud de niños y niñas venezolanos con padres en situación irregular

Contexto de la migración venezolana en territorio colombiano

9. La coyuntura política, social y económica en la que se encuentra Venezuela ha generado una migración masiva de personas en el territorio colombiano en busca de mejores alternativas de vida. Según datos de la Organización Mundial para las Migraciones (OIM) 2,3 millones de personas han salido de Venezuela en los últimos dos años y gran parte de esta población ha llegado a los países de frontera como en el caso de Colombia.[40] Esto ha exigido por parte de las instituciones estatales la necesidad de formular una política de atención integral a favor de esta población[41]. El documento Conpes 3950 registra este escenario en los siguientes términos:

“(…) al 30 de septiembre del 2018, Colombia contaba aproximadamente con 1.032.016 de venezolanos residiendo en su territorio, los cuales han venido migrando al país, en gran

parte, por la difícil coyuntura económica, política y social del vecino país. En los últimos 16 meses, la migración venezolana se ha más que quintuplicado, pasando de 171.783 migrantes provenientes de Venezuela en mayo del 2017 a 1.032.016 en septiembre de este año (...)

El aumento en el número de migrantes desde Venezuela ha generado necesidades de atención para esta población en materia de salud, educación, vivienda, agua y saneamiento básico, e inserción laboral, entre otros. Adicionalmente, su incremento acelerado en tan corto tiempo está generando presiones sobre las instituciones encargadas de la atención fronteriza y de migrantes, las cuales no cuentan con la capacidad suficiente para seguir atendiendo a este creciente número de personas”.[42]

10. Las decisiones de las instituciones estatales se han concentrado en la regularización e integración y en la atención humanitaria de la población migrante. Para ello, se ha creado todo un sistema de permisos especiales de permanencia y se activó el registro Administrativo para los Migrantes Venezolanos que ha servido para caracterizar la población proveniente de aquel país. En relación con la atención humanitaria, los servicios sociales se han adaptado a las necesidades de la migración masiva.[43] Concretamente, sobre el impacto en el sector de la salud, la atención en salud integral (hospitalización, consulta externa y procedimientos) y de urgencias a la población migrante venezolana ha aumentado en el último año. Según el Conpes con corte a septiembre de 2018 existen 35.548 migrantes desde Venezuela afiliados al régimen contributivo y 7.589 personas afiliadas al régimen subsidiado al cumplir con los requisitos para pertenecer al SGSSS. Esto implica que solo el 3 % de población migrante del total estimado para 2018 se encuentra asegurada y el 5 % de la población regular estimada para 2018 se encuentra afiliada al SGSSS.[44] Para lograr este cometido, las instituciones estatales han emitido una serie de medidas de política pública.[45]

11. A propósito de lo anterior, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió el “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”,[46] en el cual se “profundiza las disposiciones y políticas colombianas para avanzar hacia fronteras incluyentes, seguras y sostenibles; en lo de competencia del Ministerio de Salud y Protección Social, en coordinación con los demás agentes del sector. Las acciones contenidas en el presente Plan, se orientan fundamentalmente hacia la atención en salud en territorio Colombiano a

personas que ingresan en calidad de migrantes al país, ya sean estos nacionales de otros países, o bien, a colombianos de origen que están retornando a su patria”. Lo que se pretende con el plan es formalizar todas las acciones y actividades que se vienen adelantando por parte de distintas entidades para garantizar el acceso a la salud de la población migrante y fortalecer el proceso de implementación de la Política de Atención Integral en Salud de las entidades territoriales de zonas fronterizas. En este documento se reconoce como una población vulnerable, y por tanto, beneficiaria de atención prioritaria, las madres gestantes y los niños, niñas y adolescentes.[47] En relación con el reporte de nacimientos, se establece que han aumentado desde el año 2015 al 2017. Los departamentos de Norte de Santander (31,3%), Magdalena (11%), Bogotá (9,8%), Barranquilla (9,2%), La Guajira (6,9%), Santander (6,9%) y Cesar (6,4%), reportan la mayor proporción de estos nacimientos de niños de padres extranjeros. Del mismo modo, se identifica como un evento de interés de salud pública, el bajo peso al nacer, la desnutrición aguda en los menores de 5 años, mortalidad perinatal y neonatal tardía, tos ferina, varicela, entre otros.

12. El diagnóstico que muestran tanto el Conpes 3950, como el “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”, es la necesidad de mantener las medidas adecuadas y necesarias para salvaguardar los derechos humanos de un sector de la población que entra al territorio nacional en una situación de vulnerabilidad. El Estado a la luz del principio de progresividad debe continuar con los esfuerzos para garantizar el mayor acceso posible a los servicios sociales de la población migrante.

Marco normativo y reglas jurisprudenciales sobre el derecho al acceso al sistema de salud de niños y niñas venezolanos con padres en situación irregular

13. El derecho a la salud debe ser comprendido como “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud mental y física de una persona”. Este concepto no se limita al derecho a la atención salud, sino que incluye el “disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.[48] La accesibilidad física y económica a los servicios básicos de salud debe ser garantizada a los niños y niñas en todo su crecimiento.[49] En efecto, en la Convención sobre los Derechos del Niño se exhorta a los Estados a garantizar el acceso a los servicios esenciales de salud para el niño y su familia, “incluida la atención anterior y

posterior al parto de la madre”.[50] Por su parte, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva No. 21 relativa a los “derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, estableció la necesidad de que las políticas migratorias cuenten con un enfoque de derechos humanos, y en el caso de tratarse de medidas a favor de las niñas y niños en migración, debe prevalecer un enfoque en el que se garanticen sus derechos de forma integral. Señaló que para efectos de evaluar una posible vulneración de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, debe tenerse en cuenta el estado de salud de la persona menor de edad y la atención en salud disponible en el país de origen, así como la accesibilidad física y económica de la misma.[51]

14. Tratándose del derecho fundamental a la salud de los niños y niñas recién nacidos es esencial tener en cuenta el principio del interés superior del menor. El artículo 44 de la Constitución Política consagra el desarrollo armónico e integral de toda persona menor de edad y la protección prevalente de sus derechos fundamentales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que el desarrollo armónico e integral consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”.[52] Acorde con ello, el artículo 50 de la Constitución establece que “todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado”. Esta obligación se ve reforzada por el principio del interés superior del menor, el cual es transversal a toda decisión que involucre el bienestar de un niño o una niña. Según la Corte esto implica “la obligación del Estado de garantizar el acceso de los recién nacidos a los servicios de salud en el más alto nivel posible”.[53]

15. Ahora bien, Colombia cuenta con una normativa robusta que garantiza el derecho a la salud de los extranjeros en el territorio. Sin embargo, en los últimos años la Corte ha tenido la oportunidad de revisar acciones de tutela presentadas por nacionales venezolanos que reflejan barreras de acceso al sistema de salud. La Sala se referirá a la

normativa aplicable y a las reglas jurisprudenciales más importantes que se han fijado en casos similares al que hoy se analiza, concretamente, las sentencias SU-677 de 2017[54] y la T-210 de 2018[55].

16. Acorde con una interpretación armónica de los artículos 13, 48, 49 y 100 de la Constitución Política, todas las personas, independientemente de su origen nacional, tienen derecho a la atención en salud. Para ello, los extranjeros deben agotar unas cargas mínimas para regularizar su situación migratoria y adelantar los trámites pertinentes ante el sistema de salud. La Corte ha reiterado:

“(i) el deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado; pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados; (ii) todos los extranjeros tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia; y (iii) los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física” (SU-677 de 2017).

17. La atención inicial de urgencias como una garantía mínima se encuentra contemplada en los artículos 10 y 14 de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) en los siguientes términos:

“Artículo 10. (...) Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: (...) b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno (...)

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

18. Por su parte, el Decreto 866 de 2017 dispone que el Ministerio de Salud y Protección Social debe poner a disposición de las entidades territoriales los recursos excedentes de la Subcuenta del FOSYGA o quien haga sus veces, para cubrir el pago de las atenciones iniciales de urgencia prestadas a los nacionales de países fronterizos.

19. En virtud del principio de universalidad, el sistema general de seguridad social en salud cubre a todas las personas residentes en territorio colombiano sin perjuicio de que cuenten o no con recursos económicos. Hay dos clases de participantes, unos en calidad de afiliados al régimen contributivo, cuando tienen la capacidad de pago; y otros, en condición de afiliados al régimen subsidiado, cuando no cuentan con los recursos para cotizar. El artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 dispone la universalización del aseguramiento. En él se determina el trámite que debe seguirse cuando una persona requiera atención en salud y no esté afiliado al sistema y se determina que debe ser atendido obligatoriamente. Del mismo modo, fija el procedimiento a seguir frente a un residente indocumentado e insta a las autoridades a que incentiven a los extranjeros a adquirir seguros médicos o planes de salud.

20. La reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 de 2016. De conformidad con lo dispuesto en dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud (art. 2.1.3.1). Indica que todas las personas independientemente de que sean nacionales colombianos o extranjeros, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud (art. 2.1.3.5). Por lo tanto, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación.

21. Del mismo modo, el artículo 2.1.3.11., contempla la posibilidad de afiliar al niño recién nacido de padres no afiliados. Señala que en la fecha del nacimiento el prestador de servicios debe actuar de la siguiente forma:

“1. Cuando alguno de los padres reúna las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, registrará en el Sistema de Afiliación Transaccional e inscribirá en una EPS de

dicho régimen al padre obligado a cotizar y al recién nacido. Para realizar esta afiliación, el prestador deberá consultar la información que para tal efecto disponga el Sistema de Afiliación Transaccional.

2. Cuando los padres no cumplen las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y se encuentran clasificados en los niveles I y II del SISBEN, registrará e inscribirá a la madre, al recién nacido y a los demás integrantes del núcleo familiar, al régimen subsidiado, de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011.

3. Cuando los padres no cumplen las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y tampoco se encuentran clasificados en los niveles I y II del Sisbén o no les ha sido aplicada la encuesta SISBEN, registrará al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional y lo inscribirá en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Una vez los padres se afilien el menor integrará el respectivo núcleo familiar.

Parágrafo 1. Para los efectos previstos en los numerales 1 y 3 del presente artículo, los padres del recién nacido deberán declarar por escrito ante la IPS que no tienen las condiciones para cotizar al régimen contributivo o que la encuesta SISBEN no les ha sido aplicada.

Parágrafo 2. Efectuada la inscripción y registro del recién nacido al régimen subsidiado, el Sistema de Afiliación Transaccional notificará dicha novedad a la entidad territorial, a la EPS y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP de acuerdo con el Título 1 de la Parte 12 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015.

Parágrafo 3. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, el prestador del servicio deberá realizar la afiliación del recién nacido directamente ante la EPS y realizará las notificaciones previstas en el presente artículo a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la misma.

Parágrafo 4. Lo previsto en el presente artículo aplicará a los menores de edad cuando demanden servicios de salud y no se encuentren afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud”.

22. Las anteriores normas deben ser leídas a la luz de la normativa especial que se ha emitido para los nacionales venezolanos. La Resolución 3015 de 2017 incluye el Permiso Especial de Permanencia (PEP) como documento válido de identificación en los sistemas de información del Sistema de Protección Social.[56] Por su parte, el Decreto 1288 de 2018 reconoce como oferta institucional en salud a favor de todos los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (a) la atención de urgencias; (b) “las acciones en salud pública, a saber: vacunación en el marco del Programa Ampliado de Inmunizaciones-PAI, control prenatal para mujeres gestantes, acciones de promoción y prevención definidas en el Plan Sectorial de respuesta al fenómeno migratorio y a las intervenciones colectivas que desarrollan las entidades territoriales en las cuales se encuentren dichas personas, tal y como se indica en la Circular 025 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social” y (c) “la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el Decreto 780 de 2016, en la parte 1, libro 2, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, así como al Sistema de Riesgos Laborales en los términos de la parte 2, del título 2, capítulo 4, del Decreto 1072 de 2015”.

23. En suma, el Estado colombiano cuenta con una normativa que permite el acceso al sistema de salud de los extranjeros residentes en el territorio nacional. Como lo ha establecido la jurisprudencia, cuando se trata de asegurar el derecho a la salud de los niños y niñas, las decisiones y medidas a implementar deben estar guiadas por el principio del interés superior de los niños y niñas como directriz que exige garantizarles el acceso al nivel máximo de salud y bienestar. De esa manera, desde su nacimiento los niños y niñas requieren de una protección especial de parte de la familia, la sociedad y el Estado, toda vez que son seres absolutamente indefensos y dependientes de su entorno.

El deber que tiene la administración de informar, asistir y dar acompañamiento a las personas para acceder a programas o servicios que hacen posible el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales

“(…) debido a la crítica situación económica y política por la que atraviesa el vecino país y a la precariedad económica en la que se encuentran la gran mayoría de sus nacionales que llegan a Colombia, el cumplimiento por parte de los migrantes venezolanos de algunos deberes que impone la legislación migratoria para lograr su regularización en Colombia y la

normativa en salud para lograr la afiliación, resultan ser de difícil cumplimiento.

Lo anterior, hace improbable entonces que los municipios puedan lograr la materialización del principio de universalización del aseguramiento y, por ende, conseguir la afiliación de toda esta población al régimen subsidiado (artículo 32 de la Ley 1438 de 2011).

Por otra parte, además de presentar múltiples barreras para lograr su regularización y posterior afiliación al SGSSS, la Corte advierte que los migrantes venezolanos en situación de irregularidad no afiliados, si bien generalmente son valorados como ‘población pobre no asegurada’, solamente reciben atención de urgencias por parte del sistema, como se explicará más adelante. Esto puede deberse también a la imposibilidad jurídica y material que actualmente tienen de establecer un domicilio, incluso aquellos migrantes que cuentan con PEP, lo cual a su vez dificulta el cumplimiento de la obligación de los departamentos de financiar con los recursos propios la atención integral en salud de toda la población pobre no asegurada, incluidos los migrantes en situación de irregularidad (artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001)”.

25. Con base en lo anterior, es sumamente importante recordar que las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental de naturaleza prestacional pueden ser de cumplimiento inmediato “bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–).”; y de cumplimiento progresivo “por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. Tanto la decisión democrática acerca del grado de protección que se brindará a un derecho fundamental en sus facetas prestacionales, como la adopción e implementación de las formas específicas de garantizar su efectivo respeto, protección y cumplimiento, suponen que el cumplimiento de este tipo de obligaciones se logre progresivamente. En tal sentido, el cumplimiento de este tipo de obligaciones no se satisface con la simple actuación estatal, ésta debe ser ajustada a la Constitución, por lo que debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo

de los derechos”.[57]

26. La jurisprudencia constitucional ha precisado tres condiciones básicas que debe observar toda política pública orientada a garantizar un derecho constitucional: (a) la existencia de la política, plan o programa, (b) su finalidad debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo de un derecho fundamental y (c) que “los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática”. [58] En el mismo sentido, la Corte ha establecido que la publicidad e información transparente de la implementación y ejecución de la política, plan y programa, es trascendental para que sea efectiva. De nada sirve si se agotan todas las etapas con un enfoque de derechos humanos pero la población objeto no conoce cómo acceder al plan o programa. Sobre este punto la Corte ha sostenido:

“(ii) Publicidad. El plan con que se cuente debe estar al alcance de todas las personas, en especial de aquellas que tienen en juego el respeto, la protección y la garantía de sus derechos fundamentales. En tal sentido, el plan o los planes con que cuente el Estado deben estar escritos y deben poder conocerse. Por supuesto, la publicidad de la Administración y de sus actos, cubre no solamente el plan o el programa en el cual se estructure la política, sino todos sus actos y decisiones posteriores.[59]

27. En efecto, les corresponde a las autoridades competentes conocer el fundamento normativo, sus competencias relativas a la política, plan o programa y darlo a conocer a las personas beneficiarias con el objeto de hacer efectivo el ejercicio de un derecho fundamental. La toma de decisiones administrativas debe estar enmarcada en la ley, pero a la vez, su ejecución y cumplimiento debe tener como fin prevalente la garantía y respeto de los derechos fundamentales, entre ellos la igualdad y no discriminación de poblaciones vulnerables como lo son los niños y las personas migrantes.

28. En resumen, y tratándose específicamente del acceso al sistema de salud de la población migrante en situación irregular, es valioso que el gobierno nacional concentre sus esfuerzos en dinamizar y universalizar el sistema de salud a favor de estas personas, dada la coyuntura del vecino país. Sin embargo, es esencial que estos esfuerzos lleguen efectivamente a los migrantes y esto solo se logra si las instituciones conocen de sus competencias y las publicitan, lo que implica una mayor coordinación y articulación

interinstitucional e intersectorial.

Análisis del caso de JJHM

29. La Sala Séptima de Revisión debe resolver si las entidades competentes vulneraron los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana e igualdad del niño JJHM, al negarse a realizar la encuesta del Sisbén para la inclusión en el SGSSS sosteniendo que los padres del menor de edad se encontraban en una situación irregular en el territorio colombiano. Cabe precisar, que la pretensión de los padres en realidad se concentra en la necesidad de contar con atención en salud para el niño JJHM, es decir, la “inclusión en el Sisben” que solicitan es con el fin de ser afiliados al régimen subsidiado de salud.

30. Como se estableció en el marco normativo expuesto en las consideraciones de esta providencia, así como de la jurisprudencia constitucional citada, la Sala encuentra que las entidades competentes, como lo son el Hospital Regional “Jose David Padilla Villafañe” y la Alcaldía de Aguachica, vulneraron los derechos fundamentales del niño JJHM al no cumplir con lo dispuesto en el Decreto 780 de 2016.

31. Pues bien, acorde con esta normartiva, el niño al momento del nacimiento tenía que ser registrado en una EPS con el fin de garantizarle los servicios de salud necesarios para el desarrollo de la primera infancia. Esta obligación se encuentra establecida en el artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016 dispone lo siguiente:

“Afiliación de recién nacido de padres no afiliados. Cuando los padres del recién nacido no se encuentren afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el prestador de servicios de salud, en la fecha de su nacimiento, procederá conforme a lo siguiente:

(...)

3. Cuando los padres no cumplen las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y tampoco se encuentran clasificados en los niveles I y II del Sisbén o no les ha sido aplicada la encuesta SISBEN, registrará al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional y lo inscribirá en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Una vez los padres se afilien el menor integrará el respectivo núcleo familiar. (Negrilla fuera del texto original).

32. Esta misma regla fue aplicada por la Sala Plena de la Corte Constitucional en la sentencia SU-677 de 2017, providencia que resolvió un problema jurídico similar al que se analiza en este asunto.[60] Dando aplicación al artículo transcrito, la Sala afirmó:

“De lo anterior, se evidencia que el Hospital accionado tenía la obligación de afiliar a la niña de oficio al Sistema General de Seguridad Social en Salud aunque sus padres no cumplieran con los requisitos para acceder al mismo.

En este sentido, en complemento de las reglas jurisprudenciales reiteradas en esta providencia y de las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la hija de la accionante, al no afiliarla al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a pesar de que la niña nació en dicha institución y sabía que sus padres no se encontraban afiliados al sistema.

Además, no sólo se debe tener en cuenta que es una menor de edad, sino que es una recién nacida que se encuentra en una situación de vulnerabilidad más alta, por lo que requiere una mayor atención en temas de salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y del Estado, tal y como se establece en el artículo 50 de la Constitución Política (...)”

33. Por otra parte, para la afiliación al régimen subsidiado del salud, los padres del menor deben adelantar la solicitud ante la entidad territorial para la realización de la encuesta en su domicilio. En el caso de las personas migrantes la Resolución 3015 de 2017 establece que el Permiso Especial de Permanencia (PEP) es un documento válido para afiliarse al sistema de seguridad social en salud. Este documento, como también lo establece el Decreto 1288 de 2018, “(...) sirve de identificación a los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación y trabajo así como a otro tipo de servicios como la apertura de cuentas bancarias (...)”. El artículo 7º de este acto administrativo dispone:

“Oferta institucional en salud. Los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos tienen derecho a la siguiente atención en salud: (...) La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el Decreto 780 de 2016,

en la parte 1, libro 2, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, así como al Sistema de Riesgos Laborales en los términos de la parte 2, del título 2, capítulo 4, del Decreto 1072 de 2015”.

En el mismo sentido, el Ministerio de Salud y Protección Social a través del “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”,[61] estableció que “los venezolanos migrantes regulares y portadores del PEP, se consideran residentes y pueden afiliarse al SGSSS, ya sea como dependientes o independientes. Si sus condiciones socio- económico no les permiten realizar aportes al SGSSS, pueden solicitar la aplicación de la encuesta SISBEN y si llenan los criterios, afiliarse al régimen subsidiado”.

34. De acuerdo con las anteriores reglas, para la Sala de Revisión es claro que el niño JJHM tiene el derecho a acceder al sistema de salud, independientemente de la situación irregular de sus padres. Esto implica comprender que la situación irregular de los padres en territorio colombiano nunca puede transmitírsele al niño o niña que está por nacer.[62] Esta condición no puede ser motivo para denegar derechos fundamentales a personas tan vulnerables como lo son los recién nacidos. Una criatura que depende enteramente de su familia, la sociedad y el Estado para desarrollar su crecimiento integral es un sujeto de especial protección constitucional y un individuo valioso a quien se le debe garantizar el más alto nivel de bienestar.

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS)[63], “[e]n todo el mundo, casi tres millones de bebés mueren en el periodo neonatal (durante los primeros 28 días de vida) (2), y se producen 2,6 millones de muertes fetales cada año (1). Además, 289 000 mujeres mueren por complicaciones durante el embarazo y el parto (3) (...) En 2012, más del 80% de la mortalidad neonatal se debió a tres causas: las complicaciones de la prematuridad, las muertes neonatales relacionadas con el parto (incluida la asfixia perinatal) y las infecciones neonatales (4)”. Ante este escenario la OMS recomienda a los Estados realizar un proceso de asistencia continuo, antes, durante y después del parto; “[e]ntre los conjuntos de intervenciones más eficaces para poner fin a las muertes neonatales y fetales prevenibles se incluyen: la atención durante el trabajo de parto, el nacimiento y la primera semana de vida, y la atención de los recién nacidos enfermos y de pequeño tamaño”.

Del mismo modo, las entidades estatales competentes de ejecutar las medidas de

protección de la población migrante deben tener en cuenta la situación actual del país de origen. En el caso de Venezuela la situación de las madres en estado de embarazo y en lactancia, así como de los recién nacidos, es grave. El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Venezuela del año 2017 registró el aumento en los índices de muerte infantil y mortalidad materna:

“437. Resulta especialmente preocupante la situación de NNA y mujeres embarazadas. Este año se publicaron los boletines epidemiológicos del 2016 del Ministerio del Poder Popular para la Salud, los cuales habían dejado de ser publicados desde julio del 2015. Estos registraron 11.466 muertes infantiles, ello significó un aumento del 30,12% en relación al 2015. Asimismo, reportaron que 756 mujeres murieron durante el parto, de manera que la mortalidad materna se incrementó en 65,79% con respecto del año anterior. Tras la publicación de esta información, la entonces Ministra del Poder Popular para la Salud, Antonieta Caporale, fue destituida. || 438. En relación a la mortalidad infantil, resulta preocupante la situación de los neonatos. Durante el 2016, se reportó que en el primer trimestre del año, 82 neonatos habían fallecido en el estado de Zulia y 71, en el estado de Táchira, lo cual significó un incremento del 25% en relación al mismo periodo de 2015. Este escenario continuó en el 2017. De acuerdo a la información recibida, solo en agosto murieron 19 neonatos prematuros en el Hospital Central de Maturín, y de enero a julio de 2017, murieron 100 neonatos en el Hospital Universitario de los Andes por infecciones nosocomiales.”[64]

35. De la información que se extrae de la historia clínica allegada por el Hospital Regional José David Padilla Villafañe, puede concluirse que el bebé nació en buenas condiciones. De las declaraciones allegadas por los padres del menor de edad, se puede evidenciar que el niño sufrió de gripa, fiebre y episodios de diarrea que le produjeron pérdida de peso, pero que actualmente se encuentra bien de salud. El hecho de que el niño no requiera de una atención de salud de urgencias, no puede limitar el acceso a servicios necesarios para su desarrollo integral.[65] Como se mencionó antes, la garantía del derecho a la salud de los niños y niñas es un imperativo constitucional consagrado en el artículo 50 de la Constitución. Por tanto, los servicios de atención neonatal deben ser prestados sin ningún condicionamiento.

36. Ahora bien, en sede de revisión también se pudo corroborar que los padres del niño

JJHM ya cuentan con el Permiso Especial de Permanencia (PEP) desde el 8 de octubre de 2018. De manera que pueden acercarse a la oficina administradora del Sisbén del municipio de Aguachica para solicitar la realización de la encuesta en el lugar donde están residiendo para que se establezca el nivel de atención, y posteriormente, la afiliación al régimen subsidiado de salud del núcleo familiar.

37. Para finalizar, la Sala no puede pasar desapercibida una situación preocupante que salta a la vista con los hechos del caso concreto. Las normas y la jurisprudencia constitucional parecen ser claras en (i) permitir el acceso a la atención en salud de los niños y niñas recién nacidos independientemente de la situación irregular de sus padres y en (ii) establecer la posibilidad de afiliación al sistema de salud de la población migrante que cuenta con el Permiso Especial de Permanencia. Dentro de esta normativa la competencia, concretamente, de las entidades territoriales es esencial, pues son estas autoridades las competentes para, por ejemplo, realizar la encuesta del Sisbén, y posteriormente, permitir la afiliación al régimen subsidiado de salud.

38. A pesar de que en las respuestas de cada una de las entidades se observa que conocen la normativa, en la realidad no actúan acorde con ella. El Hospital Regional José David Padilla Villafañe se limitó a allegar a la Corte la historia clínica del niño, sin embargo omitió afiliarlo a una EPS de acuerdo con el Decreto 780 de 2016. La Alcaldía, a través de la Dirección Administrativa de Salud de Aguachica -DASA-, informó que cumple con todo lo establecido en el “Plan de Respuesta a la Salud de Migrantes”, pero como lo afirmó el personero municipal y los padres del niño, esta entidad puso trabas para la realización de la encuesta del Sisbén y posterior afiliación al régimen subsidiado de salud a los padres del menor -afirmación no objetada-. Por su parte, el personero municipal actuando como accionante, aún sabiendo que los padres ya cuentan con el Permiso Especial de Permanencia, documento válido para la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, mantuvo su posición de la acción de tutela y omitió asesorar a los padres de JJHM para solicitar la realización de la encuesta del Sisbén.

39. Estas actuaciones irrazonables y descoordinadas de las entidades territoriales demuestran que no tienen claras sus competencias en relación con todas las medidas que viene adelantando el gobierno a favor de la población migrante proveniente de Venezuela. En efecto, el documento del “Plan de Respuesta a la Salud de Migrantes” del Ministerio de

Salud expone esta problemática en los siguientes términos: “Llama la atención que tan solo un 15% del total de personas con PEP (181.472), se hayan afiliado al SGSSS; lo que denota la necesidad de socializar este derecho con la población portadora del PEP y apoyar la gestión que viabilice este procedimiento”. Este desconocimiento de las entidades involucradas de la política pública sobre las normas y las directrices de la Corte Constitucional genera obstáculos de acceso a los servicios básicos y, en consecuencia, impide el ejercicio efectivo de los derechos de la población migrante.

40. El caso de JJHM es muy ilustrativo en este sentido pues, de haber sabido sus competencias, (i) el Hospital (como IPS) hubiera adelantado el registro del niño en una EPS al momento del nacimiento y (ii) con la información adecuada y suministrada por las autoridades municipales, los padres al adquirir el Permiso Especial de Permanencia hubieran adelantado el trámite ante el encuestador del Sisbén del municipio de Aguachica con el fin de ser afiliados al régimen subsidiado de salud.

41. Conforme a las consideraciones expuestas, la Sala Séptima de Revisión concluye que el municipio de Aguachica y el Hospital Regional José David Padilla Villafañe vulneraron los derechos fundamentales del menor de edad al negarse a afiliarlo a una EPS al momento de su nacimiento y al no realizar la encuesta del Sisbén. Por lo tanto, revocará la decisión del juez de instancia y amparará los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la igualdad del niño JJHM y, en consecuencia, ordenará a la Alcaldía de Aguachica registrar al menor de edad a una EPS y adelantar la encuesta del Sisbén a la familia del menor con el objeto de que sea posteriormente incluida como afiliada al régimen subsidiado de salud, de acuerdo con el trámite establecido en la ley y los decretos aplicables. Del mismo modo, se exhortará al Ministerio de Salud y Protección Social y a Migración Colombia a socializar e informar de manera suficiente el “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”, con todas las entidades territoriales fronterizas con el fin de que la población beneficiaria conozca cómo acceder a la atención en salud de urgencias y/o integral.

III. DECISIÓN

Acorde con la interpretación armónica de los artículos 13, 48, 49 y 100 de la Constitución Política, todas las personas, independientemente de su origen nacional, tienen derecho a la atención en salud, no obstante, los extranjeros deben cumplir con unas cargas mínimas

legales. La Corte reitera que en el caso del acceso a servicios de salud de los niños y niñas recién nacidos de padres extranjeros en situación irregular, le corresponde al prestador de servicios de salud registrar al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional e inscribirlo en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Del mismo modo, le corresponde a las entidades territoriales y a sus autoridades, de acuerdo a sus competencias del sector salud, conocer, informar y asistir a la población migrante con el fin de garantizar su acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud conforme a las leyes y la reglamentación vigentes.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia de instancia proferida el 11 de septiembre de 2018 por el Juzgado Promiscuo de Familia de Aguachica, Cesar, y en su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la salud, dignidad humana e igualdad de JJHM.

Segundo. ORDENAR a la Alcaldía de Aguachica, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, registre al menor de edad a una EPS –en los términos del Decreto 780 de 2016-, y a través de la oficina o funcionario que ostente la calidad de encuestador y administrador del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisbén) de la entidad territorial, realice la encuesta con el fin de que el núcleo familiar del niño JJHM sea incluido como beneficiario del régimen subsidiado de salud.

Tercero. ADVERTIR al Hospital Regional José David Padilla Villafañe, que en casos futuros de nacimiento de niños de padres extranjeros en situación irregular, cumpla con el deber dispuesto en el numeral 3º del artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016.[66]

Cuarto. EXHORTAR al Ministerio de Salud y Protección Social y a las oficinas de Migración Colombia que adelantan los trámites de Permisos Especiales de Permanencia (PEP), a socializar y publicitar el “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”, con todas las entidades territoriales fronterizas con el fin de que la población beneficiaria conozca cómo acceder a la atención en salud de urgencias y/o integral.

Sexto. LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través del Juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

A LA SENTENCIA T-178/19

NULIDAD POR INDEBIDA CONFORMACION DEL CONTRADICTORIO (Salvamento de voto)

ACCION DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD MUNICIPAL-No se debió ordenar inclusión de recién nacido de padres migrantes en el régimen subsidiado, sin el trámite establecido (Salvamento de voto)

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento salvamento de voto a la sentencia proferida en el asunto de la referencia.

1. En esta ocasión, se examinó la acción de tutela presentada por el Personero Municipal de Aguachica, Cesar, en representación del menor de edad JJHM. Puntualmente, el actor estimó que el Departamento Nacional de Planeación vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la dignidad humana y a la igualdad del niño, al no efectuar su inscripción en el Sisbén y, consecuentemente, obstruir su afiliación al régimen subsidiado de salud, debido a que sus padres no cuentan con la nacionalidad colombiana.
2. El Juzgado Promiscuo de Familia de Aguachica, por medio de fallo del 11 de septiembre de 2018, negó la acción de tutela[67]. Estimó que en este caso no se cumplen las exigencias mínimas para acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud y que, adicionalmente, el menor de edad no está en una condición de gravedad bajo la cual sea necesaria la autorización de servicios de salud de urgencia, por lo que los padres deben adelantar los trámites necesarios para efectuar su afiliación.
3. En ese escenario, la Sala Séptima de Revisión, a través de la sentencia T-178 de 2019, revocó la providencia de instancia y, en su lugar, concedió el amparo solicitado. Como resultado de ello, le ordenó a la Alcaldía de Aguachica que registre al niño afectado en una EPS y que le realice la respectiva encuesta del Sisbén a su núcleo familiar, para que sea incluido como beneficiario en el régimen subsidiado de salud. Asimismo, le advirtió al Hospital Regional José David Padilla Villafañe para que cumpla la obligación contenida en el numeral 3º del artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016. Finalmente, exhortó al Ministerio de Salud y Protección Social y a las oficinas de Migración Colombia que tramitan los Permisos Especiales de Permanencia para socialicen y publiciten el “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”.

En relación con la procedibilidad de la acción de tutela, la Sala encontró superada la legitimación por activa y por pasiva, dado que recordó que los personeros cuentan con la facultad de interponer acciones de tutela y, además, porque advirtió que en el juicio de amparo se encontraban vinculadas las entidades que, en principio, estaban obligadas a garantizar los derechos fundamentales del menor de edad. Al respecto, subrayó que, a través de auto del 29 de enero de 2019, se convocó a la Alcaldía Municipal de Aguachica y al Hospital Regional José David Padilla Villafañe y, en esa medida, se conformó debidamente el contradictorio. Paralelamente, consideró satisfecha la subsidiariedad, pues advirtió que debido a que se trata de la protección de un niño no existe otro recurso judicial

adecuado y efectivo. En cuanto a la inmediatez, la dio por superada al estimar que no pasó mucho tiempo desde la negación de la inscripción del menor de edad y la presentación de la acción de tutela[68].

Al abordar el caso concreto, la Corte destacó que, de conformidad con el Decreto 780 de 2016, el menor de edad debió ser afiliado a una EPS. Además, recordó que esta Corporación, a través de la sentencia SU-677 de 2017, ya había aplicado esa disposición y ordenado la inscripción a una EPS con base en las reglas allí contenidas. Aunado a ello, afirmó que la irregularidad migratoria de los padres de un niño nunca puede transferírsele a este y, adicionalmente, que el acceso de los menores de edad a los servicios necesarios para su desarrollo integral no puede estar sujeto a la existencia de una urgencia médica, por lo que la atención neonatal se debe prestar sin ningún condicionamiento.

4. En relación con la decisión reseñada anteriormente, aunque estoy de acuerdo con las conclusiones a las que llega la ponencia en torno a la protección de los niños y niñas, así como frente al acceso al sistema de salud de los inmigrantes que cuentan con un Permiso Especial de Permanencia, no comparto la decisión adoptada por la Sala Séptima de Revisión por al menos dos motivos.

5. El primero, porque la posición mayoritaria desatendió la existencia de una causal de nulidad que, en mi criterio, hacía inviable la expedición de la sentencia T-178 de 2019. En este sentido, es oportuno precisar que la Sala Plena de esta Corporación, a través del auto 536 de 2015, declaró la nulidad del fallo T-098 de 2015, en tanto no se integró debidamente el contradictorio. En esa ocasión, la Corte consideró que con esa decisión se vulneró el derecho fundamental al debido proceso de un ciudadano, debido a que:

“(i) el auto de vinculación omitió cumplir con la carga argumentativa explicada en esta providencia y exigible cuando las Salas de Revisión optan por integrar el contradictorio en sede de revisión, deber de la Sala que tenía carácter agravado, en cuanto se trataba de un tercero excluyente; (ii) la pretendida vinculación no presentó ningún argumento relativo a la existencia de una nulidad y su carácter excepcionalmente saneable, también en sede de revisión; y (iii) la decisión correspondiente dejó de advertir al actor las facultades de contradicción y defensa que tenía a su disposición, entre ellas el aporte de pruebas al proceso, la contradicción de los asuntos de hecho y de derecho presentados por el

accionante y demás argumentos que considerase pertinentes, en su calidad de parte vinculada a la acción de tutela”[69].

Así las cosas, en la providencia a través de la cual se vinculó a la Alcaldía de Aguachica y al Hospital Regional José David Padilla Villafañe se incurrió en los mismos yerros que la Sala Plena señaló en el auto 536 de 2015. En efecto, considero que en el auto del 29 de enero de 2019 emitido por la Magistrada Ponente, (i) no se presentaron los argumentos que motivaron la integración del contradictorio en sede de revisión, pues más allá de la mención a la vinculación no se integró razonamiento alguno; (ii) no se hizo ningún tipo de alusión a la presencia de una nulidad y su saneamiento; y, finalmente, (iii) no se le advirtió a esas entidades sobre las facultades de contradicción y defensa que tenían a su disposición, en tanto ese proveído se limitó a ponerles en conocimiento el proceso de tutela y pedirles información en relación con el cumplimiento de las funciones a su cargo, sin comunicarles la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción frente a los hechos y pretensiones incluidos en la acción de amparo constitucional.

Lo anterior resulta más relevante si se tiene en cuenta que la entidad “vinculada” en sede de revisión (Alcaldía de Aguachica) es un tercero excluyente y, por lo mismo, responsable exclusivo de las órdenes de protección de los derechos fundamentales del menor.

6. Por otra parte, disiento de la fórmula acogida por la Sala Séptima de Revisión para concretar el amparo solicitado. En tal sentido, aunque a partir de la revisión del expediente se logra derivar que la condición socioeconómica de los padres del menor da lugar, en principio, a su inclusión en el régimen subsidiado, creo que esa determinación no debió ser adoptada sin la valoración de la entidad competente para ello. Por ello, estimo inconveniente haber ordenado a la Alcaldía de Aguachica que “(...) realice la encuesta con el fin de que el núcleo familiar del niño JJHH sea incluido como beneficiario del régimen subsidiado de salud”. Lo anterior por cuanto se prescindió del resultado y, consecuentemente, del trámite establecido para acceder a los servicios de salud en ese régimen, sin que hubiese mérito para ello.

Por las razones expuestas, presento salvamento de voto a la decisión tomada en la sentencia T-178 de 2019.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] La Sala de Selección No. 12 de 2018 fue integrada por los magistrados Gloria Stella Ortiz delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[2] Escrito de la acción de tutela, folio 2 del cuaderno principal del expediente.

[3] Escrito de la acción de tutela, folio 2 del cuaderno principal del expediente.

[4] Escrito de la acción de tutela, folio 2 del cuaderno principal del expediente.

[5] Escrito de la acción de tutela, folio 2 del cuaderno principal del expediente.

[6] Mediante auto del 29 de agosto de 2018 el Juzgado Promiscuo de Familia de Aguachica, Cesar, resolvió admitir la tutela y dar traslado a la entidad demandada con el fin de que presentara su defensa. Expediente, cuaderno principal, folio 11.

[7] Escrito de contestación a la acción de tutela, folio 31 del cuaderno principal del expediente.

[8] Escrito de contestación a la acción de tutela, folio 29 (reverso) del cuaderno principal del expediente.

[9] Escrito de contestación a la acción de tutela, folio 29 (reverso) del cuaderno principal del expediente.

[10] Escrito de contestación a la acción de tutela, folio 29 (reverso) del cuaderno principal del expediente.

[11] Expediente, cuaderno principal de la acción de tutela, folio 5.

[12] Expediente, cuaderno principal de la acción de tutela, folio 6.

[14] Expediente, cuaderno principal de la acción de tutela, folios 8 y 9.

[15] Las siguientes entidades fueron invitadas: Ministerio de Relaciones Exteriores; Ministerio de Salud y Protección Social; Migración Colombia; Defensoría del Pueblo; Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia; Asociación de Migrantes de Venezuela

-Asovenezuela; Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento -CODHES-.

[16] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 38.

[17] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 39.

[18] “Informen ¿cuándo llegaron a Colombia y con qué finalidad?; ¿A qué se dedican y qué ingresos tienen?; ¿Dónde viven actualmente y con quién?; ¿Cuál es el estado de salud actual del menor JJHM?; Si realizaron las gestiones necesarias para hacer efectiva la afiliación del niño JJHM al régimen subsidiado de salud a través de la realización de la encuesta del Sisbén en la Alcaldía del municipio. Si la respuesta es negativa explicar las razones; ¿Si a la fecha se le están prestando los servicios de salud al niño y qué entidad los está brindando?; Si han adelantado los trámites correspondientes para regularizar su situación en Colombia, ¿en qué forma?; Lo demás que quieran agregar o que el comisionado considere necesario para establecer la situación migratoria actual y el acceso a servicios sociales del niño”.

[19] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 35.

[20] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folios 35 y 36.

[21] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 67.

[22] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folios 74 y 75.

[23] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 75.

[24] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 94.

[25] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 102.

[26] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 102.

[27] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 104.

[28] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 146.

[29] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 144.

[30] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 147.

[31] Expediente de tutela. Cuaderno de revisión, folio 168.

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

[33] Corte Constitucional, sentencia T-210 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[34] Corte Constitucional, sentencias SU-257 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo; AV Jorge Arango Mejía), T-621 de 2011 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-022 de 2012 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-428 de 2016 (MP Diana Fajardo Rivera).

[35] Ver al respecto sentencia SU-257 de 1997 (MP José Gregorio Hernández Galindo; AV Jorge Arango Mejía).

[36] “(...) la legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, de ser efectivamente la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental. En la medida que refleja la calidad subjetiva de la parte demandada “en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello. Corte Constitucional, sentencia T-1015 de 2006 (MP Álvaro Tafur Galvis). Reiterado, entre otras, en la sentencia T-780 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; AV Humberto Antonio Sierra Porto).

[37] Artículo 2.2.8.2.4. Actividades de los municipios y distritos. Sustituido por el Decreto 0441 de 2017. “Para la implementación, actualización, administración y operación del Sisbén en los municipios o distritos, estos dispondrán de los recursos técnicos, logísticos y administrativos necesarios para el adecuado funcionamiento de la dependencia que se encuentre a cargo de esta labor, en los términos que define la Ley 715 de 2001. Así mismo,

acorde con su autonomía administrativa y financiera, determinarán la implementación de un administrador del Sisbén.

El administrador municipal o distrital del Sisbén desarrollará las siguientes actividades: (1) Implementar, actualizar, administrar y operar la base de datos, de acuerdo con los lineamientos definidos por el DNP. (2) Instalar y configurar el software o herramienta tecnológica dispuesta y provista por el DNP para la aplicación del Sisbén. (3) Enviar la información de los registros y otra que se requiera en los términos y condiciones establecidos por el DNP. (4) Velar por la reserva y actualización de la información registrada en el Sisbén. (5) Facilitar el acceso y uso de la base de datos certificada a las entidades y programas sociales del municipio o distrito. (6) Velar por el correcto uso de la base de datos y la información que esta contiene. (7) Ejecutar los lineamientos dictados por el DNP para la operación del Sisbén. (8) Las demás requeridas para el correcto funcionamiento del Sisbén. || Lo establecido en este artículo, se desarrollará de acuerdo con los lineamientos que determine el DNP. || Parágrafo. El administrador municipal o distrital del Sisbén será responsable de la calidad de la información que se registre en la base de datos. Cuando el DNP evidencie la aplicación indebida de encuestas, presuntas falsedades o deficiencias en el seguimiento de los lineamientos técnicos respectivos, podrá recomendar a la entidad territorial el cambio del administrador, sin perjuicio de las acciones legales a que haya lugar”.

[38] Corte Constitucional, sentencia T-196 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa).

[39] Cfr. Sentencia T-191 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[40] Cifra tomada del Documento CONPES. Consejo Nacional de Política Económica y Social. “Estrategia para la Atención de la Migración desde Venezuela”. 23 de noviembre de 2018.

[41] Acorde con el artículo 140 de la Ley 1873 de 2017.

[42] Documento CONPES. Consejo Nacional de Política Económica y Social. “Estrategia para la Atención de la Migración desde Venezuela”. 23 de noviembre de 2018.

[43] “Las principales necesidades de atención e integración en materia de: (i) salud; (ii)

educación; (iii) infancia, adolescencia y juventud; (iv) vivienda y agua; (v) inserción laboral y emprendimiento; (vi) atención diferenciada para grupos con autorreconocimiento étnico; (vii) víctimas del conflicto armado, y (viii) seguridad y manejo de conflictividades”. Documento CONPES. Consejo Nacional de Política Económica y Social. “Estrategia para la Atención de la Migración desde Venezuela”. 23 de noviembre de 2018.

[44] Documento CONPES. Consejo Nacional de Política Económica y Social. “Estrategia para la Atención de la Migración desde Venezuela”. 23 de noviembre de 2018.

[45] En el caso del sector salud se pueden mencionar los siguientes documentos: Decreto 1770 de 2015, Decreto 1978 de 2015, Decreto 1768 de 2015, Decreto 1495 de 2016, Decreto 2228 de 2017, Resolución 5246 de 2016, Resolución 3015 de 2017, Decreto 866 de 2017.

[46] Ministerio de Salud y Protección Social. “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio” (2018).

[47] “En estos grupos, se ha descrito mayor incidencia de muerte fetal, muerte neonatal, parto prematuro y bajo peso al nacer en niños nacidos de madres con antecedente de migración; así mismo, la condición de migrantes en niños, niñas y adolescentes ha sido asociada a mayor prevalencia de caries dentales, algunas enfermedades infecciosas y obesidad; como también, a problemas de salud mental y para la integración psicosocial”. Ministerio de Salud y Protección Social. “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”.

[48] ONU. Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14. 11 de agosto de 2000. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

[49] ONU. Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14. 11 de agosto de 2000. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

[50] ONU. Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14. 11 de agosto de 2000. Disponible en:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

[51] Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

[52] Corte Constitucional, sentencias T-518 de 1998 (MP José Gregorio Hernández Galindo), T-979 de 2001 (MP Jaime Córdoba Triviño), T-572 de 2010 (MP Juan Carlos Henao Pérez).

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

[54] Corte Constitucional, sentencia SU-677 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado; AV Alejandro Linares Cantillo; SV Antonio José Lizarazo Ocampo; SPV Gloria Stella Ortiz Delgado; SPV José Fernando Reyes Cuartas; SPV Alberto Rojas Ríos; AV Diana Fajardo Rivera). En esta providencia la Sala Plena de la Corte Constitucional revisó una acción de tutela interpuesta por dos ciudadanos venezolanos en situación irregular que solicitaron la atención en salud para controles prenatales y la atención para el parto y las entidades responsables se las denegaron.

[55] Corte Constitucional, sentencia T-210 de 2018 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado). En esta providencia la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional revisó dos acciones de tutela en las que se denegó el acceso a los servicios de salud por estar en una situación migratoria irregular. Concretamente en el expediente T-6.578.985 se resolvió la acción de tutela interpuesta por una madre de origen venezolano que solicitó la valoración por cirugía pediátrica y la cirugía de reparación de hernia que requería su hijo menor de edad. Las entidades denegaron la atención porque el paciente no se encontraba afiliados al SGSSS y no contaba con ningún documento que demostrara que había legalizado su permanencia en el país y que, a su vez, le permitiera realizar la afiliación al sistema.

[56] Cabe precisar que el Permiso Especial de Permanencia es un documento creado por la Resolución 5797 de 2017 con el objeto de establecer mecanismos de facilitación migratoria de forma “ordenada, regular y segura” de los nacionales venezolanos. Este permiso ha sido

expedido en dos momentos, uno entre agosto y octubre de 2017 y otro entre febrero y junio de 2018. Fuente: Migración Colombia. Del mismo modo es un documento “(...) que sirve de identificación a los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación y trabajo así como a otro tipo de servicios como la apertura de cuentas bancarias (...)” (Decreto 1288 de 2018).

[57] Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[58] Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Estándares reiterados en la sentencia T-388 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa; SPV Mauricio González Cuervo).

[59] Corte Constitucional, sentencia T-388 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa; SPV Mauricio González Cuervo).

[60] El segundo problema jurídico resuelto por la Sala Plena fue formulado de la siguiente forma: “¿el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física de la niña Khala, al no afiliarla al Sistema General de Seguridad en Salud?”. Corte Constitucional, Sentencia SU-677 de 2017 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

[61] Ministerio de Salud y Protección Social. “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”.

[62] Esta posición ha sido también asumida por la Corte IDH, autoridad que ha afirmado que el status migratorio de los padres no puede transmitirse a los hijos. Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana (p. 156). Posición reiterada en el caso de Personas Dominicanas y haitianas expulsadas contra República Dominicana (p. 264).

[63] Organización Mundial de la Salud (OMS) y Unicef. “Todos los recién nacidos”.

[64] OEA. CIDH. “Situación de Derechos Humanos en Venezuela”. 31 de diciembre de 2017. Disponible: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

[66] “Artículo 2.1.3.11. Afiliación de recién nacido de padres no afiliados. Cuando los padres del recién nacido no se encuentren afiliados al Sistema General de Seguridad Social en

Salud, el prestador de servicios de salud, en la fecha de su nacimiento, procederá conforme a lo siguiente: (...) 3. Cuando los padres no cumplen las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y tampoco se encuentran clasificados en los niveles I y II del Sisbén o no les ha sido aplicada la encuesta SISBEN, registrará al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional y lo inscribirá en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Una vez los padres se afilien el menor integrará el respectivo núcleo familiar. (...) Parágrafo 2. Efectuada la inscripción y registro del recién nacido al régimen subsidiado, el Sistema de Afiliación Transaccional notificará dicha novedad a la entidad territorial, a la EPS y a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP de acuerdo con el Título 1 de la Parte 12 del Libro 2 del Decreto 1068 de 2015. Parágrafo 3. Hasta tanto entre en operación el Sistema de Afiliación Transaccional, el prestador del servicio deberá realizar la afiliación del recién nacido directamente ante la EPS y realizará las notificaciones previstas en el presente artículo a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la misma. Parágrafo 4. Lo previsto en el presente artículo aplicará a los menores de edad cuando demanden servicios de salud y no se encuentren afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

[67] Esta decisión no fue impugnada.

[68] Conforme lo indica la ponencia, el 8 de junio de 2018 fue suscrito el registro civil de nacimiento de Jeremías José y “según afirman el personero municipal y los padres del menor de edad, en este tiempo –sin decir una fecha exacta- acudieron a la Alcaldía para solicitar ‘la inclusión en el Sisbén’” y la acción de tutela fue presentada el 29 de agosto de 2018.

[69] Auto 536 de 2015.