

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Deber de cumplir el ordenamiento jurídico

(...) las entidades accionadas, negaron la prestación del servicio de salud consistente en la práctica de la intervención quirúrgica referida, dado que el paciente era una persona migrante irregular que no contaba con afiliación, y tampoco, el procedimiento era considerado como urgente de tal modo que pudiera ser practicado.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Contenido

DERECHO A LA SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL-Aseguramiento y acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de Migrantes en situación irregular

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

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-Desarrollo jurisprudencial constitucional en relación con la atención inicial de urgencias

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-Reglas jurisprudenciales

(...) a. El derecho a la salud es un derecho fundamental y uno de sus pilares es la universalidad, cuyo contenido no excluye la posibilidad de imponer límites para acceder a su uso o disfrute. b. Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales colombianos, y, a su vez, se encuentran obligados a acatar la Constitución y las leyes, así como respetar y obedecer a las autoridades. c. Los extranjeros regularizados o no 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, sin que sea legítimo imponer barreras a su acceso. d. La atención

mínima a la que tienen derecho los extranjeros, cuya situación no ha sido regularizada, va más allá de preservar los signos vitales y puede cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente. f. Los extranjeros que busquen recibir atención médica integral –más allá de la atención de urgencias–, en cumplimiento de los deberes impuestos por la ley, deben cumplir con la normativa de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de lo que se incluye la regularización de su situación migratoria.

Referencia: Expediente T-8.104.427

Acción de tutela formulada por Emir José Chirinos Pérez contra la Secretaría de Salud Departamental de Cauca, Hospital Universitario San José de Popayán¹, y la Secretaría de Salud Municipal de Popayán².

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Novena de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez y Alberto Rojas Ríos -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, y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la presente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de única instancia del 7 de enero de 2021, dictado por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán, por medio del cual se negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, invocados por el señor Emir José Chirinos Pérez contra la Secretaría Departamental de Salud del Cauca.

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, el artículo

33 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 55 del Acuerdo 02 de 2015, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, mediante auto proferido el 26 de marzo de 2021, seleccionó el proceso para su revisión, indicando como criterio orientador de selección la urgencia de proteger un derecho fundamental (criterio subjetivo). De conformidad con lo establecido en el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a resolver el asunto en revisión, con fundamento en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El 13 de noviembre de 2020, el señor Emir José Chirinos Pérez formuló acción de tutela en contra de la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, reclamando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, los cuales consideró vulnerados por la entidad accionada al no realizar la práctica de un procedimiento quirúrgico consistente en la “extracción de dispositivo implantado en fémur. Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta”³, y también, por no conceder el tratamiento que implicaba la realización de procedimientos, exámenes, entrega de medicamentos e insumos, y demás órdenes efectuadas por el médico tratante.

1. Hechos

A continuación, se relatan los supuestos fácticos relevantes que sustentan la solicitud de amparo, tal como son narrados por el accionante en el escrito inicial de tutela:

1. El señor Emir José Chirinos Pérez, de nacionalidad venezolana, manifestó que cuenta con 55 años de edad, y no se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad Social en Colombia.

1. Señaló que hace siete años aproximadamente, sufrió un accidente en Venezuela, que le causó una fractura de diáfisis de fémur izquierdo, por lo que fue intervenido quirúrgicamente.

1. Indicó que el 6 de noviembre de 2020, estando en Colombia, sufrió una caída desde su propia altura que le impedía flexionar su pierna izquierda y le generó mucho dolor, razón por la que acudió al servicio de urgencias del Hospital Universitario de San José de Popayán en el mismo día.

1. Refirió que no cuenta con los medios económicos para cubrir los gastos para recibir la atención en salud requerida y la imposibilidad de adquirir el permiso especial de permanencia que le permita ser censado y obtener una calificación en el SISBEN.

1. Contenido de la petición de amparo

El señor Emir José Chirinos Pérez reclama la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas y, solicitó se decrete medida provisional y urgente, consistente en que se autorice la atención intrahospitalaria y tratamiento requerido de acuerdo a su diagnóstico.

De igual forma, el accionante solicitó al juez de tutela que se ordene a la Secretaría Departamental de Salud del Cauca: i) tener en cuenta lo solicitado como medida provisional y urgente en el caso de no ser concedida; y ii) brindar tratamiento integral atendiendo al diagnóstico proferido, lo que implica la realización de exámenes y procedimientos, la asignación de citas con especialistas, la entrega de medicamentos e insumos y demás servicios señalados por el médico tratante.

1. Admisión y traslado de la demanda

Repartida la acción de tutela, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Popayán con Funciones de Control de Garantías, mediante auto del 31 de diciembre de 2020, admitió el trámite de la demanda de tutela y decidió no decretar la medida provisional por considerar que no existían

elementos para conceder alguna medida previa, dado que el accionante no es un sujeto de especial protección constitucional. Además, ordenó vincular al Hospital Universitario de San José de Popayán para que, en conjunto con la Secretaría Departamental de Salud del Cauca, brindaran atención al señor Emir José Chirinos Pérez hasta que se adopte un fallo definitivo. De esta forma les concedió un plazo de 2 días para que rindieran informe detallado sobre el escrito de tutela.

1. Contestación de la demanda

1. Respuesta de la Secretaría Departamental de Salud del Cauca

Mediante escrito del 31 de diciembre de 2020, la Secretaría Departamental de Salud del Cauca señaló que Emir José Chirinos Pérez no se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social por lo que no aparece registrado en ninguna EPS; además, carece del Permiso Especial de Permanencia (PEP) y no tiene calificación de SISBEN.

La entidad, luego de realizar un recuento normativo sobre la atención en salud a la población venezolana migrante, señaló la competencia que tienen los municipios para dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en su jurisdicción. Al respecto, se refirió a la obligación de aseguramiento al SGSSS, lo que implica la identificación de la población pobre y vulnerable con la aplicación de la encuesta del SISBEN, cuya clasificación en los niveles 1 y 2 permite la afiliación al Régimen Subsidiado en Salud.

Asimismo, la entidad señaló que los migrantes venezolanos que no cuenten con capacidad de pago y tengan vigente el Permiso Especial de Permanencia (PEP), pueden ser afiliados al Régimen Subsidiado, y destacó que el censo de esta población le corresponde a las alcaldías municipales o distritales.

La Secretaría de Salud Departamental de Cauca indicó que, aun cuando no existía afiliación del señor Chirinos Pérez, se ha garantizado su atención al autorizar la prestación del servicio de salud a través de la atención de urgencias.

Por otro lado, resaltó la necesidad de que el señor Emir José Chirinos Pérez realice los trámites pertinentes para obtener un documento válido y así poder afiliarse al sistema de salud. Refirió que, si bien los extranjeros tienen el derecho a la atención en salud, y por lo tanto el derecho a ser afiliados al Sistema General de Salud, deben cumplir con los requisitos legales establecidos, esto es, que en el caso de permanecer en el territorio de manera irregular, deben obtener un documento de identificación válido para iniciar el proceso de afiliación al Sistema. Para ello, la entidad refiere que es a la Secretaría de Salud Municipal donde esté domiciliado el señor Chirinos Pérez a quien corresponde verificar el cumplimiento de los requisitos para efectuar la afiliación. Entre tanto, las entidades públicas y privadas deberán seguir garantizando la atención de urgencias. Arguyó que el accionante nunca se ha acercado a la entidad para solicitar la autorización de los servicios ordenados por sus médicos tratantes.

Finalmente, la entidad planteó tres peticiones dirigidas al juez de instancia consistentes en i) la desvinculación de la Secretaría de Salud Departamental del Cauca del trámite de tutela; ii) la vinculación de la Secretaría de Salud Municipal de Popayán y; iii) exhortar al accionante a que legalice su permanencia en el territorio nacional.

1. Hospital Universitario San José de Popayán

El Hospital Universitario San José de Popayán presentó escrito del 5 de enero de 2021, en el que manifestó que el señor Emir José Chirinos Pérez ingresó a la entidad el día 6 de noviembre de 2020, donde se le brindó servicio de urgencias. Indicó que fue atendido en la especialidad de ortopedia y traumatología, desde donde se solicitó turno de quirófano para extracción de dispositivo implantado de fémur y secuestromía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta. Indicó que dicho procedimiento no era prioritario y que debía ser manejado de manera ambulatoria.

Explicó que dado que el paciente no contaba con documentación y además, era inmigrante irregular, no fue posible realizar el trámite respectivo para su afiliación a una EPS. Relató que el señor Chirinos Pérez presentó un Permiso Especial de Permanencia (PEP) que era falso, razón por la cual se le explicó el procedimiento a seguir para ser atendido de manera ambulatoria, entretanto solucionara su status migratorio en el país.

Agregó que el paciente fue dado de alta el día 18 de noviembre de 2020, bajo el diagnóstico de pseudo artrosis fémur proximal izquierdo, se dio manejo ambulatorio con indicaciones con uso de muletas, manejo de dolor y remisión a control por consulta externa. En este sentido, la entidad asegura que cumplió con su obligación de garantizar la prestación del servicio de urgencias requerida, y refirió que fue “de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud, tal como lo estipula la Ley 1751 de 2015”.

Resaltó que para el caso de las personas que permanecen en el país sin regulación de su status migratorio, el Sistema General de Seguridad Social y Salud no ha previsto una atención más allá de la de urgencias, y en el caso de solicitar o requerir una atención integral, deben cumplir con los requisitos legales establecidos para la misma. Sin embargo, cuando el migrante irregular tampoco cuenta con los recursos para cubrir su atención en salud y hasta tanto no cuente con afiliación al régimen subsidiado, citó, “tiene derecho “a la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, con recursos de subsidios a la oferta”, obligación que está a cargo exclusivo de las entidades territoriales”

Por último, señaló que por cuenta del Hospital Universitario San José de Popayán se brindó la atención de urgencias requerida por el accionante, y la atención integral reclamada está supeditada a que se garantice la continuidad de los tratamientos por parte de la Secretaría Departamental de Salud de Cauca, o a través de la afiliación del señor Chirinos Pérez a una Entidad Prestadora de Salud (EPS) previo a regularizar su status migratorio.

En sentencia del 7 de enero de 2021, el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán, decidió no tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, invocados por el accionante.

En sus consideraciones, el juez hizo alusión a pronunciamientos jurisprudenciales sobre el alcance del derecho fundamental a la salud. Resaltó que existe la posibilidad vía través de la acción de tutela, se exija la prestación eficiente y universal del servicio para garantizar el pleno desarrollo de la vida de las personas. Adicionalmente, citó la Ley 1751 de 2015 por la cual se regula el derecho fundamental a la Salud en el sentido de señalar que “comprende el

acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud” además, que debe tratarse de una prestación ininterrumpida, ya sea por razones administrativas o económicas.

Al estudiar el caso en concreto, el juez determinó que, si bien el accionante no cuenta con alguna vinculación al Sistema General de Salud, tiene derecho a una atención en salud, y la misma fue brindada de manera eficiente y oportuna por las entidades accionadas. Estimó que se prestó el servicio correspondiente, esto es, la atención de urgencias asegurando “una atención que permita que sus necesidades primarias sean cubiertas y sea respetada su dignidad humana”. Destacó que corresponde al accionante cumplir con el deber de legalizar su estado actual en el país. Frente a esta decisión no se presentó impugnación.

1. Pruebas que obran en el expediente

* Copia de la historia clínica del señor Emir José Chirinos Pérez.

1. Actuaciones surtidas en sede de revisión

A través del auto del 3 de junio de 2021, el magistrado sustanciador consideró pertinente practicar algunas pruebas con el fin de conocer y esclarecer la situación socioeconómica del señor Emir José Chirinos Pérez, su status migratorio y su condición de salud. De esta manera, el auto de vinculación dejó el expediente a disposición de las partes para que tuviesen acceso, y así pudieran controvertir las pruebas. Además, se solicitó al Hospital Universitario San José de Popayán que allegara copia completa del historial clínico del paciente e informara sobre la atención brindada. Asimismo, se ordenó vincular a la Secretaría de Salud Municipal de Popayán y a Migración Colombia, con el fin de que se pronunciaran respecto a los hechos y pretensiones de esta acción constitucional.

Migración Colombia contestó mediante escrito del 8 de junio de 2021 en el que indicó que esta entidad no tiene funciones relacionadas con la prestación del servicio de salud, o de

afiliación de extranjeros al Sistema General de Seguridad Social, sino que están asociadas a asuntos migratorios. En este sentido, solicitó un informe a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, en el que señaló que: "...me permito informar que consultada la base de datos de Migración Colombia a nombre de EMIR JOSE CHIRINOS PEREZ C.V. # 5937949 se obtuvo la información: • No registra movimientos migratorios correspondientes al ingreso o salida del territorio colombiano. • No registra solicitudes de trámites de salvoconductos • Presenta registro en línea bajo el nuevo estatuto RUMV (Decreto 216 de 2020), registrado bajo el HE 1149931"

De conformidad con lo anterior, Migración Colombia manifestó que el señor Emir José Chirinos Pérez se encuentra en condición migratoria irregular. También reseñó cada una de las Resoluciones que se han adoptado para conceder el Permiso Especial de Permanencia a los migrantes venezolanos indicando que se encuentra vigente lo dispuesto en el Decreto 216 del primero de marzo de 2021, que adoptó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos.

Migración Colombia consideró que en lo que guarda relación con la prestación del servicio de salud, la entidad expide un salvoconducto a los extranjeros cuya permanencia en el país es irregular entre tanto resuelvan su status migratorio, sin que la tutela opere como un mecanismo para ello. Indicó que el accionante no ha adelantado los trámites legales requeridos para la regularización de su permanencia en el territorio colombiano.

Por su parte, el Hospital Universitario San José de Popayán, a través del área de epidemiología y estadística, allegó copia completa del historial clínico del señor Emir José Chirinos Pérez. Adicionalmente, dio respuesta⁴ a los cuestionamientos planteados en el auto de pruebas decretado. En relación con la realización de la cirugía ordenada el día 9 de noviembre de 2020, manifestó que no se ha efectuado "debido a que no se ha radicado por su parte solicitud para asignación de turno, siendo este el trámite que debe realizar cualquier paciente que requiera una intervención quirúrgica ambulatoria y que haya sido autorizada para ser realizada por mi representada."

Al explicar cuáles fueron los tratamientos o medicamentos suministrados al señor Chirinos Pérez, y las razones por las cuales fueron o no realizados, el Hospital indicó que "la intervención quirúrgica propuesta por el grupo tratante no fue autorizada por parte del ente

competente, ya que como reposa en la nota de interconsulta de trabajo social el usuario no cuenta con afiliación y su condición migratoria no hace posible la autorización al no tratarse de una urgencia que compromete gravemente la vida.” – (Subrayado fuera del texto.)

Finalmente refirió que: “(...) al no tratarse de una condición que comprometa su vida, se decidió dar egreso hospitalario (...)”.

En cuanto a la Secretaría de Salud Municipal de Popayán, vinculada al trámite de tutela mediante auto del 31 de mayo de 2021 por parte de la Corte Constitucional, dio respuesta a través de escrito enviado por correo electrónico el día 2 de julio de 2021.

Al respecto manifestó que la Secretaría se encuentra obligada a realizar los trámites administrativos correspondientes para la afiliación al Sistema de Salud del accionante. No obstante, esto es posible en la medida en que se haya legalizado su estadía en el territorio nacional. Manifestó que, una vez validada la base de datos desde el área de aseguramiento de la Secretaría, no se encontró solicitud alguna promovida por el accionante respecto a algún trámite para el SISBEN o para afiliación en EPS.

Indicó también que el día 2 de junio de 2021, se comunicó con el accionante quien manifestó que se encontraba en la pre inscripción para la obtención del PEP. Por su parte, la Secretaría señaló que una vez contara con el mismo, brindaría colaboración para su afiliación en una Entidad Prestadora de Salud del régimen subsidiado.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer el fallo de única instancia proferido respecto a la acción de tutela 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.

De manera previa al estudio de fondo del caso objeto de revisión, la Sala verificará el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela.

Posteriormente, procederá a fijar el problema jurídico.

1. Examen de procedibilidad de la acción de tutela

1. Legitimación en la causa por activa

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona que estime que sus derechos son vulnerados o amenazados, por la acción u omisión de autoridades públicas y, eventualmente, por un particular. En el mismo sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 19915 refiere que este medio de defensa constitucional puede ser formulado por quien reclama la protección de sus derechos fundamentales, o en causa ajena, cuando el titular de los mismos no se encuentre en las condiciones para promover su propia defensa.

En el caso objeto de revisión, es un extranjero quien invoca la protección de sus derechos fundamentales. Al respecto, esta Corporación ha reiterado que la activación del mecanismo constitucional de la acción de tutela puede ser efectuada por cualquier persona, sin prever ningún tipo de distinción entre un nacional o un extranjero. En efecto, el amparo constitucional no está sujeto a las condiciones de nacionalidad o de ciudadanía sino que surge del hecho de ser persona.⁶

La Sala constata que el supuesto de legitimación por activa se encuentra acreditado en este caso, ya que el señor Emir José Chirinos Pérez promueve la acción de tutela en nombre propio, solicitando la protección de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, con ocasión a la negativa de las entidades accionadas de garantizar la práctica de una intervención quirúrgica para el restablecimiento de su salud.

1. Legitimación de la causa por pasiva

Este requisito busca conocer si existe aptitud legal de la persona (natural o jurídica) contra

quien va dirigida la acción de tutela. En esta medida, deberá ser quien está llamado a responder por la vulneración o posible amenaza de los derechos fundamentales de quien reclama su protección.

Revisado el expediente se evidencia que el accionante dirige la acción constitucional contra la Secretaría de Salud Departamental de Cauca. Posteriormente, el juez de instancia vinculó de manera oficiosa al Hospital Universitario San José de Popayán, siendo la entidad que brindó el servicio de urgencias. De tal forma, ambas entidades intervienen en el proceso en tanto que se relacionan con la prestación del servicio de salud y su aseguramiento.

1. Inmediatez

Aun cuando la acción de tutela puede ser promovida en cualquier tiempo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que en atención a que se persigue una protección oportuna e inmediata, debe ser presentada en un tiempo razonable respecto al hecho que generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental invocado⁷. Este supuesto se entiende satisfecho en el presente caso, pues la acción de tutela fue promovida ante la negativa de las entidades accionadas de practicar la intervención quirúrgica requerida por el accionante. En este sentido, el señor Chirinos Pérez ingresó al servicio de urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán el día 6 de noviembre de 2020. Posteriormente, el día 7 de noviembre de 2020 el médico tratante realiza una solicitud de turno de quirófano al requerirse la práctica de “extracción de dispositivo implantado en fémur, secuestrectomía, drenaje y desbridamiento de fémur vía abierta”⁸. Con ocasión a que la cirugía no es practicada, y el paciente es dado de alta, el día 30 de diciembre de 2020 el señor Chirinos Pérez promueve la acción de tutela. Incluso, en sede de revisión se constata que aún permanece la incertidumbre respecto a la práctica de la cirugía que se aduce que el accionante requería para el restablecimiento de su salud. Así las cosas, la acción de tutela fue promovida al mes y veinticuatro días siguientes a la orden de la intervención quirúrgica, siendo un plazo razonable

y al no poder resolver la situación de afiliación al Sistema que permitiera garantizar la práctica del procedimiento.

1. Subsidiariedad

La Constitución Política de Colombia en el inciso 3 del artículo 86, así como el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, y la jurisprudencia de esta Corporación, señalan que la acción de tutela solo es procedente en aquellos casos en que i) no existe otro medio de defensa judicial; ii) existiendo el medio de defensa, carece de idoneidad o de eficacia para proteger los derechos fundamentales o para evitar un perjuicio irremediable.

De conformidad con lo anterior, si el ordenamiento jurídico dispone de un mecanismo ordinario para ventilar algún asunto, en principio, la acción de tutela no puede desplazar ese procedimiento dispuesto y deberán agotarse las respectivas etapas. Sin embargo, existen situaciones en que al analizar el caso en concreto se puede determinar que la tutela resulta indispensable para evitar circunstancias que ponen en riesgo los derechos a la vida o integridad de quienes solicitan la protección.

Respecto al servicio de salud, por un lado, la Ley 1122 de 2007 otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver los conflictos que se suscitan entre las entidades promotoras de salud y los usuarios. Por otro lado, la Ley 1438 de 2011, entre tanto, contempló un procedimiento preferente y sumario y amplió la competencia de dicha Superintendencia. En este sentido, existe una instancia y un procedimiento para atender las controversias de los usuarios y las EPS, sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que, en determinados eventos, no es idóneo y eficaz puesto que la estructura de su proceder tiene graves falencias como: “(i) [I]a inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. (ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado. (iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos. (iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país.”⁹

De igual forma, esta Corporación ha sostenido que ante las falencias estructurales de la Superintendencia que aún permanecen, hacen que sus competencias jurisdiccionales estén limitadas y el ejercicio de esas facultades no es un mecanismo idóneo ni eficaz, tratándose de la protección inmediata de derechos fundamentales.¹⁰

Desde otra perspectiva, la Corte Constitucional ha referido que, en el caso de atención en salud para migrantes venezolanos, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para evaluar la posible vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales¹¹.

Al efectuar un análisis de la situación particular del accionante, esta Sala evidencia que se trata de una persona venezolana que migró a Colombia, y que con ocasión a una caída que sufrió, presentó una afectación a su estado de salud que implicó su atención por el servicio de urgencias. El peticionario manifiesta que la práctica de la intervención quirúrgica que se determinó como respuesta a su padecimiento, es necesaria para contrarrestar el deterioro de su salud y la disminución de la funcionalidad de su pierna izquierda. Esta circunstancia lo sitúa en una posición en la que debe intervenir el juez constitucional con el fin de salvaguardar su condición de vida.

Del caso objeto de revisión se colige que además de tratarse de un asunto sobre la atención en salud de un migrante venezolano, el mismo no cuenta con ninguna afiliación a los regímenes en salud existentes en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, situación que no se enmarca dentro de ninguno de los preceptos contemplados en el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019¹² sobre los asuntos de los cuales conoce la Superintendencia de Salud de acuerdo a sus facultades jurisdiccionales. De esta manera, la acción constitucional es el mecanismo idóneo y eficaz para ventilar el interés del accionante para la salvaguarda de sus derechos fundamentales.

Resuelta la procedibilidad formal de la acción de tutela, corresponde ahora, formular el problema jurídico y realizar las consideraciones necesarias para resolver el caso concreto.

1. Planteamiento del caso y del problema jurídico

Según lo relatado por el accionante, hace aproximadamente siete años, producto de una fractura que padeció encontrándose en su país natal, Venezuela, fue intervenido quirúrgicamente en su pierna izquierda. Luego de migrar a Colombia, el señor Emir José Chirinos Pérez sufrió una caída desde su propia altura el 6 de noviembre de 2020, por lo que ingresó al servicio de urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán, en el departamento del Cauca. En esa ocasión, la caída generó dolor y limitación para flexionar y

extender su rodilla izquierda -la misma extremidad afectada anteriormente- y ocasionando una pseudoartrosis de fémur izquierdo, razón por la cual se estimó conveniente practicar una cirugía para retirar el material osteosíntesis que permanecía en su pierna, más curetaje óseo.

La práctica del procedimiento no fue realizada por el Hospital Universitario San José de Popayán, donde era atendido el accionante, pues no contaba con afiliación al Sistema General de Seguridad Social y Salud, y su status migratorio era irregular, lo que impedía efectuar trámites para ser afiliado.

El juez de única instancia negó el amparo solicitado y con fundamento en la jurisprudencia constitucional, y al analizar el alcance del derecho fundamental a la salud¹³, determinó que las entidades accionadas no habían transgredido los derechos fundamentales del accionante. Afirmó que aun cuando el señor Chirinos Pérez no contaba con afiliación al Sistema General de Seguridad Social y Salud, tenía derecho a una atención mínima en salud, y la misma fue prestada por las accionadas. Así las cosas, concluyó que la Secretaría de Salud Departamental de Cauca y el Hospital Universitario San José de Popayán no vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Emir José Chirinos Pérez, pues no le fue negada la atención básica de urgencias. Ahora, señaló, le corresponde legalizar su estado en el país para adquirir un plan de salud.

De acuerdo con la historia clínica, el diagnóstico principal atribuido al estado de salud del accionante consistía en una falta de consolidación de fractura -pseudoartrosis- y una complicación mecánica de dispositivo de fijación interna de otros huesos.

Con base en lo anterior, le corresponde a la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional responder si ¿La Secretaría de Salud Departamental de Cauca y el Hospital Universitario San José de Popayán vulneran los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del accionante, de nacionalidad venezolana, migrante irregular, al negar la práctica de un procedimiento médico consistente en la extracción de dispositivo implantado en fémur, secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta, bajo el argumento de no tratarse de un procedimiento urgente y de no contar con los documentos requeridos para efectuar la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud?

Para dar respuesta a este planteamiento, la Sala Novena de Revisión de la Corte

Constitucional considera necesario abordar: i) El derecho a la salud de los extranjeros en el territorio colombiano ii) deberes y obligaciones de los extranjeros para el acceso al servicio de salud; iii) el alcance del servicio de urgencia en la atención en salud a migrantes irregulares. Con base en lo anterior se procederá al ii) análisis del caso en concreto.

1. El derecho a la salud de los extranjeros en el territorio nacional colombiano

La asegurabilidad es una forma de materializar el derecho a la salud de las personas extranjeras que se encuentran en el territorio nacional¹⁴. En este sentido, la Seguridad Social de los residentes del territorio nacional colombiano es un derecho, irrenunciable, y un servicio público que dirige y coordina el Estado¹⁵. En efecto, y al propender por brindar una protección en salud a todos sus habitantes, se entiende que todos gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ningún criterio diferenciador. Para ello, el Estado se obliga a garantizar el acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de salud¹⁶.

A partir del reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental, y del principio de igualdad donde las garantías, derechos y oportunidades están dadas para todas las personas que se encuentran en el territorio nacional, se desprende el hecho que los extranjeros gocen de las mismas prerrogativas que los nacionales. Al respecto, el artículo 100 superior, establece el derecho de los extranjeros a disfrutar de los mismos derechos civiles de los colombianos, es decir, la atención en salud se reconoce con independencia del origen nacional del titular del derecho. En el mismo sentido es señalado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸ y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹.

Por su parte, la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece como deber de los Estados garantizar el derecho a la salud de todas las personas y en condiciones de igualdad, lo que impide el menoscabo del goce del derecho por razones, entre otras, de origen nacional²⁰. En esta misma línea, se estudia el alcance del concepto del derecho a la salud bajo el entendido que trasciende al concepto de “estar sano”, por lo que debe entenderse “(...) como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible

de salud.”, en otras palabras, “el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud mental y física de una persona”.

En el ámbito nacional, la Ley 100 de 1993 contempló un acceso igualitario para toda la población al crear el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSS) y al implementar los regímenes de afiliación: contributivo y subsidiado. Por su parte, la Ley 1122 de 2007 fortaleció los programas de salud pública y efectuó algunas modificaciones al SGSS. En cuanto a la Ley 1438 de 2011, dispuso el deber de afiliación al SGSS de todos los residentes del país²¹.

Está claro que el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto la universalidad de la asegurabilidad como principio que garantiza el goce del derecho fundamental a la salud de los extranjeros en Colombia, sin embargo, la asegurabilidad en salud no es efectiva en el caso de las personas que no cuentan con los recursos para realizar su vinculación al Sistema, y tampoco lo es respecto de aquellos extranjeros que se encuentran transitoriamente en el país y no cuentan con un Plan de Salud²².

En atención a que todas las personas tienen derecho a recibir atención en salud a pesar de no estar vinculadas al Sistema de Salud, se ha dispuesto la atención mínima de urgencias como medio para garantizar el acceso al servicio de salud. Sobre este punto, la Corte Constitucional en Sentencia T-239 de 2017 enfatizó que: “(i) los extranjeros no residentes tienen el derecho a recibir atención de urgencias como contenido mínimo de su derecho a la salud sin que les sea exigido documento alguno o pago previo, siempre y cuando no cuenten con pólizas de seguros ni los medios económicos -propios o de sus familias- para asumir los costos directamente; (ii) las entidades privadas o públicas del sector salud no pueden abstenerse de prestar los servicios de salud mínimos de atención de urgencias a extranjeros que no estén afiliados en el sistema de seguridad social en salud o que estén indocumentados en el territorio colombiano; y (iii) las entidades territoriales de salud donde fue prestado el servicio al extranjero no residente, bajo el supuesto que no puede pagar directamente los servicios ni cuenta con un seguro médico que los cubra, deben asumir los costos de los servicios médicos de atención de urgencias. Lo anterior, sin perjuicio de que el extranjero no residente legalice su estadía en Colombia y cumpla con los requisitos establecidos para afiliarse al sistema de seguridad social en salud, así como también sea incentivado e informado para la adquisición de un seguro médico o un plan voluntario de

salud.”

1. Deberes y obligaciones de los extranjeros para el acceso al servicio de salud en Colombia

El reconocimiento de los derechos a los extranjeros en condiciones de igualdad respecto a las garantías de los nacionales, está acompañado también de la responsabilidad de cumplir con los preceptos constitucionales y legales existentes para el goce efectivo de dichos derechos.

Sobre este punto, la Constitución Política de Colombia en su artículo 4 establece el deber de nacionales y extranjeros de acatar las normas²³. Así ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta corporación en tanto que se exige al extranjero acatar el cumplimiento de los deberes y obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico colombiano²⁴.

Al respecto, la sentencia T-295 de 2018 determinó que “los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales colombianos, sin embargo, esto conlleva responsabilidades como quiera que deben cumplir con los deberes que el Legislador establece para todos los que se encuentran en el territorio nacional en cuanto al acatamiento de la Constitución, las leyes y el respeto a las autoridades, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° Superior.”

Para contar con una atención integral en salud, los extranjeros deben afiliarse al Sistema General de Seguridad Social. Para ello, su status migratorio debe ser regularizado con el fin de contar con los documentos legales exigidos para los trámites de afiliación. En este escenario, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió el Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”. En el se estableció que para efectos de realizar el trámite de afiliación²⁵, el interesado debe contar con un documento de identificación que, en el caso de los extranjeros, debe tratarse de “(...) cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda”²⁶.

El documento de identidad permite al extranjero regularizar su permanencia en el territorio

colombiano y también, realizar el trámite de afiliación al sistema de salud. Además de la Visa²⁷, se incluyó el Permiso Especial de Permanencia -PEP- como documento de identificación válido ante el Sistema de Protección Social²⁸.

Para la obtención del PEP, el Ministerio de Relaciones Exteriores estableció unos requisitos consistentes en:

“1. Encontrarse en el territorio colombiano a la fecha de publicación de la presente Resolución.

3. No tener antecedentes judiciales a nivel nacional e internacional.

4. No tener una medida de expulsión o deportación vigente”.²⁹

El plazo inicialmente otorgado para solicitar el PEP era de noventa (90) días a partir de la publicación de la Resolución 5797 de 2017 por la cual se creó el PEP.

En consonancia con lo anterior y ante el incremento significativo del ingreso de venezolanos al territorio colombiano³⁰, donde no siempre ocurría a través de puestos de control o canales regulares³¹, el Gobierno Nacional promovió el diseño de una política integral de atención humanitaria y para ello, a través del Decreto 542 del 21 de marzo de 2018, adoptó medidas para la creación de un Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos en Colombia (RAMV). Bajo esa premisa, por medio del Decreto 1288 de 2018 estableció que el Ministerio de Relaciones Exteriores debería modificar los requisitos y los plazos para obtener el PEP.

Sobre este punto, la Sentencia T-390 de 2020 manifiesta que: “ha considerado la Corte que el Decreto 1288 de 2018 “es una medida que ha emitido el Gobierno Nacional con el fin de regular la situación de los migrantes que están de forma ilegal en el país. Con ello, se pretende que los ciudadanos venezolanos al registrarse puedan acceder a los servicios de salud a través de la afiliación a la seguridad social para recibir una atención integral en salud. Cabe aclarar, que la inscripción en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos - RAMV - es de carácter gratuito y solo se necesita documento que certifique la nacionalidad. Quien no gestione la regularización, no podrá acceder al servicio integral de salud, pero sí tendrá el derecho a ser atendido en la unidad de urgencias de las entidades prestadoras de salud”.

Para materializar lo decretado por el Gobierno Nacional, el Ministerio de Relaciones exteriores ha ido adoptando distintas Resoluciones³² para reglamentar y establecer los plazos y requisitos de otorgamiento del Permiso Especial de Permanencia. De igual forma, la Resolución 872 del 5 de marzo de 2019 adoptó distintas medidas sobre el ingreso, tránsito, permanencia y salida de los migrantes venezolanos en territorio nacional.

Adicionalmente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 261 del 1 de marzo de 2021 “Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”. En sus consideraciones se puso de presente las cifras consolidadas por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia a fecha de 31 de enero de 2021 que reportan que “se han otorgado 720.113 Permisos Especiales de Permanencia en todas sus fases y que, a pesar de las medidas de flexibilización adoptadas, se han evidenciado grupos de población migrante que no cumplen con los requisitos establecidos en dichas medidas y que no cuentan con su cobertura.” Con respecto a lo anterior, pese a existir medidas de flexibilización migratoria, muchos migrantes venezolanos aún permanecen en el territorio nacional de manera irregular.

Con la creación del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal se pretenden, particularmente, dos fines: por un lado, obtener un registro de la población migrante venezolana; por otro lado, otorgar un beneficio temporal de regularización. Este estatuto cobija a los migrantes venezolanos que deseen permanecer en el territorio nacional de manera temporal y deben cumplir con alguna de las siguientes condiciones que se relacionan:

“1. Encontrarse en territorio colombiano de manera regular como titulares de un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), Permiso Temporal de Permanencia (PTP) o de un Permiso Especial de Permanencia (PEP) vigente, cualquiera sea su fase de expedición, incluido el PEPFF.

2. Encontrarse en territorio colombiano de manera regular como titulares de un Salvoconducto SC-2 en el marco del trámite de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado.

3. Encontrarse en territorio colombiano de manera irregular a 31 de enero de 2021.

4. Ingresar a territorio colombiano de manera regular a través del respectivo Puesto de Control Migratorio legalmente habilitado, cumpliendo con los requisitos establecidos en las normas migratorias, durante los primeros dos (2) años de vigencia del presente Estatuto.”

Para efectos de recopilar la información respecto a los migrantes venezolanos, el Estatuto creó el Registro Único de Migrantes Venezolanos.³³ Estar incluido en este Registro es uno de los requisitos para obtener el beneficio de regularización temporal pretendido por el Estatuto, el cual consiste en el otorgamiento de un Permiso por Protección Temporal (PPT). Sobre su naturaleza, el Estatuto definió:

“Es un mecanismo de regularización migratoria y documento de identificación, que autoriza a los migrantes venezolanos a permanecer en el territorio nacional en condiciones de regularidad migratoria especiales, y a ejercer durante su vigencia, cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas.” – Subrayado fuera del texto.

Dado que el Permiso Por Protección Temporal (PPT) al tratarse de un documento de identificación que autoriza la permanencia en el país de los migrantes venezolanos, no puede coexistir con ningún otro tipo de permiso, de tal suerte que se determinó que “a partir de la publicación del presente Decreto no se expedirá ningún Permiso Especial de Permanencia nuevo, y todos los Permisos Especiales de Permanencia cualquiera sea su fase de expedición, incluido el PEPFF, que se encuentren vigentes, quedarán prorrogados automáticamente por el término de dos (2) años, desde dicha fecha.

De lo anterior se colige que no se expedirán nuevos Permisos Especiales de Permanencia (PEP), y que se creó un nuevo permiso de permanencia denominado Permiso por Protección Temporal (PPT) a través del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, el cual es regulado e implementado por medio de la Resolución 0971 del 28 de abril de 2021, expedida por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

1. El alcance del servicio de urgencia en la atención en salud a migrantes irregulares

Como se expuso, el principio de universalidad en materia de salud busca asegurar que todas las personas que habitan el territorio colombiano. No obstante, en caso de no contar con los recursos o requisitos previstos para efectuar la afiliación, cualquier persona tiene derecho a un cuidado mínimo, referido a una atención de urgencias. Este servicio es prestado a los extranjeros de manera independiente a su status migratorio, sea regular o irregular.

La Corte consolidó las reglas jurisprudenciales sobre este asunto en la Sentencia SU-677 de 2017 y señaló que: (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”.

Bajo estos supuestos y teniendo en cuenta la Ley 1438 de 2011, el Estado propende por lograr un aseguramiento de manera universal, que cubra a todos los residentes del territorio nacional. Así las cosas, este Tribunal ha considerado que los extranjeros i) tienen derecho a ser afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud³⁴; ii) en caso de no contar con los recursos económicos para sufragar los gastos de la atención en salud, tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado.

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano, existen varias disposiciones normativas que han hecho alusión al concepto de urgencia. De tal forma, el Decreto 412 de 1992 que reglamentó los servicios de urgencia, contempló que las entidades encargadas de prestar servicios de salud, deben brindar atención de urgencias con independencia de la capacidad socioeconómica del usuario³⁵. En el caso de la Ley se estipuló que “La atención inicial de urgencias debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas.”³⁶ Por su parte, en la Ley 100 de 1993, se dispuso el deber de las entidades prestadoras de salud de brindar atención inicial de urgencias a todas las personas.

En relación con lo anterior, la atención de urgencias vista como derecho de las personas, fue relacionado en los artículos 1037 y 1438 de la Ley 1751 de 2015, donde se precisó que la prestación del servicio de urgencias, en caso de requerirse, debe darse de manera oportuna, y sin que medie autorización administrativa, documento o cobro alguno.

En lo concerniente al Decreto 780 de 2016 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social” se precisa la definición del concepto de urgencia señalando que: “Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte”³⁹.

Este concepto de urgencia debe corresponder a una “modalidad de prestación de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad”⁴⁰.

En efecto, la atención en salud a través de la prestación del servicio de urgencias responde a la garantía del derecho a la salud para las personas que, en razón a su status migratorio irregular en el territorio nacional, no cuentan con una afiliación al sistema de salud que les permita recibir atención integral. Sobre la prestación de los servicios de salud en el caso de los migrantes venezolanos que permanecen en el país de manera irregular, la Corte Constitucional ha efectuado distintos pronunciamientos en los cuales ha reafirmado i) el derecho a la igualdad en la prestación del servicio de salud para extranjeros y nacionales; ii) la atención médica para extranjeros cuyo status migratorio es irregular, iii) el alcance del servicio de urgencias en el caso de extranjeros.

En relación con los puntos descritos, en la Sentencia T-705 de 2017, la Corte Constitucional revisó el caso de un menor de edad venezolano que requería la práctica de exámenes médicos para determinar el tratamiento a seguir respecto al diagnóstico de linfoma de Hodkin. En sus consideraciones, expuso el alcance de la atención de urgencias que implica hacer uso de los medios necesarios y disponibles con el fin de estabilizar la salud del paciente y preservar su vida. Refirió que ello no implicaba que existiera un deber de

regularizar el status migratorio y así poder afiliarse al SGSS para obtener una atención integral en salud. Así las cosas, estimó que el servicio requerido era urgente y concedió un amparo transitorio ordenando la prestación del servicio hasta que se definiera la situación migratoria del menor.

En esta providencia, respecto al concepto de atención de urgencias, la Corte Constitucional refirió que comprende: “(i) emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas. Igualmente, en caso de que el medio necesario para lo anterior no esté disponible en el hospital que presta la atención de urgencias inicial (ii) remitir inmediatamente al paciente a una entidad prestadora del servicio que sí disponga del medio necesario para estabilizarlo y preservar la vida del paciente”.

Bajo el mismo sentido, la sentencia T-210 de 2018 examinó dos procesos, a saber: i) en el primero, la accionante, de nacionalidad venezolana, solicitaba la protección constitucional con el fin de que le fuera garantizado los tratamientos de radioterapia y quimioterapia, en atención al diagnóstico de cáncer de cuello uterino. El juez de única instancia determinó que a la accionante se le garantizó la atención de urgencias de manera efectiva, por lo que la entidad accionada no transgredió sus derechos. En cuanto al acceso al tratamiento de su diagnóstico, consideró que debía existir un documento de identidad válido para que la accionante legalizara su permanencia en el territorio nacional y así poder efectuar la afiliación al Sistema de Salud; ii) en segundo lugar, estudió el caso de un menor de 2 años que presentaba una hernia escrotal y otra umbilical, razón por la cual recibió atención de urgencias donde fue remitido a la especialidad de cirugía pediátrica, sin que dicha atención fuera autorizada pues la entidad accionada argumentó que no se trataba de una urgencia médica y que el menor no se encontraba afiliado al SGSS. El juez de primera instancia concedió el amparo constitucional bajo el entendido que, si el médico tratante determinaba la atención requerida como una atención de urgencia vital, debía ser practicada en tales términos. Esta decisión fue revocada por el juez de segunda instancia quien estimó que no era posible conceder el amparo en atención a que el menor no estaba afiliado al SGSS y tampoco contaba con un documento que validara su permanencia en el país.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional refirió que “los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención de urgencias con cargo al

Departamento, y en subsidio a la Nación cuando sea requerido, hasta tanto se logre su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud”. Determinó también que el servicio de urgencias puede ir más allá de la preservación de los signos vitales y no solo puede cobijar la atención a enfermedades catastróficas, sino también la práctica de cirugías o quimioterapias, cuando se evidencie y se demuestre la urgencia de las mismas.

De igual forma, la Sentencia T-248 de 2018 analizó el caso de una persona venezolana con status migratorio irregular que pretendía la autorización de medicamentos prescritos para atender el diagnóstico de VIH. Ante la falta de afiliación al SGSSS y no contar con calificación de SISBEN, los medicamentos le fueron negados. El juez de única instancia negó el amparo solicitado al estimar que las autoridades accionadas han garantizado el servicio médico de urgencias, siendo un servicio que responde a la atención básica en salud que no comprende el suministro de medicamentos. En este caso la Corte Constitucional confirmó la decisión que negó el amparo solicitado al encontrar que no se determinó la urgencia del suministro de medicamentos. Sobre el concepto de urgencias, insistió en considerar que “puede llegar a incluir en casos extraordinarios procedimientos o intervenciones médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente.”

En el estudio de la sentencia T-452 de 2019, la Corte Constitucional examinó cuatro expedientes acumulados, así:

i) En el primero, la accionante solicitaba el amparo de su derecho fundamental a la salud con el fin de recibir el tratamiento requerido con el medicamento hidroxicloroquina, para contrarrestar el diagnóstico de lupus eritematoso sistémico. En este caso, el juzgado de única instancia consideró que las entidades accionadas cumplieron con la obligación de prestar el servicio de urgencias al accionante, quien debía formalizar su permanencia en el país para así contar con un documento válido con el cual pudiera realizar el trámite de afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

ii) En el segundo caso, la accionante solicitó la protección de sus derechos fundamentales para recibir atención en salud respecto de su patología “ardiopatía hipertensiva hta severa con disfunción diastólica del vi, acv hemorrágico, diabetes mellitus tipo i insulín dependiente (...)” y otros. El juez de tutela, en única instancia negó el amparo al estimar que la accionante debía tramitar la expedición del Permiso Especial de Permanencia, y la insta para

efectuar las diligencias administrativas para legalizar el documento que permitiera su vinculación al Sistema de Salud.

(iii) En el tercer caso, la accionante requería atención por la especialidad de psiquiatría, servicio que no fue autorizado por la entidad accionada al no contar con documento válido para acceder a la oferta pública en salud. El juez de única instancia determinó que, dada la situación migratoria irregular de la accionante, solo había lugar a la prestación del servicio inicial de urgencias el cual fue prestado por la accionada.

(iv) En el cuarto y último caso, el accionante actúa como representante de su hijo menor de edad, venezolano, a quien le fue ordenado un examen consistente en tac de senos paranasales, cuya práctica fue negada por la autoridad accionada. El juez de única instancia argumentó que, dada la situación migratoria irregular, al no encontrarse legalizado su status migratorio, solo había lugar a la atención de urgencias, la cual fue brindada por las autoridades accionadas sin que existiera vulneración alguna.

En las consideraciones de esta providencia, la Corte Constitucional identificó las reglas aplicadas en torno a la prestación de los servicios de salud a migrantes irregulares, y las sintetiza así:

“a. El derecho a la salud es un derecho fundamental y uno de sus pilares es la universalidad, cuyo contenido no excluye la posibilidad de imponer límites para acceder a su uso o disfrute.

b. Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales colombianos, y, a su vez, se encuentran obligados a acatar la Constitución y las leyes, así como respetar y obedecer a las autoridades.

c. Los extranjeros regularizados o no 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, sin que sea legítimo imponer barreras a su acceso.

d. La atención mínima a la que tienen derecho los extranjeros, cuya situación no ha sido regularizada, va más allá de preservar los signos vitales y puede cobijar la atención de

enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente.

f. Los extranjeros que busquen recibir atención médica integral –más allá de la atención de urgencias–, en cumplimiento de los deberes impuestos por la ley, deben cumplir con la normativa de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de lo que se incluye la regularización de su situación migratoria.” – Subrayado fuera del texto.

Expuesto lo anterior, se puede determinar que tanto la normativa nacional, como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, han sido coincidentes en reconocer el derecho de los extranjeros que se encuentran en el territorio colombiano, de recibir una atención inicial denominada atención de urgencias, con independencia a la existencia de una afiliación al Sistema General de Seguridad Social o a la documentación que acreditan su permanencia en el país. No obstante, se ha reiterado respecto a la obligación que les asiste de adelantar los trámites administrativos pertinentes para regularizar su status migratorio.

I. RESOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO

En el presente caso, le corresponde a la Sala Novena de la Corte Constitucional revisar el fallo proferido en única instancia en relación con la acción de tutela promovida por el señor Emir José Chirinos Pérez, contra la Secretaría de Salud Departamental del Cauca y el Hospital Universitario San José de Popayán (vinculado). Según los argumentos del accionante, dicha cirugía restablece su estado de salud pues su condición actual le impide tener una movilización normal respecto a su pierna izquierda. Así las cosas, pretende el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, los cuales estima vulnerados por la Secretaría de Salud Departamental de Cauca al no garantizar la práctica de un procedimiento quirúrgico consistente en la “extracción de dispositivo implantado en fémur. Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta” como tratamiento a la caída de su propia altura que sufrió el día 6 de noviembre de 2020.

Durante su permanencia en el servicio de urgencias, instauró acción de tutela con el fin de que se ordenara el tratamiento requerido para la caída que sufrió. Lo anterior teniendo en cuenta que, de acuerdo a lo manifestado en su escrito de tutela, no cuenta con los medios

económicos para sufragar los gastos de atención en salud. El peticionario argumentó que no ha sido posible contar con una calificación en el SISBEN y tampoco cuenta con un documento válido para efectuar el trámite de afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

Por su parte, la Secretaría de Salud Departamental de Cauca destacó que el señor Emir José Chirinos Pérez permanece de forma irregular en el territorio colombiano. En este caso, refirió, la obligación de las entidades públicas o privadas que prestan el servicio de salud debe garantizar también, el servicio de urgencias, el cual ha sido brindado al accionante. Indicó que corresponde a la Secretaría de Salud Municipal del lugar del domicilio del accionante, realizar las gestiones administrativas para efectuar la afiliación al SGSSS. Entre tanto, resalta que el señor Chirinos Pérez debe adelantar los trámites administrativos para regular su status migratorio.

De la solicitud de amparo conoció en única instancia el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán que, mediante providencia del 7 de enero de 2021, negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

Como fundamento en esta decisión, citó la sentencia SU-677 de 2017 resaltando el deber de prestación del servicio de salud a los extranjeros, que implica una atención mínima de urgencias, sin que ello exima de “la obligación que tienen de adquirir un seguro médico o un plan voluntario de salud, tal y como se encuentra previsto en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, una vez sea conjurada la situación de urgencia y, además, cumplir con los requisitos para la afiliación al Sistema, a fin de obtener un servicio integral y previo a ello aclarar el estatus migratorio.”

Por su parte, Migración Colombia se pronunció respecto de los hechos de la acción constitucional promovida y afirmó que el señor Emir José Chirinos Pérez permanece en el territorio nacional como migrante irregular. A su vez, solicitó su desvinculación en el trámite de tutela al considerar que no es la entidad que pueda atender o resolver las pretensiones del accionante y al no haber vulnerado los derechos fundamentales invocados.

La Secretaría de Salud Municipal de Popayán, también vinculada al proceso, reconoció la obligación de adelantar los trámites administrativos requeridos para la afiliación del accionante al Sistema de Salud, labor que, indicó, realizaría y acompañaría una vez se

contara con la documentación válida para ello.

De conformidad con los elementos probatorios que obran en el expediente. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional evidencia que:

* El accionante es un ciudadano venezolano cuya permanencia en el territorio nacional es irregular. De tal forma, no cuenta con censo en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV) ni con Permiso Especial de Permanencia (PEP).

* De acuerdo al reporte efectuado por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el accionante no registra movimientos migratorios por ningún puesto de control.

* De acuerdo con la historia clínica N° 5937949, el señor Emir José Chirinos Pérez sufrió hace 7 años de una fractura de fémur izquierdo. Además, el día 6 de noviembre de 2020 acudió al Hospital Universitario San José de Popayán con ocasión a una caída desde su propia altura que generó lesiones en su pierna izquierda. Así, fue diagnosticado con “falta de consolidación de fractura (seudoartrosis / complicación mecánica de dispositivo de fijación interna de otros huesos.”⁴¹. Como plan de acción se determinó “hospitalizar en traumatología, vía oral, analgesia, turno cirugía más consentimiento informado.”

* La historia clínica contiene una solicitud de turno de quirófano con fecha del 7 de noviembre de 2020, donde se determinó como procedimiento a realizar: “extracción de dispositivo implantado en fémur. Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta”⁴². (subrayado fuera del texto).

* La orden de la cirugía es solicitada por la especialidad de ortopedia y traumatología, particularmente por el profesional Alejandro López Arboleda, médico tratante.

* El 7 de noviembre de 2020, en la valoración médica realizada sobre las 7:10 de la mañana como consta en la historia clínica, el médico Alejandro López Arboleda señaló que “no tiene urgencia quirúrgica en el momento, considero amerita estudios complementarios.”⁴³

* El día 8 de noviembre de 2020 fue practicado un TAC simple de muslo izquierdo que permitió evidenciar: “Existe una huella de material de osteosíntesis de posible clavo endomedular antiguo y un tornillo abandonado en la base del cuello femoral izquierdo (...) los bordes óseos de una fractura oblicua completa subtrócanterica sugieren pseudoartrosis” “se identifica la secuela postraumática en espiral-oblicua en la diáfisis del fémur izquierdo y en la región subtrocanterica.”⁴⁴

* El 9 de noviembre de 2020, Alejandro López Arboleda, médico tratante de la especialidad de ortopedia y traumatología realizó una nota aclaratoria indicando que: “aclaro: paciente no tiene ninguna urgencia quirúrgica por traumatología en el momento (...)”⁴⁵

* El señor Emir José Chirinos Pérez permaneció en el servicio de urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán durante 12 días, desde el 6 de noviembre de 2020 al 18 de noviembre de 2020, día en el cual fue dado de alta.

* Durante la atención de urgencias recibida, al señor Emir José Chirinos Pérez le fueron practicados distintos exámenes especializados como TAC de extremidades y articulaciones en miembros inferiores, TAC simple de muslo izquierdo y reconstrucción tridimensional, y rayos X de rodilla izquierda. ⁴⁶

* El Hospital dio de alta al accionante el día 18 de noviembre de 2020. En el formato de

egreso se consignó que:

“(…) ingreso por dolor en muslo, se consideró al ingreso requerimiento de retiro de material de ots, ahora con dolor controlado, por lo cual se decide que el manejo de la pseudo artrosis se realizará de forma ambulatoria por parte de especialidad tratante, se da alta con manejo del dolor, uso de muletas, control por la consulta externa en 20 días, dar signos y síntomas de alarma.”⁴⁷

Examinado lo anterior, la Sala Novena de Revisión considera que las entidades accionadas, negaron la prestación del servicio de salud consistente en la práctica de la intervención quirúrgica referida, dado que el paciente era una persona migrante irregular que no contaba con afiliación, y tampoco, el procedimiento era considerado como urgente de tal modo que pudiera ser practicado. De esta manera, encuentra que su actuar no constituye una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas del señor Emir José Chirinos Pérez, en la medida en que la negativa se fundó en razones médicas objetivas conforme a las cuales la cirugía no era de carácter urgente.

La regla desarrollada por esta corporación ha determinado que “puede cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente.” Al precisar esto, la Sala no desconoce que la atención en urgencias se debe garantizar de manera independiente a la situación migratoria del paciente. De tal forma, y como se ha reiterado, todo migrante irregular, que no cuente con afiliación al Sistema de Salud de Colombia, puede acceder al servicio de urgencias, también, a servicios que trascienden la atención básica siempre y cuando se acrediten unas condiciones. Tales supuestos fueron referidos en la Sentencia SU - 677 de 2016, donde se precisó que debe existir “(i) la enfermedad catastrófica; (ii) el concepto de urgencia del médico tratante; y (iii) un riesgo para los derechos a la vida y a la integridad personal del paciente derivado del no suministro de los servicios en salud”. No obstante, como se indicó en la Sentencia T-452 de 2019, la atención de urgencias que va más allá de preservar los signos vitales del paciente no se entiende solo para casos de enfermedades catastróficas, sino también cuando se requiera la realización de cirugías - urgentes-, dicha urgencia debe estar acreditada.

En suma, en este caso el Señor Emir José Chirinos es un migrante irregular que requiere la

práctica de una cirugía, procedimiento que, tras valoraciones médicas durante su permanencia en el Hospital, se determinó que no constituía una urgencia quirúrgica, por lo que su realización no era necesaria inmediatamente.

De acuerdo con el historial clínico y las precisiones realizadas por el médico tratante, especialista en ortopedia y traumatología, no hay pruebas que permitan demostrar un riesgo para la vida y la integridad personal del paciente.

En virtud de lo anterior y dado que no se acreditó la necesidad y urgencia de la práctica del procedimiento requerido por el accionante, se debe tener en cuenta que en el caso que, como migrante irregular se pretenda la atención médica integral, el accionante debe cumplir con sus deberes y obligaciones relacionadas con la normatividad sobre afiliación a salud, según la cual podría beneficiarse del régimen subsidiado.

En este caso, el motivo por el cual el accionante ingresó al servicio de urgencias del Hospital corresponde a una caída sufrida que generó lesión en su extremidad izquierda. Al ser valorado, se determinó que presentaba una complicación mecánica de dispositivo, es decir, los materiales que fueron implantados en la cirugía que le fue practicada hace 7 años, y producto de la caída, estaban ocasionando daño en su fémur izquierdo. Por ello, el médico tratante emitió una orden para “extracción de dispositivo implantado en fémur. Secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de fémur vía abierta” pero con la advertencia de que no constituía una urgencia quirúrgica. En síntesis, esta Sala considera que la práctica de la cirugía es parte de la recuperación del estado de salud del paciente, pero no es catalogada como urgente, pues de acuerdo con los exámenes practicados y las valoraciones realizadas por el especialista en ortopedia y traumatología, no se requirió su realización inmediata.

De lo anterior se colige que, para recibir la atención médica pretendida, que de acuerdo con la solicitud de amparo del accionante se trata de una atención integral en salud, donde se autorice y garantice atención intrahospitalaria y lo requerido para manejar su diagnóstico, el accionante tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para afiliarse al régimen subsidiado en salud.

En relación con lo anterior, la Sala ratifica el deber que le asiste al accionante de cumplir con las obligaciones legales establecidas y adelantar los trámites de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Para ello, deberá regularizar su situación migratoria de

acuerdo con las disposiciones normativas vigentes para tal fin.

En ese sentido, de acuerdo con lo narrado en el escrito de tutela y lo corroborado en sede de Revisión, la Sala mantendrá la decisión del juez de instancia. Ello por cuanto se determina que la atención de urgencias brindada por las autoridades accionadas, fue acorde con las disposiciones normativas vigentes y el trámite jurisprudencial que busca proteger la salud de los migrantes irregulares que se encuentran en el territorio nacional.

Por las anteriores razones, la Sala Novena de la Corte Constitucional confirmará la sentencia del siete (7) de enero de dos mil veintiuno (2021) proferida en única instancia por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán en la cual dispuso no tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas invocados por el accionante.

Dado que el accionante necesita atención en salud, y por su situación migratoria actual, es necesario que cuente con afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Para ello, deberá contar con el documento de identificación válido, por lo cual, la Personería Municipal de Popayán y Migración Colombia, asistirán y acompañarán al accionante en la realización de los trámites que así se requieran. Por último, y en ejercicio de su función de dirección y coordinación del sector salud en su jurisdicción, la Secretaría Municipal de Salud de Popayán asistirá el señor Chirinos Pérez en lo que respecta a las gestiones administrativas para su afiliación al Régimen Subsidiado.

I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

Corresponde a la Sala Novena de la Corte Constitucional la revisión del fallo proferido en única instancia por parte del Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán, en relación con la acción de tutela promovida por el señor Emir José Chirinos Pérez contra la Secretaría Departamental de Salud de Cauca y el Hospital Universitario San José de Popayán, por presuntamente vulnerar sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, como consecuencia de la negativa a practicar una intervención quirúrgica para extraer un dispositivo implantado en fémur, también, la secuestrectomía, el drenaje y el desbridamiento de fémur vía abierta.

Según los argumentos del accionante, dicha negativa vulnera sus derechos fundamentales como quiera que i) requiere la práctica de una intervención quirúrgica para salvaguardar su vida en condiciones dignas y, ii) no cuenta con los recursos para cubrir su estancia en la entidad y su tratamiento.

Por su parte, la Secretaría Departamental de Salud de Cauca señaló que el accionante no contaba con afiliación al Sistema General de Seguridad Social, por lo que debía realizar los trámites respectivos para la obtención de tal afiliación. Además, indicó que el señor Chirinos Pérez ha sido atendido a través del servicio de urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán cumpliendo así con la obligación de brindar la atención inicial respectiva. También, refirió que la Secretaría de Salud Municipal del lugar donde se encontraba domiciliado el accionante, debía realizar los trámites administrativos requeridos para efectuar la afiliación al Régimen Subsidiado.

En cuanto al Hospital Universitario San José de Popayán, en su escrito de contestación manifestó que brindó atención de urgencias al accionante. Relató que si bien se solicitó la práctica del procedimiento consistente en extracción de dispositivo implantado en fémur, secuestrectomía, drenaje y desbridamiento de fémur vía abierta, se consideró que no se trataba de una urgencia quirúrgica por traumatología. Asimismo, que al no contar el accionante con un documento de identidad válido, no fue posible realizar ningún trámite para su afiliación al SGSSS. Consideró que el Hospital cumplió con la obligación de brindar la atención inicial de urgencias.

Con relación a la Secretaría de Salud Municipal de Popayán, indicó que el accionante no tenía registro de solicitud de afiliación al SISBEN o a alguna EPS. Sin embargo, una vez contara con la documentación válida y requerida, la Secretaría realizaría las gestiones administrativas requeridas para hacer efectiva la afiliación.

En el estudio del caso, la Sala verificó el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de esta acción de tutela. En primer lugar, se instauró por parte de la persona a quien presuntamente se vulneraron sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, es decir, el titular de los derechos de los cuales se predica el amparo es quien activa el mecanismo constitucional. En segundo lugar, se entiende acreditada la legitimación de la causa por pasiva toda vez que el amparo se dirige en relación con la

autoridad que, con su acción u omisión, vulneró o amenazó los derechos invocados al negar la práctica de un procedimiento médico en favor del accionante.

Frente a la verificación del presupuesto de inmediatez, la Corte Constitucional considera que se entiende superado pues la acción fue promovida una vez fue negado el procedimiento, inclusive, cuando el accionante continuaba recibiendo atención de urgencias por las causas que motivaron la orden de la intervención. Adicionalmente, de acuerdo a lo verificado en sede de revisión, el procedimiento sigue sin ser practicado, por lo que la afectación permanece. De igual forma se cumple con el requisito de subsidiariedad al tratarse de un asunto que se relaciona con el acceso a la atención en salud en favor de un migrante venezolano, cuya estancia en el país es irregular, que amerita la intervención del juez constitucional y donde la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz dado que, si bien existe un medio y una instancia ante la Superintendencia de Salud, no cubre el caso en estudio pues no hace parte de los asuntos de los cuales esta entidad dirige conflictos.

Respecto al análisis de la vulneración de los derechos fundamentales alegados en el escrito de tutela, la Sala considera que, en el caso en concreto, no existe una transgresión a los mismos por parte de las entidades accionadas. La Sala observa que las entidades accionadas brindaron atención en salud a través del servicio de urgencias del Hospital Universitario San José de Popayán, y aún cuando se manifestó que el accionante requería la realización de la cirugía, la misma no constituía una urgencia quirúrgica.

De igual manera, si bien la jurisprudencia ha considerado que la atención de urgencias puede comprender la realización de cirugías cuando se acredite su urgencia, en este caso, con las pruebas aportadas en el expediente, no se demostró la necesidad de la misma. En este sentido, es cierto que el señor Emir José Chirinos Pérez requiere la práctica de la extracción de dispositivo implantado en fémur, secuestrectomía, drenaje y desbridamiento de fémur vía abierta, tal como es advertido por el médico tratante durante la permanencia en el Hospital, el procedimiento no constituye una urgencia quirúrgica que implique una intervención inmediata.

Por las anteriores razones, la Sala Novena de la Corte Constitucional confirmará la sentencia del siete (7) de enero de dos mil veintiuno (2021) proferida en única instancia por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán en la cual decidió no

tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas invocados por el accionante.

De igual forma, la Sala advierte la importancia de que el accionante regularice su situación migratoria. En este sentido ordenará a la Personería Municipal de Popayán y a Migración Colombia que, asesore y acompañe al accionante para que realice los trámites administrativos a que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente con el fin de regularizar su permanencia en el territorio nacional. Finalmente, ordenará a la Secretaría de Salud Municipal de Popayán realizar las acciones administrativas para que sea afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en el régimen subsidiado.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del siete (7) de enero de dos mil veintiuno (2021) proferida en única instancia por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán, que dispuso NEGAR el amparo de los derechos fundamentales del señor Emir José Chirinos Pérez.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Personería Municipal de Popayán y a Migración Colombia, para que asesore y acompañe al señor Emir José Chirinos Pérez con el fin de que realice los trámites requeridos para regularizar su permanencia en el territorio colombiano y de ello le informe a la oficina de Migración Colombia.

TERCERO.- ORDENAR a la Secretaría de Salud Municipal de Popayán asesorar y acompañar al señor Emir José Chirinos Pérez en el trámite de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Subsidiado, a su vez, realizar las gestiones administrativas a su cargo.

CUARTO.-Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRÍQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Vinculado mediante Auto del 31 de diciembre de 2020 proferido por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Popayán.

2 Vinculada en Auto del 31 de mayo de 2021 proferido por la Corte Constitucional.

33 De acuerdo con la Historia Clínica del accionante, el procedimiento también es llamado como “retiro de material de osteosíntesis más curetaje óseo”

4 El Hospital Universitario San José de Popayán dio respuesta al auto de pruebas, mediante dos escritos de fecha 8 de junio de 2021, suscritos respectivamente por Cesar Edmundo Sarria, Gerente del Hospital y Oscar Fernando Rosero, Subgerente Científico.

5 El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

6 Al respecto, la Sentencia T- 834 de 2007, y al citar la sentencia T-192 de 1993, refirió que:

“En tal sentido, esta Corporación ha considerado que (i) cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, por cuanto ‘Los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas’(...)”

7 Ver, entre otras, las Sentencias T-323 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-034 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; SU-377 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; T-246 de 2015 M.P. Marta Victoria Sáchica Méndez; T-539 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-188 de 2020 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-390 de 2020. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

8 Ver página 15 de la Historia Clínica del señor Emir José Chirinos Pérez que da cuenta de la solicitud del procedimiento, diligenciada por el médico tratante Alejandro López Arboleda.

9 Ver, entre otras, las Sentencias T-309 y T-253 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; ‘T-218 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido y T-025 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

10 Ver Sentencia SU-508 de 2020.M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

11 Particularmente en la sentencia T-452 de 2019 M.P. José Fernando Reyes Cuartas, se señaló que: “En relación con el acceso a la atención en salud por parte de migrantes con nacionalidad venezolana la jurisprudencia constitucional ha señalado que el recurso de amparo es el medio idóneo y eficaz para estudiar y analizar la vulneración de sus derechos fundamentales”

12 La Ley 1949 de 2019 “Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones” en su artículo 6, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual determina los asuntos en que la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, es decir, refiere a sus funciones jurisdiccionales.

13 El juez de instancia citó la Sentencia T-171 de 2018 MP. Cristina Pardo Schlesinger.

14 Al hablar de la universalización de aseguramiento, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 refirió que “Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida” sin embargo, la Corte Constitucional

en la sentencia T-239 de 2017 precisó que: “A pesar de que en esta norma la universalidad está referida a los “residentes” como aquellos que gozan efectivamente del derecho en el territorio colombiano, de acuerdo con el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 67 de la Ley 715 de 2001, toda persona, sea residente o no, tiene derecho al menos a la atención inicial de urgencias, la cual debe ser prestada por todas las entidades públicas y privadas prestadoras del servicio de salud a todas las personas independiente de su capacidad de pago y condición migratoria”. En este sentido, el goce efectivo del derecho fundamental a la salud debe garantizarse a los extranjeros, indistintamente de si residen o no en el territorio colombiano.

16 Constitución Política, artículo 49 “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

17 Artículo 2 de la Declaración de los Derechos Humanos “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”

18 Artículo 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

19 Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ““todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”

20 ONU. Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14. 11 de agosto de 2000. Artículo 18 “En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por

objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud.”

21 Artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 “Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud”

22 El párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 prevé el caso de los extranjeros no residentes en Colombia, y dispone que “A quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario”.

23 Constitución Política, artículo 4: “Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”

24 La Sentencia T- 215 de 1996, M.P.Fabio Morón Díaz, señaló: “(...) Dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residente (sic) en el territorio de la República pues, así lo establece, entre otras disposiciones, el artículo 4o. inciso segundo de la Carta que expresa: ‘Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades’”

25 El artículo 2.1.3.1. del Decreto 780 de 2016 establece que: “La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es un acto que se realiza por una sola vez, por medio del cual se adquieren los derechos y obligaciones que del mismo se derivan, el cual se efectúa con el registro en el Sistema de Afiliación Transaccional y la inscripción a una sola Entidad Promotora de Salud – EPS o Entidad Obligada a Compensar – EOC, mediante la suscripción del formulario físico o electrónico que adopte el Ministerio de Salud y Protección Social. (...)”

26 Artículo 2.1.3.5. del Decreto 780 de 2016: “Documentos de identificación para efectuaría afiliación y reportar las novedades. Para efectuar la afiliación y reportar las novedades, los afiliados se identificarán con uno de los siguientes documentos:

1. Registro Civil de Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de

3 meses.

2. Registro Civil de Nacimiento para los mayores de 3 meses y menores de siete (7) años de edad.

3. Tarjeta de identidad para los mayores de siete (7) años y menores de dieciocho (18) años de edad.

4. Cédula de ciudadanía para los mayores de edad.

5. Cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda, para los extranjeros.

6. Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad de refugiados o asilados.”

27 De acuerdo con el artículo 7 de la Resolución 6045 de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, los extranjeros cuentan con tres modalidades de Visa como documento de identidad válido: (i) visa de visitante (tipo V); (ii) visa de residente (tipo R) y (iii) visa de migrante (tipo M).

28 Sobre el particular ver la Resolución 3015 de 2017 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

29 Ver artículo 1 de la Resolución 5797 del 2 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores “Por medio de la cual se crea un Permiso Especial de Permanencia”

30 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la Resolución 2 de 2018 relató la situación de migración forzada de personas venezolanas y exhortó a los Estados miembros de la OEA para adoptar distintas actuaciones con el fin de abordar la situación migratoria presentada y la necesidad de protección internacional de personas venezolanas.

31 Sobre este punto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos refirió que: “Ante la falta de canales legales, regulares y seguros para migrar, muchas personas no han tenido otra opción que recurrir a canales clandestinos que provee la migración irregular, a través de riesgosas rutas terrestres y marítimas

32 Ver Resoluciones: 0740 del 5 de febrero de 2018; 6370 del 01 de agosto de 2018; 10064 del 03 de diciembre de 2018; 10677 del 18 de diciembre de 2018; 2634 del 28 de mayo de 2019; 3548 del 03 de julio de 2019 y 0240 del 23 de enero de 2020.

33 Decreto 216 de 2021. “ARTÍCULO 6. Objeto del Registro Único de Migrantes Venezolanos. Este Registro tendrá como objeto recaudar y actualizar información como insumo para la formulación y diseño de políticas públicas, e identificar a los migrantes de nacionalidad venezolana que cumplen con alguna de las condiciones establecidas en el artículo 4, y quieran acceder a las medidas de protección temporal contenidas en el presente Estatuto.”

34 Al respecto, la Sentencia T-314 de 2016 hizo alusión a los requisitos para que un extranjero sea afiliado al Sistema de Salud, en esta medida, debe contar con documento de identificación válido. En ese sentido precisó: “el sentido de la norma indica que todos los ciudadanos, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, toda vez que la misma norma da opciones para diferentes personas, tanto mayores como menores de edad, y nacionales y extranjeros. Por lo tanto, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, no puede presentar el pasaporte como documento de identificación válido para afiliarse al sistema, en la medida en que la ley consagra la obligación de regularizar su situación a través del salvoconducto de permanencia, el cual se admite como documento válido para su afiliación.”

35 Ver artículo 2 del Decreto 412 de 1992 “por el cual se reglamenta parcialmente los servicios de urgencias y se dictan otras disposiciones.”

36 Artículo 67 de la Ley 715 de 2001 “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.”

37 EL literal b) del artículo 10 de la Ley Estatutaria 715 del 16 de febrero de 2015 estableció como derecho de las personas 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.

38 El artículo 10 de la ley Estatutaria 715 del 16 de febrero de 2015 refirió: “Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de i 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 I de urgencia.(...)”

39 Ver numeral 1 del artículo 2.5.3.2.3 del Decreto 760 de 2016 “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”

40 Artículo 8 numeral 5 de la Resolución 5269 del 22 de diciembre de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”. La definición descrita complementó aquella prevista en el artículo 2.5.3.2.3 del Decreto 780 de 2016, anteriormente mencionada.

41 Ver página 7 de la Historia Clínica del señor Emir José Chirinos Pérez, en la atención recibida en el Hospital Universitario San José de Popayán.

42 Ver página 15 de la Historia Clínica del accionante.

43 DE conformidad con la nota retrospectiva de la valoración realizada a Emir José Chirinos a las 7:10 a.m. del día 7 de noviembre de 2020. Ver página 10 de la Historia Clínica del accionante en el expediente digital.

44 Ver página 24 de la Historia Clínica del accionante en el expediente digital.

45 Ver página 36 de la Historia Clínica del accionante en el expediente digital.

47 Ver página 85 de la Historia Clínica del accionante en el expediente digital.

48 De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud -OMS- urgencia es “la aparición fortuita (imprevista o inesperada) en cualquier lugar o actividad, de un problema de salud de causa diversa y gravedad variable, que genera la conciencia de una necesidad inminente de atención por parte del sujeto que lo sufre o de su familia”.