

DERECHO A LA SALUD DURANTE EL EMBARAZO-Acceso a atención médica prenatal a pesar de situación migratoria irregular

(...) el hospital accionado vulneró el derecho fundamental a la salud de la actora, toda vez que, sin desconocer las obligaciones legales de los extranjeros relacionadas con la regularización de su situación migratoria en el territorio nacional y su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, los principios de solidaridad e interés superior del menor obligaban a brindarle la atención médica que requería su condición de embarazo, pese a su situación migratoria irregular.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR ACAECIMIENTO DE UNA SITUACION SOBREVINIENTE-Configuración/ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto por cuanto la joven ya no se encuentra en estado de gestación

(...) ha perdido relevancia la pretensión de la accionante en cuanto a que por vía de tutela se ordenara la atención prenatal correspondiente, ya que el nacimiento de su hija configura una situación sobreviniente que hace decaer la urgencia y vigencia de dicho reclamo.

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-No establece diferencia entre persona nacional o extranjera/MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial

INTERES SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES ANTE PRESUNTA VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Reiteración de jurisprudencia

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

Referencia: Expediente T-8.104.419

Magistrado ponente:

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil veintidós (2022)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En trámite de revisión del fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, Arauca, el veintiocho (28) de diciembre de dos mil veinte (2020).

I. ANTECEDENTES

A. CUESTIÓN PRELIMINAR

1. Antes de proceder al estudio del asunto, esta Sala de Revisión considera necesario tomar oficiosamente medidas para proteger la intimidad de la accionante, de manera que serán elaborados dos textos de esta providencia, de idéntico tenor. En el texto que será el divulgado y consultado libremente, se dispondrá la omisión del nombre de la accionante, el o los menores de edad involucrados, así como cualquier dato e información que permita su identificación¹.

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. El 22 de diciembre de 2020, María, menor de edad² y de nacionalidad venezolana, presentó acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana, presuntamente vulnerados por

las accionadas, por su negativa a prestarle la atención prenatal que manifestó requerir.

A. HECHOS RELEVANTES

1. La accionante -menor de edad- relató que ingresó a Colombia en el año 2018 a través del paso informal Puerto Contreras en jurisdicción del municipio de Saravena, Arauca. De modo que no cuenta con pasaporte ni documento alguno que acredite su situación de migrante regular dentro del territorio colombiano.

1. Señaló que el 12 de diciembre de 2020 se sometió a una prueba de embarazo en un laboratorio particular cuyo resultado fue positivo, razón por la cual se acercó tanto al Hospital San Francisco de Fortul, ubicado en Fortul, Arauca, como al Hospital del Sarare, en Saravena, con el fin de solicitar la realización de los correspondientes controles médicos prenatales. No obstante, afirmó que tales servicios le fueron negados por dichas entidades debido a su condición migratoria irregular, e indicó que no cuenta con recursos económicos para asumir los costos de los controles prenatales de manera particular.

1. Por lo anterior, solicitó que, como consecuencia de la efectiva protección de sus derechos, se ordene: (i) a los Hospitales del Sarare y San Francisco de Fortul la prestación de los controles prenatales y de los exámenes médicos relacionados con estos; (ii) a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, brindar el acompañamiento y autorizar las remisiones necesarias; y (iii) al Hospital de San Francisco de Fortul que, una vez nazca su hijo(a), proceda a afiliarlo(a) al Sistema General de Seguridad Social en Salud, aunque sus padres no cumplan los requisitos fijados por el Decreto 780 de 2016 para tal efecto.

1. Adicionalmente, solicitó prevenir a las accionadas para que a futuro se abstengan de

incurrir en los comportamientos que dieron lugar a la instauración del amparo, y pidió se tutelaran los demás derechos que pudiesen advertirse como lesionados o amenazados.

A. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca³

1. La Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca (en adelante “UAES de Arauca”) solicitó que fuera excluida del trámite de tutela, ya que no le corresponde prestar directamente los servicios prenatales, puesto que esta función se encuentra asignada a los Hospitales del Sarare y de San Francisco de Fortul. Explicó que, con fundamento en el Decreto 866 de 2017 y la Circular 025 de 2015 expedida por el Ministerio de Salud, las instituciones prestadoras de salud (IPS) deben prestar a los migrantes de los países fronterizos el servicio médico de urgencias, de acuerdo con la selección y clasificación de pacientes en el Triage. Por su parte, las entidades promotoras de salud (EPS) deben garantizar la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud a quienes presenten cédula de extranjería, pasaporte, permiso especial de permanencia (PEP), carnet diplomático o salvo conducto de permanencia.

1. Respecto a la situación particular de la accionante, indicó que, habida cuenta de su estado de salud y condición de extranjera, esta tiene derecho a recibir atención médica de urgencias conforme a lo que determine el médico tratante, mientras regulariza su situación migratoria.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres⁴

1. La entidad señaló que carece de legitimación por pasiva, porque no ha desplegado

ninguna actividad que vulnere los derechos fundamentales de la accionante. Añadió que la Adres no presta servicios de salud. De otra parte, adujo que, en cumplimiento de la Ley 1873 de 20175, el Gobierno nacional diseñó una política integral de atención humanitaria para atender la situación generada por el alto número de nacionales venezolanos que migraron hacia Colombia, y que busca, entre otros aspectos, establecer mecanismos que permitan a estas personas regularizar su permanencia en el territorio nacional. Refirió que, en el marco de esta política, el artículo 7° del Decreto 1288 de 20186, incluye el control prenatal para mujeres gestantes como un servicio al que tienen derecho los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos.

1. Frente al caso concreto, indicó que le corresponde al juez constitucional determinar si la accionante es susceptible de ser tratada como “población pobre no asegurada” en los términos del artículo 20 de la Ley 1122 de 20077, a fin de establecer si resulta procedente que la atención médica que requiere sea asumida con subsidios del Adres con cargo a los recursos de la oferta la entidad territorial respectiva, de conformidad con el artículo 236 de la Ley 1955 de 20198.

1. Por lo expuesto, solicitó (i) negar el amparo en lo que a la Adres respecta; (ii) imponer a la actora la carga de legalizar su permanencia en Colombia y realizar afiliación formal al Sistema General de Seguridad Social en Salud dentro de un término prudencial pero determinado; y (iii) modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo, en el sentido no comprometer la estabilidad del aludido Sistema.

1. Los Hospitales del Sarare y de San Francisco de Fortul guardaron silencio.

A. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, Arauca, el 28

de diciembre de 2020

1. La juez de tutela de única instancia negó el amparo al no encontrar demostrada una acción u omisión imputable a las accionadas. Añadió que, de conformidad con el marco normativo⁹, las personas que accedan al Sistema General de Salud en Colombia, con independencia de su nacionalidad y/o estatus migratorio¹⁰, deben contar con un documento de identidad válido que permita su afiliación al Sistema y el acceso a los servicios, salvo que se trate de atención de urgencias. De modo que, en el caso de un extranjero en situación irregular, corresponde, primero, regularizar la misma para tener un documento de identidad válido, segundo, completar el proceso de afiliación y, con ello, acceder a la prestación de los servicios de salud.

1. Frente al caso concreto, consideró que las accionadas no tenían la responsabilidad de autorizar y proporcionar los servicios médicos requeridos por la accionante, además que no se allegó una historia clínica sino tan solo el resultado de una prueba de embarazo particular, documento insuficiente para probar el supuesto actuar omisivo de las entidades demandadas.

1. Como quiera que la decisión no fue impugnada, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena remitió las diligencias a esta corporación para su eventual revisión.

A. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1. En auto del 26 de marzo de 2021, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, decidió seleccionar para revisión el expediente T-8.104.419, bajo el criterio objetivo de posible desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional, y el subjetivo de urgencia de proteger un derecho fundamental. Asimismo, dicha sala dispuso repartir la actuación a la

Sala Tercera de Revisión, presidida por el magistrado Alejandro Linares Cantillo¹¹.

Auto de pruebas del 30 de abril de 2021

1. El 30 de abril de 2021, el magistrado sustanciador, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, emitió auto decretando la práctica de pruebas. Para ello, ofició a la accionante¹², a los Hospitales del Sarare de Saravena y San Francisco de Fortul¹³ y, al Ministerio de Relaciones Exteriores¹⁴, para que, en el término de 3 días hábiles, aportaran elementos de juicio necesarios para esclarecer los hechos que dieron lugar a la instauración del amparo. Las respuestas recibidas en cumplimiento del auto de pruebas se reseñan a continuación.

Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores

1. El 25 de mayo de 2021 la Secretaría General de esta Corte allegó al magistrado sustanciador correo electrónico remitido por este ministerio con respuesta al auto del 30 de abril de 2021.

1. A través de la directora de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano, esta entidad explicó sus competencias funcionales del Ministerio de Relaciones Exteriores, conforme lo señala el artículo 1.1.1.1 del Decreto 1067 de 2015 modificado por el Decreto 1743 del 31 de agosto de 2015, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998. Frente al caso en particular, señaló que la joven María no ha efectuado solicitud de visa alguna ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, de modo que, para efectos de regularizar su situación migratoria en el país, es necesario que se presente ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. En ese orden de ideas, remitió a dicha entidad copia del auto de pruebas del 30 de abril de 2021 para que dieran respuesta a los demás interrogantes.

1. De otra parte, el Ministerio explicó que “a través de la UAEMC, se han venido aplicando modalidades provisionales de control migratorio que tienen el efecto de brindar protección a migrantes venezolanos, tales como el Permiso Especial de Permanencia, la Tarjeta de Movilidad Fronteriza, el Permiso de Tránsito Personal. Tales medidas guardan plena coherencia con el marco de asistencia y protección contra la devolución de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados (Artículo 33(1) de la Convención del 51). En la puesta en práctica de estas medidas y en la consideración de los elementos para configurar una posible arquitectura o régimen de protección temporal, se sigue el principio aplicado internacionalmente según el cual la protección temporal, no debilita, sino que complementa la aplicación del principio de no devolución. El Permiso Especial de Permanencia, con vigencia inicial de dos años, ha venido prorrogándose. Actualmente, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia expidió la Resolución No. 2502 del 23 de septiembre de 2020, mediante la cual se implementó un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia, consagrando en su artículo primero que los venezolanos que se encuentren en territorio colombiano a fecha 31 de agosto de 2020 (y que cumplan con los requisitos establecidos en la Resolución 5797 de 2017), podrán solicitar el PEP dentro de los 4 meses siguientes a la publicación de la Resolución. Permiso que le permitiría acceder a los servicios sociales de salud y educación. Con el fin de optimizar la atención para toda la población migrante proveniente de Venezuela, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, ha dispuesto en la página web: <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela> donde podrán encontrar información respecto a los trámites según sus necesidades particulares”¹⁵.

Respuesta del Hospital del Sarare ESE

1. El 26 de mayo de 2021 la Secretaría General de esta Corte envió al despacho del magistrado sustanciador, correo electrónico con respuesta del Hospital del Sarare ESE.

1. El asesor jurídico del Hospital dio respuesta a las preguntas formuladas por la Corte Constitucional de la siguiente manera: (a) allegó certificación del Hospital en cuanto a que en no existía registro de ingreso o solicitud de servicios médicos por parte de la accionante¹⁶;

(b) por lo tanto, al no existir solicitud de prestación de servicios médicos, la entidad no realizó los controles prenatales.

Respuesta de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia

1. El jefe de la oficina asesora jurídica de la entidad señaló que la menor ciudadana venezolana se encontraba en condición migratoria irregular, al no haber ingresado al país por puesto de control migratorio habilitado, “incurriendo en dos (02) posibles infracciones a la normatividad migratoria contenidas en los Artículos Nos. 2.2.1.13.1-11; Ingresar o salir del país sin el cumplimiento de los requisitos legales y 2.2.1.13.1-6 Incurrir en permanencia irregular del Decreto 1067 del 26 de mayo de 2015, modificado por el Decreto 1743 del 31/08/2015”, así mismo indicó que la omisión de no ingresar al territorio nacional por puesto de control migratorio habilitado con pasaporte conlleva a no cumplir con los requisitos previstos en la Resolución 2052 de 2020. En consecuencia, la menor María no podía ser titular del PEP. Aclaró “que el PEP descrito en la Resolución 2052 de 2020 cuyo término para su obtención ya expiró, acorde a los lineamientos y términos establecidos por el Gobierno Nacional y en consecuencia a la fecha NO ES VIABLE SU EXPEDICIÓN. Y se indica que el PEP se otorga a título personal e intransferible y por lo tanto no otorga la calidad de beneficiarios al núcleo familiar del titular del PEP, en consecuencia, no es posible la figura de la extensión del PEP. Así las cosas, se aclara que la Resolución 2502 de 23 de septiembre de 2020 no establece la figura de la Extensión del PEP.”

1. Frente al trato a los nacionales venezolanos menores de edad que no tienen pasaporte, indicó que el artículo 25 de la Resolución 0971 del 28 de abril de 2021, establece que estos son cobijados por el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. De modo que, en concordancia con el literal b del numeral 3 del artículo 5 de la citada Resolución, los menores pueden ser incluidos en el Registro Único de Migrantes Venezolanos – RUMV, a pesar de no contar con su pasaporte.

Intervención de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres

1. El 28 de junio de 2021 la Secretaría General de la Corte allegó al despacho sustanciador una comunicación proveniente de la Adres, vinculada al presente trámite por parte del juzgado de instancia.

1. El apoderado judicial de la entidad se refirió a la necesidad de que la Corte Constitucional sienta jurisprudencia sobre las competencias administrativas de las Entidades Territoriales en vigencia de la Ley 1955 de 2019 (Ley del Plan Nacional de Desarrollo) respecto al financiamiento en salud de la población pobre no afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, como lo es la población migrante irregular que se encuentra en situación de vulnerabilidad. En ese sentido refirió que el artículo 236 de la Ley 1955 de 2019 establece que los gastos en salud que se deriven de la atención en salud de la población pobre no afiliada deben ser asumidos por la entidad territorial respectiva.

Auto de suspensión de términos del 19 de julio de 2021

1. El 19 de julio de 2021 esta Sala de Revisión ordenó la suspensión de términos con fundamento en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional.

Respuesta de María al auto del 30 de abril de 2021

1. El día 30 de septiembre de 2021, la Secretaría General de esta Corte remitió al despacho del magistrado sustanciador la respuesta dada por la accionante al auto del 30 de abril de 2021.

1. A la pregunta sobre su situación migratoria, contestó que no cuenta con PEP. En cuanto a su situación familiar, social y económica, indicó que “(...) B. Poseo un ingreso económico muy bajo, laboro trabajos en el campo. C. Mi núcleo familiar está compuesto por mi hija y mi marido, no cuento con ningún familiar dentro del territorio Colombiano. D. No tengo SISBEN. E. (i). Debido a la demora en dar respuesta, hasta la fecha mi hija cuenta con 2 meses de nacida. (ii). En el lugar donde me encuentro no he podido iniciar el control de desarrollo de mi hija”.

I. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. La Sala Tercera de Revisión es competente para conocer de la presente acción de tutela de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del 26 de marzo de 2021 de la Sala de Selección de Tutelas Número Tres.

A. CUESTIONES PREVIAS – PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, y la reiterada jurisprudencia de esta Corte¹⁷, la acción de tutela es un mecanismo de carácter residual y subsidiario, mediante la cual toda persona¹⁸, podrá solicitar, ya sea por sí misma o a través de su representante o quien agencie sus derechos, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, ante la acción u omisión de cualquier autoridad o particular en las circunstancias que señala el mismo decreto.

1. De esta manera, por su naturaleza residual y subsidiaria, la acción de tutela puede ser

ejercida como medio de protección (i) definitivo cuando (a) el accionante no cuente con otra alternativa de defensa judicial; o (b) existiendo este, el mismo carezca de idoneidad y eficacia para la protección efectiva e integral de los derechos fundamentales. También (ii) procede como mecanismo transitorio cuando a pesar de contar con otro medio de defensa idóneo, el amparo se ejerza para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

1. Como primera medida, la Sala estudiará si la acción de tutela objeto de revisión, cumple con los requisitos generales de procedibilidad.

Procedibilidad de la acción de tutela – caso concreto

1. Legitimación por activa: El artículo 86 de la Carta establece que cualquier persona - inclusive los niños, niñas o adolescentes¹⁹ sin importar su nacionalidad²⁰- podrá acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales, ante su amenaza o vulneración. En desarrollo de esta norma, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que se puede ejercer la tutela: (i) a nombre propio; (ii) a través de un representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; (iv) mediante un agente oficioso o (v) por el defensor del Pueblo o los personeros municipales.

1. La joven María presentó acción de tutela en nombre propio, según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política. Además, es la titular de los derechos que aduce vulnerados. Por lo tanto, se encuentra legitimada para actuar como parte activa dentro del trámite de la tutela.

1. Legitimación por pasiva: El artículo 5 del Decreto 2591 de 1991²¹ establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad que haya violado, viole o

amenace un derecho fundamental. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III del mencionado Decreto.

1. En el caso que nos ocupa, el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 establece que las Empresas Sociales del Estado, – ESE, “constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o consejos...” cuyo objetivo “será la prestación de servicio de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud”²²(negrilla fuera de texto). Así mismo, los artículos 152 y 185 de la Ley 100 de 1993 refieren frente a las Instituciones Prestadoras de Salud – IPS, que pueden ser “entidades oficiales, mixtas, privadas comunitarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ella” y, que cuentan con autonomía administrativa técnica y financiera.

1. A partir de lo anterior, la Sala en primer lugar encuentra acreditada la legitimación por pasiva tanto del Hospital del Sarare como del Hospital San Francisco de Fortul. El primero es una Empresa Social del Estado que presta servicios de salud en Saravena²³, mientras que el segundo es una institución prestadora de salud perteneciente a la Empresa Social del Estado Departamental Moreno & Clavijo que opera en el municipio de Fortul²⁴. Además, la accionante les atribuye a ambas entidades la vulneración de sus garantías fundamentales porque, según manifiesta, se habrían negado a brindarle los controles prenatales que requería.

1. En similar sentido, también se predica legitimación por pasiva respecto de la UAES de Arauca. Contrario a lo manifestado por esta entidad, el hecho de que esta no sea la directa prestadora la atención médica requerida por la accionante no es razón suficiente para que se entienda relevada de garantizar el servicio de salud de la accionante. Al respecto, el Decreto Departamental 333 del 18 de julio de 2005 creó la UAES de Arauca con el objeto dirigir,

coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en dicho departamento²⁵, y el artículo 13 de la misma norma le asigna a la entidad las funciones de gestionar y financiar la prestación oportuna y eficiente de servicios de salud con calidad “a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda”²⁶.

1. La Adres, por su parte, adujo que no tiene legitimación pasiva, toda vez que el artículo 236 de la Ley 1955 de 2019 impone a las entidades territoriales la obligación de asumir gastos derivados de la atención médica a población pobre no afiliada al Sistema General de Seguridad en Salud²⁷. No obstante, esa competencia atribuida a dichas entidades no descarta cualquier injerencia de la Adres en la atención en salud a la población migrante. Por el contrario, no solo le corresponde a dicha entidad administrar recursos de distintas fuentes a favor de las entidades territoriales y destinados para la financiación del Régimen Subsidiado de Salud²⁸, sino que también participa, con recursos de la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, en la cofinanciación de los servicios de urgencia a extranjeros en situación irregular sin aseguramiento en salud²⁹.

1. Así las cosas, Adres es una entidad pública³⁰ que hace parte del engranaje interinstitucional que materializa la prestación del servicio de salud a la población migrante no asegurada. Sus competencias, si bien no involucran funciones de aseguramiento o el suministro directo de atención médica, sí inciden en la prestación del servicio de salud a personas extranjeras en situación de permanencia irregular en territorio colombiano, como la accionante. En consecuencia, colige la Sala que respecto de la Adres también se predica, prima facie, el presupuesto de legitimación por pasiva³¹.

1. Inmediatez: En relación con la inmediatez, la jurisprudencia ha sostenido que la acción de tutela no tiene un término de caducidad³² pues el artículo 86 de la Constitución dispone que puede interponerse “[...] en todo momento y lugar [...]”. No obstante, esta Corte también ha indicado que ello no supone una facultad para presentar la tutela en cualquier tiempo; una interpretación semejante pondría en riesgo la seguridad jurídica y desnaturalizaría la acción misma, concebida, según el propio artículo 86, como un mecanismo de “protección

inmediata". Esto exige, entonces, una vulneración actual, pues de dicha actualidad es que se desprende la necesidad de la protección inmediata.

1. En el asunto en cuestión, el 12 de diciembre de 2020 la accionante se practicó una prueba de embarazo que resultó positiva, y, con ocasión a ello, refiere que se dirigió a los Hospitales del Sarare y San Francisco de Fortul con fin de iniciar controles prenatales. El 22 de diciembre del mismo año, la accionante interpuso acción de tutela, por lo que se encuentra cumplido el requisito de inmediatez.

1. Subsidiariedad: A la luz del artículo 86 de la Constitución y del artículo 6.1 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario. Por esta razón, solo procede como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; o (ii) cuando existiendo ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto³³. Además, procederá como mecanismo transitorio cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en un derecho fundamental. También, la procedencia como medio transitorio exige acreditar: (i) la temporalidad, vista como la afectación inminente; (ii) la urgencia de las medidas en la protección del derecho amenazado; (iii) la gravedad en el grado de afectación del derecho; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para garantizar el amparo del derecho³⁴.

1. Con respecto a la procedencia de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud, no desconoce la Sala que el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007³⁵, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011³⁶ y modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019³⁷, otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud con el objeto de garantizar la efectiva prestación del servicio de salud a los usuarios. Esto implicaría que, en principio, existe otro mecanismo de defensa judicial ante dicha entidad para la protección de la citada garantía fundamental, lo que podría significar la improcedencia de la

acción de tutela para tales efectos.

1. No obstante, en reiterados pronunciamientos esta corporación ha recalcado que “la existencia de una vía ordinaria principal, en este caso la acción ante la Superintendencia de Salud, no descarta de forma absoluta la acción de tutela, pues ésta, como se estableció desde su previsión en la Carta Política, procede directamente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o cuando el instrumento ordinario, en concreto, no resulte idóneo para la protección y restablecimiento de derechos constitucionales fundamentales amenazados o afectados”³⁸.

1. En sentencia SU-124 de 2018, la Corte reafirmó que el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud no necesariamente hace improcedente la tutela, y enunció algunos eventos en los que, debido a ciertas circunstancias particulares, podría considerarse que el mecanismo regulado en la Ley 1122 de 2007 no resulta eficaz para proteger adecuadamente el derecho a la salud. Por ejemplo, cuando: “a. Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas. b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional. c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional. d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet” (énfasis añadido).

1. Posteriormente, en sentencia SU-508 de 2020 esta corporación determinó que el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud presenta deficiencias normativas y estructurales que, mientras no se solventen, impiden considerarlo como eficaz para la efectiva protección del derecho a la salud. Señaló también que aún en el evento en que tales dificultades se superen, dicho medio de defensa no desplaza por completo a la acción de tutela, pues en cada caso particular deberá evaluarse: “a) si la función jurisdiccional es idónea y eficaz; b) si el asunto versa sobre la negativa o la omisión en prestación de servicios

y tecnologías en salud y; c) la posible afectación de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección, como los niños y los adultos mayores.”.

1. A partir de lo expuesto, para la Sala es evidente que la acción de tutela en el presente caso satisface el presupuesto de subsidiariedad. Primero, porque el objeto del amparo consiste en la potencial omisión en la prestación de un servicio médico. Segundo, porque no se tiene noticia de que las dificultades que aquejan el mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud hayan sido superadas³⁹. Tercero, porque la actora no solo es sujeto de especial protección por ser menor de edad, sino que se encuentra en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, habida cuenta de su estado de gestación y de las barreras que enfrenta para recibir atención médica debido a su permanencia irregular en territorio nacional, sumado a que, según refirió, carece de recursos para sufragar dicha atención por su cuenta. En consecuencia, resulta claro que la accionante no contaba con otro mecanismo eficaz e idóneo para la reclamar la protección de sus garantías.

1. Sobre la base de las anteriores consideraciones, colige la Sala que la acción de tutela formulada por María cumple con los requisitos de procedencia.

A. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

1. Conforme a los hechos expuestos en la demanda de tutela y la información suministrada por las entidades accionadas, corresponde a la Sala establecer si dichas entidades vulneraron el derecho fundamental a la salud de la adolescente María al no suministrarle la atención médica que requería por su estado de embarazo, debido a su situación de permanencia irregular en territorio colombiano. Asimismo, deberá determinar si se vulneraron los derechos del recién nacido a recibir atención en salud.

1. Para tal efecto, la Sala procederá en primer lugar a evaluar si existe una situación sobreviniente, la cual, pueda conllevar a la declaratoria de una carencia actual de objeto. De ser declarado, con las finalidades de corregir la providencia revisada y llamar la atención sobre su falta de conformidad con la jurisprudencia constitucional pertinente, la Sala se pronunciará de fondo respecto del presente caso. Para lo cual, procederá a (ii) reiterar su jurisprudencia sobre el derecho a la salud y la atención prenatal de mujeres migrantes en estado de gestación en situación irregular; y (ii) a partir de ello, solucionar el caso concreto.

A. CARENIA ACTUAL DE OBJETO POR SITUACIÓN SOBREVINIENTE

1. Según lo establece el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela tiene la finalidad de servir como instrumento de “protección inmediata de [los] derechos constitucionales fundamentales”. Empero, es factible que en el curso del trámite de la acción de tutela en instancias o en la revisión que de dichos fallos realiza la Corte Constitucional, se presenten circunstancias que conduzcan a concluir que, en el caso concreto, la tutela no podría servir de instrumento de protección inmediata de derechos fundamentales⁴⁰, bien sea (i) porque el daño o la vulneración se consolidó -daño consumado-; (ii) o bien porque durante el trámite del amparo las accionadas remediaron la situación que dio lugar a su instauración -hecho superado-; o (iii) porque se ha configurado un hecho sobreviniente que hace decaer el objeto de la solicitud de amparo. Frente a esta última hipótesis, esta corporación ha señalado que esta se configura en aquellos casos en los que, entre la interposición de la acción y el momento del fallo, cambian las condiciones fácticas que dieron origen al proceso constitucional, bien sea porque (a) el accionante asumió una carga que no le correspondía; (b) perdió interés en el resultado del proceso; o (c) las pretensiones son imposibles de llevar a cabo. En todo caso, esta hipótesis se diferencia del hecho superado, en tanto que la variación de los hechos no ocurre en virtud de una actuación voluntaria del extremo accionado⁴¹.

1. Todas estas circunstancias se enmarcan en lo que la jurisprudencia ha denominado carencia actual de objeto, teniendo como consecuencia lógica, que, ante la constatación de alguna de dichas situaciones, se agote el objeto jurídico sobre el cual recae la acción de tutela y, por ende, cualquier decisión que se pudiera dar resultaría inocua⁴². No obstante, atendiendo sus funciones hermenéuticas como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y máxima guardiana de la Carta⁴³, la Corte ha considerado que en casos de carencia actual de objeto por hecho superado o situación sobreviniente, el tribunal “podrá emitir un pronunciamiento de fondo cuando lo considere necesario para, entre otros: a) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) corregir las decisiones judiciales de instancia; o d) avanzar en la comprensión de un derecho fundamental.”⁴⁴

A. EN EL CASO BAJO REVISIÓN EXISTE CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR SITUACIÓN SOBREVINIENTE EN RELACIÓN CON LOS CONTROLES PRENATALES SOLICITADOS

1. En el asunto en cuestión, la accionante acudió al amparo constitucional el 22 de diciembre de 2020, esto es, 10 días después de tener la confirmación de su estado de embarazo. A pesar de que mediante auto del 30 de abril de 2021 el despacho sustanciador requirió a la actora para que suministrara más información sobre su situación migratoria, familiar y económica esta solo vino a dar respuesta el 29 de septiembre de 2021, luego de múltiples intentos por parte del despacho sustanciador para ubicarla. Teniendo en cuenta que para la fecha en que finalmente se obtuvo su respuesta ya habían transcurrido más de 9 meses desde que la actora tuvo noticia de su embarazo, y que esta señaló en la contestación al requerimiento que su hogar estaba conformado por su pareja y su hija de dos meses de nacida, es posible colegir que, a la fecha, la accionante perdió su interés en la pretensión de que se practiquen controles prenatales.

1. En tales circunstancias, es claro que ha perdido relevancia la pretensión de la accionante en cuanto a que por vía de tutela se ordenara la atención prenatal correspondiente, ya que el nacimiento de su hija configura una situación sobreviniente que hace decaer la urgencia y vigencia de dicho reclamo. Por consiguiente, se revocará la decisión adoptada por la juez de instancia que negó el amparo, y en su lugar declarará la carencia actual de objeto respecto a los controles prenatales. Sin embargo, para la Sala es evidente que la sentencia de tutela de única instancia no solo se basó en una apreciación incorrecta de los hechos que dieron origen a la instauración del amparo, sino que también hizo caso omiso sobre la jurisprudencia constitucional en materia de protección del derecho a la salud de mujeres migrantes menores de edad en situación irregular, lo cual llevó a que la aquí accionante quedara desprotegida pese a que su situación ameritaba la adopción de remedios por parte del juez constitucional.

1. En consecuencia, con las finalidades de corregir la providencia revisada y llamar la atención sobre su falta de conformidad con la jurisprudencia constitucional pertinente, la Sala se pronunciará de fondo respecto del presente caso, en los términos que a continuación se precisan.

A. DERECHO A LA SALUD Y ATENCIÓN PRENATAL DE MUJERES MIGRANTES MENORES DE EDAD EN ESTADO DE GESTACIÓN EN SITUACIÓN IRREGULAR. Reiteración de jurisprudencia

1. El artículo 49 de la Constitución consagra en cabeza de toda persona el derecho a la salud. Aunque dicha norma se ubica en el capítulo de la Carta sobre derechos sociales, económicos y culturales, esta corporación, en sentencia T-760 de 2008 determinó que se trata de una garantía fundamental, y así lo reconoció posteriormente la Ley Estatutaria 1751 de 2015 en su artículo 2°. Este último también regula el contenido del mencionado derecho, indicando que “[c]omprende 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, el reconocimiento de la naturaleza fundamental del derecho a la salud de los niños, niñas y

adolescentes también encuentra sustento en el artículo 44 superior, que así lo dispone expresamente.

1. Por otra parte, el artículo 11 de la citada Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece que los niños, niñas y adolescentes, así como las mujeres en estado de gestación, entre otros, gozan de especial protección estatal en esta materia, y, por lo tanto, su atención en salud no puede ser objeto de restricciones administrativas o económicas. Y para el caso específico de mujeres en embarazo, dicha norma dispone que “se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.”.

1. Ahora bien, en lo que interesa para el asunto en cuestión, cabe anotar que en diversos pronunciamientos esta corporación se ha referido a la protección del derecho fundamental a la salud de la población migrante en situación de permanencia irregular el territorio nacional, específicamente respecto de la atención médica prenatal a mujeres migrantes en estado de gestación. A continuación, se reseñan algunos de los pronunciamientos más relevantes.

1. En sentencia SU-677 de 2017, la Corte revisó un proceso de tutela promovido en favor de una extranjera a quien un hospital público negó la prestación de controles prenatales y asistencia del parto en forma gratuita, debido a su situación de permanencia irregular en el país. Aunque reconoció la importancia de los requisitos para el ingreso al territorio y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la corporación recordó que el principio de solidaridad -artículo 1º de la Carta- es un pilar fundamental de la Constitución y del Estado Social de Derecho, por cuya virtud el Estado tiene la obligación de garantizar “en la medida de lo posible unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, de tal forma que debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad”.

1. A partir de lo anterior, señaló este tribunal que, si bien está prevista la atención médica de urgencias para la población migrante en situación irregular y, el embarazo no ha sido catalogado como una urgencia, “la accionante sí requería una atención urgente, pues su salud se encontraba en un alto riesgo por las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan del hecho de estar embarazada y por encontrarse en medio de un proceso de migración masiva irregular”. En consecuencia, concluyó que el hospital accionado había vulnerado los derechos de la gestante a la vida digna y a la integridad física.

1. En sentencia T-074 de 2019, una sala de revisión estudió un caso similar, en el que un hospital y una secretaría de salud negaron la atención médica prenatal a una mujer extranjera en embarazo, debido a que se encontraba en situación irregular de permanencia en territorio colombiano y a que el servicio requerido no se catalogaba como una urgencia. La Corte reafirmó que, en principio, los extranjeros que busquen recibir atención médica integral en Colombia deben cumplir las normas de afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, ya que la atención para población migrante no afiliada se contrae a urgencias médicas. No obstante, advirtió que “el concepto de urgencias puede llegar a incluir, en casos extraordinarios, procedimientos o intervenciones médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente”.

1. Por su parte, en sentencia T-298 de 2019, también referido a la negativa de unas entidades de salud a brindar atención médica prenatal a una mujer extranjera gestante debido a su situación de permanencia irregular en el país, se recalcó que “resulta razonable que en algunos casos, la atención urgente pueda llegar a incluir: (i) el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida y, (ii) la prestación de servicios asistenciales específicos relacionados con el embarazo de las mujeres lo cual puede

comprender controles prenatales y la asistencia misma del parto”. Esto, claro está, sin perjuicio y sin dejar de lado la obligación que tienen los extranjeros de regularizar su permanencia en Colombia (artículo 2.2.1.11.2.1. del Decreto 1067 de 2015)⁴⁶.

1. Finalmente, aunque no se refiera a la atención prenatal de mujeres migrantes, la Sala encuentra pertinente traer a colación lo dispuesto en la sentencia T-390 de 2020, en la que se examinaron cinco acciones de tutela que buscaban la protección del derecho a la salud de menores de edad extranjeros, como también lo es la aquí accionante. En dicha ocasión, la Corte sintetizó las reglas jurisprudenciales en materia de atención en salud a extranjeros en situación de permanencia irregular en el país, destacando que la falta de diligencia o cuidado de los representantes legales de los niños, niñas y/o adolescentes en el cumplimiento de su obligación de regularizar su situación migratoria y gestionar su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud no puede repercutir en los derechos fundamentales de estos últimos:

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

“No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha reconocido que existen situaciones ‘límite’ y ‘excepcionales’ que han permitido avanzar en una línea de protección que admita una cobertura médica que sobrepase la atención de urgencias para el caso de los extranjeros en situación de irregularidad que padecen de enfermedades graves. Esto, conforme fue expuesto previamente, tiene especial trascendencia en el caso de los NNA extranjeros no legalizados que se ven disminuidos en su salud física y mental comoquiera que, en esos eventos, no es deber de los menores asumir una carga pública que, por razones de su edad y

su condición de vulnerabilidad derivada de su afección, le es atribuible a sus representantes legales, sin que la falta de diligencia de estos últimos, en lo que se refiere a la legalización de su estado migratorio, pueda proyectarse negativamente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de sus hijos” 47.

1. Para esta Sala de Revisión, la especial protección que merecen los niños, niñas y adolescentes -independientemente de su nacionalidad-, proviene, entre otros, de lo dispuesto en los artículos 44 de la Constitución y 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁸, que consagran el principio de interés superior del menor como una consideración primordial que “está llamad[a] a regir toda la acción del Estado y de la sociedad, de manera que tanto las autoridades públicas como los particulares, en el ejercicio de sus competencias y en el cumplimiento de las acciones relacionadas con asuntos de menores, deben proceder conforme a dicho principio, haciendo prevalecer en todo caso el deber de asistencia y protección a la población infantil, en procura de garantizar su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, así como sus condiciones de libertad y dignidad”⁴⁹ (énfasis añadido). En línea con lo anterior, el artículo 19 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁵⁰ consagra el derecho de todo niño a recibir protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Asimismo, cabe señalar que el artículo 50 de la Constitución dispone que los niños menores de un año desprovistos de algún tipo de protección o de seguridad social, tienen derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciben aportes del Estado.

1. Como se puede advertir, sin desconocer la importancia de las obligaciones legales de los extranjeros relacionadas con la regularización de su situación migratoria en el territorio nacional y su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el respeto por los principios constitucionales de solidaridad y dignidad humana ha llevado a esta corporación a proteger, en casos excepcionales, las garantías fundamentales de extranjeros cuya permanencia en el país es irregular, pero que a su vez se encuentran en una situación de vulnerabilidad, como ocurre con las mujeres gestantes. Frente a este grupo, la Corte ha entendido que la atención urgente que por razones humanitarias les brinda el Estado

colombiano puede incluir servicios asistenciales específicos, lo cual puede comprender controles prenatales y asistencia del parto.

1. En suma, el respeto por los principios constitucionales de solidaridad, dignidad humana, interés superior y protección especial de los menores de edad, y en razón a la prevalencia de los derechos fundamentales de estos, impide a las instituciones prestadoras de servicios de salud negar la atención médica prenatal requerida por una menor de edad en estado de gestación debido a su situación de permanencia irregular en territorio nacional. El no suministro oportuno de dicha atención, además de contravenir los mencionados principios superiores, vulnera los derechos fundamentales de la menor de edad a la salud y a la vida en condiciones dignas, y justifica la intervención del juez constitucional para su efectivo restablecimiento.

A. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO – EL HOSPITAL SAN FRANCISCO DE FORTUL VULNERÓ EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LA MENOR MARÍA

1. En su demanda de tutela, la accionante indicó que acudió tanto al Hospital del Sarare como al Hospital San Francisco de Fortul para solicitar la atención prenatal que requería, pero que en ambas instituciones le negaron el servicio. La primera entidad demostró que no existían en sus bases de datos registros de que la actora hubiese solicitado atención médica en dicha institución, mientras que la segunda no contestó la tutela, ni dio respuesta al requerimiento de esta Sala de Revisión⁵¹. Por consiguiente, contrario a lo considerado por la juez de instancia, el silencio del Hospital San Francisco de Fortul obligaba a dar aplicación a la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, y, en consecuencia, a tener por cierto que la accionante efectivamente solicitó a dicha entidad la prestación del servicio de atención prenatal, y que este le fue negado debido a su condición migratoria irregular.

1. A la luz de las consideraciones expuestas -supra Sección II-F-, no le era dable al Hospital San Francisco de Fortul negarle a María la atención prenatal por el hecho de ser extranjera en situación irregular. El mencionado centro asistencial debió tener en cuenta que la accionante era una persona destinataria de especial protección constitucional, no solo por tratarse de una adolescente, sino por su estado de embarazo. Según lo expuesto por esta, el Hospital fundamentó su negativa en las exigencias legales sobre permanencia en el país y afiliación al régimen de seguridad social; no obstante, dada la particular situación de la solicitante del servicio -adolescente en estado de embarazo-, los principios constitucionales de solidaridad y de interés superior del menor obligaban al mencionado Hospital a prestar la atención en salud requerida por esta.

1. Por otra parte, se instará a la accionante para que, en caso de que aún no lo haya hecho, inicie los trámites para regularizar su permanencia en territorio colombiano y su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Para tal efecto, atendiendo que no se cuenta con información sobre sus acudientes, se dispondrá remitir copia de la presente decisión con destino al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a fin de que dicha entidad, si lo considera procedente, preste a la accionante el acompañamiento para la realización de dichos trámites.

1. Por último, llama la atención la Sala a que la accionante también solicitó que se ordenara al Hospital San Francisco de Fortul que, una vez naciera su hijo/a, procediera a afiliarlo/a al Sistema General de Seguridad Social en Salud, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento por parte de la juez de instancia. Para la Sala no es dable acceder a esta pretensión puesto que no hay ninguna evidencia sobre la negativa de dicha afiliación. Al momento de la instauración del amparo, la accionante se encontraba en estado de gestación, lo que implica que la afiliación de su hija al Sistema General de Seguridad Social constituía un hecho futuro e incierto.

1. En este mismo sentido, durante el trámite de revisión el despacho sustanciador desplegó una actividad probatoria dirigida a que la accionante aportara mayores elementos acerca de su situación migratoria, familiar y de salud -supra nota al pie 12-. No obstante, pese a que se le ofició a la dirección de correo electrónico suministrada en la demanda, la actora no dio respuesta de manera oportuna, y solo vino a hacerlo meses después luego de que el despacho sustanciador lograra ubicarla. En su comunicación, la accionante indicó que su hija ya había nacido y que “no [ha] podido iniciar el control de desarrollo de [su] hija” (ver supra, numeral 31). En consecuencia, es dado concluir que (i) de nacimiento de la hija menor de la accionante no se colige, directamente, que carezca de atención médica; y (ii) resulta imposible determinar de manera fundada si la no iniciación del control médico sobre el desarrollo de la menor se debe a que la actora no ha solicitado tal atención ante las instituciones prestadoras de salud, o si, habiendo sido solicitada, estas se la han negado. Es de resaltar que esta conclusión, no constituye una cosa juzgada respecto de la atención en salud de la hija menor de la accionante, ya que sólo se limita a identificar un vacío probatorio en el presente caso, el cual le impide a la Sala de Revisión evidenciar con total claridad una vulneración del derecho fundamental a la salud de la hija menor de edad de la tutelante.

1. Por último, se destaca que la actora tampoco suministró ninguna información que lleve a la Sala a dar por acreditado que efectivamente haya iniciado ante las entidades competentes el trámite para la afiliación de su hija al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que esta petición se le haya resuelto desfavorablemente. Sin embargo, en caso de que aún no hubiese sido afiliada la menor, se instará a la accionante para iniciar los trámites de afiliación de su hija menor de edad, y en el mismo sentido remitir copia de la presente decisión al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que, en el marco de sus competencias, preste acompañamiento a la accionante para la realización del trámite.

A. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. La Sala Tercera de Revisión examinó una acción de tutela promovida por una adolescente

extranjera en estado de embarazo, a quien un hospital negó la atención médica prenatal que requería debido a su condición de permanencia irregular en el país. Tras verificar que la demanda cumplía con los presupuestos generales de procedencia, la Sala determinó que en el presente caso se configuraba carencia actual de objeto por situación sobreviniente como consecuencia del nacimiento de la hija de la accionante. No obstante, se consideró pertinente emitir un pronunciamiento de fondo sobre los hechos puestos en conocimiento, dada la flagrante vulneración de derechos de la accionante.

1. Para tal efecto, la Sala reiteró la jurisprudencia constitucional sobre la prestación de servicios médicos de salud a las mujeres migrantes menores de edad en situación irregular en estado de gestación. Así, señaló que dando aplicación a los principios constitucionales de solidaridad, dignidad humana, interés superior y protección especial de los menores de edad, y en razón a la prevalencia de los derechos fundamentales de estos, no es dado a las instituciones prestadoras de servicios de salud negar la atención médica prenatal requerida por una menor de edad en estado de gestación debido a su situación de permanencia irregular en territorio nacional. El no suministro oportuno de dicha atención, además de contravenir los mencionados principios superiores, vulnera los derechos fundamentales de la menor de edad a la salud y a la vida en condiciones dignas, y justifica la intervención del juez constitucional para su efectivo restablecimiento.

1. Con fundamento en lo anterior, concluyó que el hospital accionado vulneró el derecho fundamental a la salud de la actora, toda vez que, sin desconocer las obligaciones legales de los extranjeros relacionadas con la regularización de su situación migratoria en el territorio nacional y su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, al tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, los principios de solidaridad e interés superior del menor obligaban a brindarle la atención médica que requería su condición de embarazo, pese a su situación migratoria irregular.

1. En consecuencia, la Sala procederá a levantar la suspensión de términos, revocar la

sentencia de tutela proferida el 28 de diciembre de 2020 por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena Arauca, y en su lugar declarar la carencia actual de objeto por las razones expuestas en esta providencia. Asimismo, conminará (i) al hospital accionado para que en adelante determine si la persona extranjera en situación irregular que solicita el servicio médico es un sujeto de especial protección constitucional para efectos de establecer si procede o no prestarle atención médica específica; y (ii) a la autoridad de salud la entidad territorial para que instruya a los prestadores de salud bajo su jurisdicción sobre las reglas fijadas por la Corte Constitucional en materia de atención médica a la población migrante en situación irregular de permanencia en territorio colombiano. Por último, debido a que no se logró probar en este caso, la situación de atención en salud de la hija menor de edad de la accionante, la Sala de Revisión (iii) instará a la accionante para que, con el acompañamiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, inicie los trámites para regularizar su permanencia en territorio colombiano y la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en caso de que aún no lo haya hecho.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos respecto del presente asunto, ordenada por auto del 19 de julio de 2021.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de tutela del 28 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, Arauca, y en su lugar, DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO de la acción de tutela promovida por María, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Tercero.- CONMINAR al Hospital San Francisco de Fortul para que en adelante, previo a negar la prestación de un servicio de salud a una persona extranjera en situación de permanencia

irregular en el país, evalúe si se trata de un sujeto de especial protección constitucional para determinar si hay lugar o no brindarle la atención médica que requiere a efecto de preservar sus garantías fundamentales.

Cuarto.- CONMINAR a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca para que instruya a los prestadores de salud bajo su jurisdicción sobre las reglas fijadas por la Corte Constitucional en materia de atención médica a la población migrante en situación irregular de permanencia en territorio colombiano.

Quinto.- INSTAR a María para que, en caso de que aún no lo haya hecho, inicie los trámites para regularizar su permanencia en territorio colombiano, así como su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y la de su hija menor de edad. Para tal efecto, REMITIR copia de esta providencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que se entere de la situación de la accionante y, en el marco de sus competencias, le preste el acompañamiento necesario en la realización de dichos trámites.

Sexto.- LIBRAR, por Secretaría General, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

2 Al presentar la demanda el 22 de diciembre de 2020, manifestó tener 16 años.

3 Contestación suscrita por Sandra Milena Martínez Archila, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la UAES de Arauca.

4 Contestación suscrita por Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, jefe de la Oficina Jurídica del ADRES.

5 “Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre de 2018”. EL artículo 140 de esta Ley establece que “[e]l Gobierno nacional en atención a la emergencia social que se viene presentando en la frontera con Venezuela, diseñará una política integral de atención humanitaria y asignará los recursos en la vigencia fiscal a través de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres.”

6 “Por el cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos”.

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

8 “Por el [sic] cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022 – Pacto por Colombia, pacto por la equidad”

9 Citó la Constitución Política, arts. 48, 49 y 100; la Ley 100 de 1993, arts. 156 y 168; La Ley 715 de 2001, art. 67; la Ley 1122 de 2007, art. 20; la Ley 1438 de 2011, art. 32; la Ley 1751 de 2015, art. 10; el Decreto 780 de 2016, arts. 2.1.3.2. y 2.1.3.4.; y la Declaración del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas con respecto a los Refugiados y los Migrantes

10 Ley 100 de 1993, Ley 1122 de 2007, Ley 1438 de 2011, Ley 1751 de 2015, Decreto 780 de 2016 y Corte Constitucional, sentencia T-210 de 2018.

11 El auto del 26 de marzo de 2021 proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y el magistrado Alberto Rojas

Ríos, se encuentra disponible en:
<https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/autos/AUTO%20SALA%20DE%20SELECCION%2026%20DE%20MARZO%20DE%202021%20NOTIFICADO%2016%20DE%20ABRIL%20DE%202021.pdf>

12 Se ofició a la accionante para que complementara la información suministrada en la tutela y contestara lo siguiente: “(...) (a) Cuál es su situación migratoria. Para el efecto, responda: ¿si tiene Permiso Especial de Permanencia – PEP expedido por Migración Colombia, o cualquier otro documento expedido por Migración Colombia (Salvoconducto, PIP, ¿etc.)? (b) ¿Cuál es su situación económica y la de sus acudientes o grupo familiar? ¿A qué actividad se dedican, y cuáles son sus ingresos? (c) ¿Cómo se conforma su núcleo familiar? ¿Cuenta, dentro del territorio colombiano, con algún acudiente mayor de edad (padre, madre, tío, tía, abuelo o abuela, entre otros)? (d) ¿Realizó la encuesta Sisbén? ¿Cuál fue el puntaje obtenido? (e) Sobre su estado de gestación, indique: (i) ¿Cuál es el estado actual?; (ii) ¿Qué atención médica está recibiendo?”

13 Se le solicitó a Hospital de Sarare y al Hospital de San Francisco de Fortul que informaran sobre:

“(...) (a) La atención médica efectivamente presentada a María; (b) La respuesta de los referidos Hospitales frente a la atención médica solicitada (controles prenatales)”.

14 Se ofició al Ministerio de Relaciones exteriores para que informara sobre lo siguiente: “(...) (a) ¿Cuál es el estado actual migratorio de la menor de edad María? (b) En caso de que el Ministerio de Relaciones Exteriores carezca de registros: ¿Qué opciones para regularizar la situación migratoria tiene la menor María? Lo anterior, teniendo en cuenta que: (i) ingresó a Colombia por el paso informal Puerto Contreras en 2018; (ii) al parecer no cumple con los requisitos del artículo 1° de la Resolución 5797 de 2017 (“Haber ingresado al territorio nacional por Puesto de Control Migratorio habilitado con pasaporte”⁵) y cuál es el requisito, a su vez, de la extensión del PEP conferida mediante la Resolución 2502 de 2020. (c) ¿Cuál es el tratamiento para los ciudadanos venezolanos menores de edad que no tienen pasaporte? (d) Cuando los menores venezolanos ingresan al país sin acudiente ¿cómo funciona la colaboración administrativa entre el ICBF y Migración Colombia, qué rutas de atención existen, y qué servicios y/o ayudas se brindan a los menores?”.

15 Expediente digital. Respuesta allegada por la Cancillería de Colombia a través de correo electrónico.

16 Al efecto, el Hospital del Sarare allegó certificación TRD313.13.60 emitida el 25 de mayo de 2021 por Juan Pablo Prieto Velandia, auxiliar administrativo del Servicio de Información y Atención al Usuario de dicha entidad, indicando que la accionante “NO cuenta con registros de ingresos o solicitud de servicios en la institución”.

17 Corte Constitucional, sentencias T-022 de 2017, T-533 de 2016, T-030 de 2015, T-097 de 2014, T-177 de 2011, C-543 de 1992.

18 Corte Constitucional, sentencias T-250 de 2017, T-406 de 2017, T-421 de 2017, T-020 de 2016, entre otras. Por ejemplo, en sentencia T-020 de 2016 la corte manifestó “Desde sus inicios esta Corte ha sido enfática en señalar que, la acción de tutela tiene como una de sus características esenciales la del ejercicio informal, es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano”.

19 Sobre la legitimación de los niños, niñas y adolescentes para presentar demandas de tutela, ver: Corte Constitucional, sentencias T-459 de 1992, T-182 de 1999, T-895 de 2011 y T-470 de 2015. En un mismo sentido, el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 estableció que: “[e]n caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente”.

20 En la sentencia SU-677 de 2017 reiterada en la T-298 de 2019, la Corte señaló que “cualquier individuo vulnerado o amenazado en sus derechos se encuentra legitimado para presentar acción de tutela, en la medida que todas las personas, tanto nacionales como extranjeras, son titulares de derechos fundamentales”.

21 De conformidad con el Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley”.

22 Artículo 2 del Decreto 1846 de 1994.

23 <http://hospitaldelsarare.gov.co/>.

24 <https://esemorenoyclavijo.gov.co/organigrama/>

25 Decreto Departamental 333 del 18 de julio de 2005. En: https://unidad-administrativa-especial-de-salud-de-arauca.micolombiadigital.gov.co/sites/unidad-administrativa-especial-de-salud-de-arauca/content/files/000043/2105_decreto-no-333-de-2005-por-medio-del-cual-se-crea-la-uaesa.pdf

26 Ibidem.

27 Ley 1955 de 2019, artículo 236: “Con el propósito de lograr la cobertura universal del aseguramiento, cuando una persona requiera la prestación de servicios de salud y no esté afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, la entidad territorial competente, en coordinación con las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y con las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) públicas o privadas afiliarán a estas personas al régimen de salud que corresponda, teniendo en cuenta su capacidad de pago; lo anterior de conformidad con los lineamientos que para el efecto se expidan. // Los gastos de salud que se deriven de la atención a población pobre que no haya surtido el proceso de afiliación definido en el presente artículo, serán asumidos por las entidades territoriales” (énfasis añadido).

28 Ley 1753 de 2015, artículo 67, literal ‘l’.

29 Desde el año 2016 las leyes aprobatorias de los presupuestos generales de la Nación han permitido financiar, con cargo a la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito -Ecat- del Fondo de Solidaridad y Garantía -recursos hoy administrados por Adres según el art. 67 de la Ley 1753 de 2015-, las atenciones iniciales de urgencia prestadas en territorio colombiano a nacionales de países fronterizos. Al respecto, ver: Ley 1815 de 2016, artículo 57; Ley 1873 de 2017, artículo 51; Ley 1940 de 2018, artículo 50; Ley 2008 de 2019, artículo 45; Ley 2063 de 2020, artículo 45; y Ley 2159 de 2022, artículo 44. En este mismo sentido ver Decreto 866 de 2017 y Resolución 1897 del 24 de noviembre de 2021 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

30 Creada por la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014 – 2018 ‘Todos por un nuevo país’, artículo 66.

31 En las sentencias T-452 de 2019 y T-565 de 2019, la Corte Constitucional consideró que existía legitimación por pasiva de la Adres en demandas de tutela formuladas por personas migrantes en situación irregular, procurando la protección de su derecho fundamental a la salud.

32 Corte Constitucional, sentencia C-543 de 1992.

33 Corte Constitucional, sentencia T-040 de 2016.

34 Corte Constitucional, sentencias T-225 de 1993, SU-124 de 2018, entre otras.

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

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

37 “Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones”.

38 Corte Constitucional, sentencia T-603 de 2015. En similar sentido, sentencias T-171 de 2018, T-117 de 2019, T-224 de 2020,

39 En reciente pronunciamiento -sentencia T-127 de 2022-, esta Sala de Revisión reiteró las consideraciones de la sentencia SU-508 de 2020 en torno a la ineficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia de Salud para la protección del derecho fundamental a la salud.

40 Corte Constitucional, sentencias T-486 de 2011, T-703 de 2012, SU-522 de 2019, entre otras.

41 Corte Constitucional, sentencia T-298 de 2019.

42 Corte Constitucional, sentencias T-486 de 2011, T-703 de 2012, SU-522 de 2019, entre

otras.

43 La selección y revisión de acciones de amparo responde a “una atribución libre y discrecional de la Corporación para revisar los fallos de tutela que sean remitidos por los diferentes despachos judiciales, con el fin de unificar la jurisprudencia sobre la materia y de sentar bases sólidas sobre las que los demás administradores de justicia se puedan inspirar al momento de pronunciarse acerca de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico colombiano”. Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996.

44 Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019. En similar sentido, sentencias SU-420 de 2019, SU-111 de 2020, T-124 de 2021 y T-137 de 2021.

45 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”.

47 Corte Constitucional, sentencias T-021 de 2019, T-390 de 2020, T-415 de 2021

48 Aprobada mediante Ley 12 de 1991. El artículo 3° de dicho instrumento señala: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

49 Corte Constitucional, sentencia C-796 de 2004, reiterada en sentencia C-149 de 2009.

50 Aprobada mediante Ley 16 de 1972.

51 Oficio N. OPTB-996/21 del 20 de mayo de 2021 enviado a las direcciones de correo electrónico que reposan en el expediente.