

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

(...) la Corte Constitucional ha ampliado progresivamente el ámbito de protección del derecho a la salud de los menores de edad que no cuentan con estatus migratorio regularizado, pues inició con la regla general de atención de urgencias aplicada indistintamente a personas adultas y menores de edad; sin embargo, actualmente existe una posición más garantista, en el sentido de reconocer la obligación del Estado de prestarles los servicios de salud que sean necesarios en consideración a que: (i) son personas de especial protección de conformidad con lo establecido en el artículo 44 superior; (ii) se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad por su estado de salud y su estatus migratorio y (iii) es desproporcionado trasladarles la responsabilidad de sus padres de hacer los trámites necesarios para regularizar su situación migratoria en el país.

LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MENOR-Cualquier persona está legitimada para solicitar amparo constitucional de sus derechos fundamentales/LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-No establece diferencia entre persona nacional o extranjera

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE ESPECIAL
PROTECCION CONSTITUCIONAL-Reiteración de jurisprudencia

(...) el mandato constitucional y los instrumentos internacionales exigen en materia de salud que el Sistema General de Seguridad Social y en particular las EPS, asuman un nivel mayor de protección con los niños y niñas, para asegurarles la prestación del servicio en términos de prontitud, eficacia y eficiencia; asimismo, este mandato resulta reforzado cuando las acciones de atención en salud están dirigidas a la prevención o la atención de dolencias que involucren una situación de discapacidad (...)

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

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-Obligaciones mínimas del Estado colombiano

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS DE PADRES MIGRANTES EN

SITUACION IRREGULAR

(...) el Estado tiene la obligación de prestar los servicios de salud a los menores de edad con el fin de garantizarles tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, que incluye a los niños, niñas y adolescentes migrantes, a pesar de que no estén afiliados al Sistema General de Seguridad Social (...) la negligencia de sus padres al no realizar los trámites necesarios para regularizar su situación migratoria no puede traer como consecuencia la negativa de los servicios que los menores de edad necesiten.

Referencia: Expediente T-8.706.315.

Acción de tutela presentada por Sara en representación de su hijo, Alirio, contra la Secretaría de Salud del Valle del Cauca, la Secretaría de Salud de Santiago de Cali, el Hospital Carlos Carmona Montoya, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

Magistrado ponente:

HERNÁN CORREA CARDOZO.

Bogotá D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y los Magistrados José Fernando Reyes Cuartas y Hernán Correa Cardozo (e), quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Aclaración previa

Con fundamento en el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional) y la Circular Interna No. 10 de 2022, en la presente providencia se omitirán los nombres de la accionante y de su hijo y cualquier otro dato que permita su identificación.

Por lo anterior, la Sala Sexta de Revisión emitirá dos copias del mismo fallo, con la diferencia de que en aquella que publique la Corte Constitucional se utilizarán nombres ficticios. Por lo anterior, la accionante y su hijo serán identificados como “Sara” y “Alirio”.

I. ANTECEDENTES

A. Hechos y pretensiones

1. La señora Sara indicó que el 1º de julio de 2021 ingresó a una clínica de maternidad en Venezuela, por presentar amenaza de aborto con desprendimiento de la placenta. El 7 de julio siguiente dio a luz a su hijo, Alirio, quien nació con asfixia perinatal debido a que su madre no tuvo acceso a un embarazo controlado².

1. El menor de edad estuvo hospitalizado durante 40 días, de los cuales 30 tuvo que recibir oxígeno. Posteriormente, fue remitido a una consulta oftalmológica en la que le detectaron desprendimiento traccional de retina en ambos ojos, le aplicaron láser para evitar el desprendimiento y le dieron a la accionante una orden para una cirugía de vitrectomía, la cual tiene un valor de diez mil dólares (USD 10.000), en Venezuela.

1. En consideración a que la peticionaria no contaba con los recursos para pagar la cirugía en dicho país, el 27 de noviembre de 2021 la señora Sara llegó a Colombia con su hijo. La accionante afirmó que acudieron, en la ciudad de Cali, al Hospital Carlos Carmona Montoya en diferentes oportunidades, donde le dijeron que no podían realizar la cirugía solicitada a su hijo porque no tenían convenio para atender población extranjera.

1. Por lo anterior, pagó una consulta particular en el Instituto de Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca. Allí le ordenaron realizarle a su hijo una ecografía ocular y diez sesiones de terapia visual de baja visión. Sin embargo, no ha podido realizar ninguno de los

procedimientos mencionados debido a que no puede pagarlos.

1. La accionante afirmó que desde el primer diagnóstico le informaron que, si no se realizaba la cirugía, su hijo podía perder la vista de forma definitiva. Por ese motivo, el 8 de febrero de 2022, interpuso acción de tutela en representación de su hijo para que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la integridad física. Particularmente, solicitó como medida preventiva y pretensión principal que se ordene al Hospital Carlos Carmona Montoya que realice la cirugía de vitrectomía y brinde los tratamientos necesarios relacionados con la misma.

1. De manera accesorio, la peticionaria solicitó que se ordene a la Secretaría de Salud del Valle del Cauca que realice el acompañamiento que resulte necesario para adelantar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social. Asimismo, pidió que se ordene a Migración Colombia expedir el salvoconducto SC2 a ella y a su hijo, para que puedan afiliarse al Sistema General de Seguridad Social.

B. Actuaciones en sede de tutela

El 8 de febrero de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali admitió la acción de tutela³, negó la medida provisional y otorgó un término para que las autoridades accionadas se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones.

Respuestas de las entidades demandadas

Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca

La Secretaría indicó que el servicio solicitado por la peticionaria no ha sido considerado como una urgencia por ninguno de los médicos que ha tratado al niño. En ese sentido, se trata de un servicio de consulta externa electivo. Precisó que, al tratarse de un servicio ambulatorio que no tiene el carácter de urgencia, lo correspondiente es que la accionante y su hijo se afilien al Sistema General de Seguridad Social de conformidad con lo establecido en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, el artículo 67 de la Ley 715 de 2001 y la Ley 1751 de

2015.

Adicionalmente, indicó que el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 “Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022”, derogó el artículo 43.2.2. de la Ley 715 de 2001, lo que implica que desapareció la financiación con recursos asignados por concepto de participaciones, destinados a la prestación de los servicios de salud a la población pobre no asegurada o los llamados “vinculados”. Por lo anterior, a partir de la entrada en vigor de dicha ley, es decir 1º de enero de 2020, las entidades territoriales departamentales no asignan presupuesto ni celebran contratos interadministrativos con los hospitales de la red pública o privada para dicha prestación. Finalmente, indicó que no se evidencia que se haya negado la prestación de algún servicio de urgencia por lo que pidió su desvinculación del presente proceso de tutela.

Hospital Carlos Carmona Montoya – Red de Salud del Suroriente E.S.E

El Gerente de la Red de Salud del Suroriente E.S.E respondió de manera genérica que el Hospital Carlos Carmona Montoya no tiene ningún registro en el que haya negado la atención en salud a la señora Sara. No se pronunció de manera particular sobre la negativa de prestar los servicios al menor de edad Alirio⁴.

C. Decisión objeto de revisión

Fallo de tutela de única instancia

Mediante sentencia del 18 de febrero de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali tuteló el derecho a la “legalización migratoria de los niños”⁵. En consecuencia, ordenó a Migración Colombia realizar los trámites necesarios para regularizar la situación migratoria del menor de edad Alirio en la misma cita de su madre, la cual tendría lugar el 10 de marzo de 2022.

El juez de tutela no se pronunció sobre el derecho a la salud en la parte resolutive. No obstante, en la parte considerativa del fallo precisó que, a pesar de que la accionante afirma que la atención que solicita se trata de una urgencia, ninguna de las entidades médicas a las que acudió en Colombia consideró que se tratara de un servicio urgente por tratarse de una enfermedad congénita. A pesar de lo anterior, consideró que era necesario priorizar la

regularización del estatus migratorio de Alirio para proceder con su afiliación al Sistema General de Seguridad Social y recibir el servicio integral de salud.

Primer auto de pruebas y vinculación procesal

Por medio de auto del 19 de julio de 2022, el despacho vinculó al Instituto de Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca y le solicitó a dicha entidad y al Hospital Carlos Carmona Montoya, precisar si habían prestado algún servicio de salud adicional al menor de edad Alirio, particularmente la cirugía de vitrectomía. Asimismo, se les pidió informar los efectos en la vida e integridad física del niño de no realizase dicha cirugía. De la misma manera, se requirió a las Secretarías de Salud del Valle del Cauca y de Santiago de Cali que informaran si autorizaron la prestación de algún servicio de salud adicional al niño Alirio a cargo de dichas autoridades.

Igualmente, se ordenó a la Unidad Administrativa Migración Colombia indicar si la señora Sara asistió a la cita programada para el 10 de marzo de 2022 y logró regularizar su estatus migratorio y el de su hijo en la referida cita. En caso negativo, que informara las razones por las que no se pudo llevar a cabo. Asimismo, se pidió a la señora Sara informar si al menor de edad Alirio se le practicó la cirugía de vitrectomía y si había realizado alguna actuación ante Migración Colombia para regularizar su permanencia en el país y la de su hijo.

Finalmente, se solicitó al Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali remitir copia íntegra del expediente de tutela n.º 76001310501520220004300, debido a que en la sentencia de tutela se analiza una respuesta del Ministerio de Salud la cual no fue recibida en el expediente remitido a la Corte Constitucional.

Respuesta de la Gobernación del Valle del Cauca⁶

La Gobernación del Valle del Cauca manifestó que solicitó información relacionada con la historia clínica del niño a diferentes entidades. A partir de lo anterior, recibió respuesta del E.S.E. Hospital Universitario Evaristo García H.U.V y el Centro Regulador de Urgencias y Emergencias en Salud de la Gobernación del Valle del Cauca quienes informaron que la accionante no ha solicitado ningún servicio de salud para su hijo en dichas entidades. Adicionalmente, indicó que ha intentado comunicarse con la señora Sara a su correo electrónico y teléfono celular, pero no ha tenido éxito.

Por otra parte, la Gobernación informó que a través de la Resolución 3343 del 11 de diciembre de 2019, el Ministerio de Salud asignó a Santiago de Cali los recursos para la atención de urgencias de migrantes con base en la sentencia SU-677 de 2017. De conformidad con lo anterior, es competencia del municipio financiar con recursos propios o asignados la prestación de los servicios de urgencias a la población migrante, en especial en los casos de la primera infancia y cumplir con los lineamientos de la Resolución 3343 de 2019. En cumplimiento de lo mencionado, la entidad destacó que el Estado colombiano ha desarrollado una normativa para garantizar la atención en salud de la población extranjera con permanencia irregular, en particular el Decreto 866 de 2017 en el que se establece la disposición de recursos para estos casos. En cuanto a la afiliación, la Gobernación indicó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 064 de 2020, corresponde a Santiago de Cali afiliar de oficio a la accionante y a su hijo en una Entidad Administradora de Planes de Beneficio (EAPB) que opere en el régimen subsidiado del municipio de residencia.

Adicionalmente, resaltó que mediante la Ley 1933 de 2018, se categorizó a Santiago de Cali como distrito especial, deportivo, cultural, turístico, empresarial y de servicios, lo cual le permite tener facultades, instrumentos y recursos para efecto de ser autónomo y de esta manera poder potencializar el desarrollo integral del territorio. En relación con lo anterior, el Ministerio de Salud expidió el Decreto 2459 del 17 de diciembre de 2015, por el cual determinó los requisitos para que los distritos creados con posterioridad a la Ley 715 de 2001, asuman la competencia de la prestación de servicios de salud. De esta manera, una vez el Distrito obtenga la aprobación del Programa Territorial de Reorganización, Rediseño y Modernización de las Empresas Sociales del Estado (ESE) por parte del Ministerio de Salud, este debe asumir la competencia de la prestación de los servicios de salud.

Por último, enfatizó en que, conforme lo establecido en la Sentencia SU-677 de 2017, los extranjeros tienen derecho a recibir un trato igualitario respecto de los nacionales. Sin embargo, también tienen la obligación de cumplir la Constitución y la ley y, en esa medida, deben adoptar las acciones necesarias para regularizar su situación en el país y afiliarse al Sistema General de Seguridad Social.

Con fundamento en todo lo expuesto, solicitó la desvinculación de la Gobernación del Valle del Cauca en la presente acción constitucional, que se condene a la señora Sara a que adelante los trámites necesarios para regularizar su situación en el país y que se ordene a

Santiago de Cali realizar un acompañamiento a la accionante para ese trámite y posteriormente proceder a la afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

Posteriormente, la Gobernación del Valle del Cauca remitió un escrito en el que dio alcance a la respuesta anterior, en la que reiteró lo antes mencionado e informó que actualmente el niño Alirio se encuentra afiliado a la EPS EMSSANAR en calidad de beneficiario en el régimen subsidiado, por lo que los servicios de salud los deberá solicitar a dicha entidad.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social⁸

El Ministerio de Salud indicó que en su momento respondió la acción de tutela presentada por la peticionaria a través del radicado n.º 202211300221431 y que, mediante sentencia del 18 de febrero de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali resolvió tutelar el “Derecho de Legalización Migratoria de los Niños” de Alirio y ordenó a Migración Colombia realizar los trámites administrativos para regularizar su situación en la misma cita que su madre tenía programada el 10 de marzo de 2022.

Adicionalmente, solicitó la aclaración del auto mencionado, pero no precisó el objeto de la aclaración. Únicamente indicó “aclaración del Auto del 19 de julio, con el fin de rendir un informe dentro del término conferido, garantizando de esa manera el debido proceso, el derecho defensa (sic) y contradicción de acuerdo con lo previsto en el Decreto 2591 de 1991”⁹. El Ministerio no se pronunció de forma particular sobre la información solicitada en el auto de pruebas, sino que pidió que se vinculara al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por considerar que tiene un interés legítimo en las órdenes impartidas y resultado de la presente acción constitucional. Sin embargo, no precisó las razones por las que dicha entidad tendría interés en el presente proceso.

Respuesta de la Alcaldía de Santiago de Cali¹⁰

La Alcaldía de Santiago de Cali señaló que la señora Sara y el menor de edad Alirio ya regularizaron su situación migratoria y obtuvieron sus respectivos salvoconductos. Por lo anterior, el menor de edad se afilió a la EPS EMSSANAR, en calidad de beneficiario, en el régimen subsidiado desde el 28 de febrero de 2022. En consecuencia, indicó que quien debía prestar los servicios de salud solicitados era la EPS mencionada. También informó que ha intentado hacer seguimiento a la accionante pero no ha logrado comunicarse al número

telefónico que ella suministró.

Por su parte, la accionante, el Instituto de Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca y Migración Colombia guardaron silencio.

Segundo auto de pruebas y vinculación procesal

Mediante auto del 8 de agosto de 2022, el despacho vinculó al presente trámite a la EPS EMSSANAR. A esta entidad se le solicitó (i) pronunciarse sobre los hechos y las pretensiones planteadas por la señora Sara; (ii) informar si se había prestado algún servicio de salud adicional al menor de edad Alirio y (iii) precisar si de no practicarse la cirugía de vitrectomía podría afectar la vida e integridad del niño por correr el riesgo de perder la vista de forma definitiva. Lo anterior, en consideración a que en sede de revisión se evidenció que actualmente el niño se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud a través de dicha entidad. De ese modo, podría resultar afectada con la decisión y las órdenes que emita la Corte Constitucional en el presente caso.

A través de escrito enviado por correo electrónico y recibido en el despacho el 22 de agosto de 2022¹¹, la EPS EMSSANAR indicó que la señora Sara y su hijo no cumplen con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico colombiano para ser beneficiarios del sistema de salud. Indicó que la revisión de la documentación aportada muestra que la accionante pretende afiliar a Alirio con el documento de identidad de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, afirmó que, en caso de que se afiliara a la accionante y a su hijo al Sistema General de Seguridad Social, dicha afiliación no sería válida y se retiraría del sistema de salud, debido a que se encuentran en situación irregular en Colombia.

Ahora bien, como se indicó en el informe secretarial del 22 de agosto de 2022, el despacho del Magistrado sustanciador ingresó al sistema de Consulta de la Base de Datos Única de Afiliado del Sistema General de Seguridad Social en Salud BDUA-SGSSS¹² en donde se logró verificar que, para esa fecha, la afiliación de Alirio, identificado con el Historial Extranjero n.º 6619260, se encontraba activa en el régimen subsidiado en la EPS EMSSANAR.

Con fundamento en lo anterior, por medio de auto del 22 de agosto de 2022, el magistrado sustanciador suspendió los términos del proceso por diez días hábiles y requirió a la EPS para que indicara: (i) si Alirio, identificado con Historial Extranjero n.º 6619260 y Salvoconducto

n.º 1444037, actualmente se encuentra afiliado a dicha entidad y, en caso afirmativo, si autorizó algún servicio de salud a su favor; (ii) si actualmente no se encuentra afiliado, señalar si en algún momento lo estuvo y cuál fue la causa de su desvinculación, si hubo lugar a ello.

Adicionalmente, se solicitó a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que informara: (i) si el Salvoconducto n.º 1444037 proferido a nombre de Alirio se encuentra vigente y (ii) en caso de que no esté vigente, indicar si se realizó alguna solicitud de prórroga por parte de la señora Sara y, en caso afirmativo, cuál fue la respuesta a dicha solicitud.

Mediante correo recibido el 5 de septiembre de 2022¹³, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia informó que en sus registros se encontró a Alirio con fecha de nacimiento del 7 de julio de 2021 y titular del Historial Extranjero (HE) 6619260. Adicionalmente, indicó que se verificó la solicitud de salvoconducto en condición de refugiado con el número 1444037 con vigencia hasta el 13 de agosto de 2022, sin que se haya solicitado su renovación. Asimismo, aclaró que la renovación de los salvoconductos se concede previa solicitud del interesado y con autorización del Grupo Interno de Determinación de Condición de Refugiados de la Cancillería.

Por su parte, a través de correo electrónico remitido al despacho el 7 de septiembre de 2022¹⁴, la EPS EMSSANAR indicó que, después de revisar sus bases de datos, identificó que efectivamente el niño Alirio se encuentra afiliado en el régimen subsidiado a dicha entidad desde el 28 de febrero de 2022 y actualmente su afiliación se encuentra activa. Asimismo, precisó que el menor de edad no cuenta con encuesta SISBÉN metodología IV, por lo que debe acudir a la oficina de dicha entidad para evitar inconvenientes con el estado de su afiliación. Adicionalmente, indicó que en sus bases solo se registra una única atención accionante el 23 de junio de 2022, por cuenta de la referida EPS en el Hospital Departamental Mario Correa Rengifo por “consulta de control o de seguimiento por especialista en pediatría”.

II. CONSIDERACIONES

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de

tutela proferido dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

1. En el caso objeto de estudio, la accionante presentó solicitud de amparo en representación de su hijo menor de edad, por considerar que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y la integridad física. Lo anterior, debido a que no autorizaron la práctica de la cirugía de vitrectomía, con fundamento en que en ese momento él y su madre se encontraban en Colombia con permanencia irregular. Subsidiariamente, solicitó que se ordene a la Secretaría de Salud del Valle del Cauca que realice el acompañamiento que resulte necesario para adelantar su afiliación al Sistema General de Seguridad Social y Migración Colombia expedir el salvoconducto SC2 a ella y a su hijo, para poder afiliarse a dicho sistema.

1. A partir de los antecedentes expuestos, la Sala deberá resolver, en primer lugar, si la presente acción de tutela cumple los requisitos de procedencia. En caso de superarse este examen, la Sala deberá determinar si las entidades accionadas vulneraron el derecho fundamental a la salud del niño migrante con permanencia irregular en Colombia, al no garantizarle la práctica de la referida cirugía, lo cual constituye el hecho generador de la pretensión principal de la accionante.

1. Por lo anterior, el planteamiento del problema jurídico se centrará en el acceso a la salud de los niños y niñas migrantes en situación irregular desde la prestación del servicio, y no en la afiliación al sistema de salud ni en la obtención del salvoconducto, toda vez que estas pretensiones fueron accesorias, derivadas de la negativa de la realización de la cirugía.

1. Ahora bien, para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará los siguientes asuntos: (i) el examen de los requisitos de procedencia de la tutela en el caso

particular; (ii) el contenido y alcance del derecho a la salud de los niños y niñas (reiteración de jurisprudencia); (iii) reglas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud de los niños migrantes con permanencia irregular en Colombia y (iv) analizará el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa

1. El artículo 86 de la Constitución establece que cualquier persona puede interponer la acción de tutela “por sí misma o por quien actúe en su nombre”, con el fin de reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad o en ciertos casos, por el actuar de un particular. En concreto, el artículo 1015 del Decreto 2591 de 1991 define los titulares de la acción. En particular, consagra que la tutela puede ser interpuesta: (i) directamente por el interesado; (ii) por intermedio de un representante legal, como es el caso de los menores de edad y las personas jurídicas; (iii) mediante apoderado judicial; (iv) un agente oficioso; o (v) a través de la Defensoría del Pueblo o del personero municipal¹⁶.

1. Adicionalmente, es pertinente reiterar que este Tribunal ha reconocido el derecho que tienen los extranjeros para ejercer la acción de tutela. Particularmente, en la Sentencia T-380 de 1998¹⁷, afirmó que el artículo 86 de la Carta Política se refiere al derecho que tiene toda persona a solicitar el amparo constitucional, sin diferenciar si es un nacional o extranjero. Lo anterior fue ratificado en las Sentencias T-269 de 2008¹⁸, T-1088 de 2012¹⁹, la T-314 de 2016²⁰ y la SU-677 de 2017²¹, en las que esta Corporación indicó que el amparo constitucional no está sujeto al vínculo político que exista con el Estado Colombiano, sino que se deriva del hecho de ser persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad, o ciudadanía. Asimismo, tales providencias señalaron que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, 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.

1. En el caso concreto, es claro que quien presenta la acción de tutela está legitimada para solicitar la protección de los derechos de su hijo menor de edad. En este sentido, la solicitud de amparo fue presentada por la señora Sara, como representante legal de su hijo menor de edad, Alirio, con el fin de proteger sus derechos fundamentales a la salud, la integridad física y la vida digna. Asimismo, se aportó su acta de nacimiento que demuestra que la accionante es su progenitora²². Con fundamento en lo anterior, se evidencia que la legitimación por activa de la señora Sara, en calidad de representante legal de su hijo, se encuentra acreditada.

Legitimación en la causa por pasiva

1. La legitimación por pasiva se refiere a la aptitud legal que tiene la persona contra la que se dirige la acción para responder eventualmente por la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados²³. Para esta Corte, “refleja la calidad subjetiva de la parte demandada en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso, la misma, en principio, no se predica del funcionario que comparece o es citado al proceso, sino de la entidad accionada, quien finalmente será la llamada a responder por la vulneración del derecho fundamental, en caso de que haya lugar a ello”²⁴. En este sentido, el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela procede frente a la amenaza o vulneración de derechos fundamentales, cuando su transgresión se presenta como consecuencia de la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares cuando se cumplan las condiciones previstas en la ley. Dicho mandato guarda correspondencia con lo previsto en los artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991.

2. En el presente caso, la peticionaria dirigió el recurso de amparo en contra de la Secretaría de Salud del Valle del Cauca, la Secretaría de Salud de Santiago de Cali, el Hospital Carlos Carmona Montoya, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y el Ministerio de Salud y Protección Social. Además, en sede de revisión, se vinculó a la EPS EMSSANAR.

1. Respecto de las secretarías de salud mencionadas, es pertinente resaltar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 43.2.1 de la Ley 715 de 2001²⁵, las entidades territoriales tienen la competencia de gestionar la prestación de salud a la población pobre no asegurada que resida en su jurisdicción por medio de su red hospitalaria. Adicionalmente, por mandato de la Ley 100 de 1993 y particularmente los artículos 235²⁶ y 236²⁷ de la Ley 1955 de 2019 “Por el Cual se Expide el Plan Nacional De Desarrollo 2018-2022 Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad” vigente desde el 1º de enero de 2020, las entidades territoriales son las encargadas de administrar los recursos financieros del sistema de participaciones en salud y de cubrir el pago de la prestación de servicios de salud a la población pobre no afiliada, como era el caso de la accionante y su hijo para el momento en que se presentó la acción de tutela.

1. En relación con el Ministerio de Salud, conforme al artículo 235 de la Ley 1955 de 2015, dicha entidad es la encargada de diseñar e implementar los sistemas de monitoreo de dichos recursos, para asegurar que se utilicen de forma eficiente y que cumplan con las acciones de salud pública priorizadas. En consecuencia, se acredita la legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría de Salud del Valle del Cauca, la Secretaría de Salud de Santiago de Cali y del Ministerio de Salud.

1. Por otro lado, el Hospital Carlos Carmona Montoya negó la práctica de la cirugía de vitrectomía a pesar de ser una entidad pública, bajo el argumento de que ya no tenía convenio con Santiago de Cali para atender población extranjera. En este sentido, su legitimación en la causa por pasiva se deriva de la posible vulneración de los derechos de Alirio al negar la práctica de la cirugía mencionada.

1. Por su parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Decreto 4062 de 2011, Migración Colombia es la entidad encargada de “[e]xpedir los documentos relacionados con cédulas de extranjería, salvoconductos y prórrogas de permanencia y salida del país, certificado de movimientos migratorios, permiso de ingreso, registro de extranjeros y los

demás trámites y documentos relacionados con migración y extranjería que sean asignados a la entidad, dentro de la política que para tal efecto establezca el Gobierno Nacional”. Ahora bien, la peticionaria afirmó que el hospital le negó la prestación del servicio requerido a su hijo debido a su estatus migratorio irregular, lo que acredita la legitimación por pasiva de Migración Colombia en la medida en que la entidad tiene competencias relacionadas con su estatus migratorio.

1. Respecto de la legitimación por pasiva del ADRES, se considera que en esta oportunidad no se encuentra acreditada. Lo anterior, pues ninguna de sus competencias se relaciona con la prestación de servicios a la población migrante no regularizada, de conformidad con el artículo 3º del Decreto 1429 de 2016²⁸ “Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES – y se dictan otras disposiciones”. Tampoco se asocia con ninguna de las pretensiones de la acción de tutela.

1. Por otra parte, como se indicó anteriormente la EPS EMSSANAR fue vinculada en sede de revisión, debido a que se demostró que el menor de edad se afilió como beneficiario a dicha entidad desde el 28 de febrero de 2022. En consecuencia, es la entidad responsable de prestar los servicios de salud requeridos por la accionante para su hijo. La Sala enfatiza que la vinculación de esta EPS tuvo como propósito garantizar sus derechos de defensa y contradicción. Con base en lo expuesto, el presupuesto de la legitimación por pasiva está acreditado.

1. Por último, el Ministerio de Salud solicitó que se vinculara al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Sin embargo, no argumentó las razones por las que dicha entidad tendría interés en el presente proceso. Al respecto, la Sala no encuentra ninguna razón por la que dicho Ministerio deba ser vinculado al presente caso, en la medida en que el tema objeto de análisis es la prestación de servicios de salud a un niño con permanencia irregular en el país, lo cual no hace parte de las competencias de dicha entidad. Por lo anterior, se desestimaré la

solicitud del Ministerio de Salud.

Inmediatez

1. Esta Corporación ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo, la solicitud de amparo debe formularse en un término razonable desde el momento en el que se produjo la acción u omisión que supuso una vulneración de derechos fundamentales.

1. Respecto de este requisito, se debe precisar que la accionante no indicó la fecha en la que se le negó el servicio de salud a su hijo y tampoco es posible establecerla del expediente. No obstante, del escrito de tutela y de las demás pruebas que obran en el expediente, puede constatarse que el 27 de noviembre de 2021, la accionante y su hijo llegaron a Colombia y desde esa fecha acudió a diferentes entidades para que le realizaran la cirugía de vitrectomía a su hijo. De ese modo, se infiere que la acción de tutela presentada el 8 de febrero de 2022 cumple el criterio del plazo razonable y oportuno, por cuanto se interpuso en un término no superior a los dos meses y doce días desde que la accionante y su hijo ingresaron a Colombia. Por tal razón, el requisito de inmediatez está acreditado.

Subsidiariedad

1. Según lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución Política, el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela procede cuando: “(i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; ii) existiendo un medio de defensa judicial ordinario, este resulta no ser idóneo para la protección de los derechos fundamentales del accionante; o iii) a pesar de que existe otro mecanismo judicial de defensa, la acción de tutela se interpone como mecanismo transitorio para evitar la consumación de un perjuicio irremediable”²⁹.

1. En relación con el presupuesto de subsidiariedad y el derecho a la salud, se debe precisar que el artículo 41 de la Ley 1122 de 200730, otorgó facultades jurisdiccionales y de conciliación a la Superintendencia Nacional de Salud, como órgano de inspección, vigilancia y control, que fueron complementadas con la Ley 1437 de 2011 y modificadas por la Ley 1949 de 2019. En ese sentido, algunas salas de revisión de la Corte Constitucional consideraron que tal mecanismo podría fungir como el medio idóneo para lograr la protección de los derechos alegados por el interesado en un proceso de tutela. Sin embargo, a través de la Sentencia SU-508 de 202031, la Sala Plena unificó la posición de esta Corporación sobre el tema al establecer que:

“Las situaciones normativas y la estructural le permitieron a la Corte Constitucional concluir que la Superintendencia de Salud tiene una capacidad limitada respecto a sus competencias jurisdiccionales. Por ello, mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos”³².

1. De conformidad con lo anterior, la acción de tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para la protección inmediata del derecho a la salud, y en este sentido no se exige acudir a la Superintendencia de Salud como requisito previo para la evaluación de la subsidiariedad. Por otro lado, respecto de la procedencia de la tutela en casos de migrantes venezolanos en situación migratoria irregular que solicitan servicios de salud, en la Sentencia T-452 de 201933, la Corte indicó que “el recurso de amparo es el medio idóneo y eficaz para estudiar y analizar la vulneración de sus derechos fundamentales”.

1. A partir de lo anterior, la Sala considera que en el caso objeto de estudio se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante solicitó que se le realizara la cirugía de vitrectomía a su hijo con el fin de evitar que perdiera la vista, la cual fue negada debido a que se encontraban en permanencia irregular y, en consecuencia, no estaban afiliados al Sistema General de Seguridad Social. De lo anterior, se deriva que efectivamente la acción

de tutela constituye el mecanismo idóneo y eficaz en este caso, pues no existe otro medio para estudiar la situación de prestación de servicios de salud de un menor de edad con permanencia irregular en el país, como era el caso de Alirio.

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

El derecho a la salud de los niños y niñas. Reiteración de jurisprudencia³⁴

1. La Constitución Política concibe a la salud en dos dimensiones. En primer lugar, el artículo 49³⁵ superior establece, entre otras cosas, que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado. Lo anterior implica que debe organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Además, de esta connotación de servicio público, la jurisprudencia constitucional sostiene que la salud es un derecho fundamental³⁶. Respecto a la primera faceta, ha señalado que debe ser garantizada de manera oportuna, eficiente y con calidad, de conformidad con los principios de continuidad, integralidad e igualdad. Respecto de la segunda, debe atender a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos previstos en los artículos 48 y 49 del Texto Superior.

Asimismo, a partir del desarrollo normativo³⁷ y jurisprudencial³⁸, la salud fue reconocida como un derecho fundamental autónomo e irrenunciable. Este incluye el acceso a los servicios de salud de manera completa, oportuna, eficaz y con calidad. En ese sentido, el artículo 8º de la Ley 1751 de 2015 consagró el principio de la integralidad³⁹. Esta Corporación ha definido ese principio como el derecho de los usuarios del sistema a recibir la atención y el tratamiento completo de sus enfermedades, de acuerdo con lo prescrito por el médico tratante⁴⁰. Asimismo, la Sentencia C-313 de 2014⁴¹ estableció que, en virtud de la integralidad, el Estado y las entidades encargadas de la prestación del servicio deben adoptar todas las medidas necesarias para brindar un tratamiento que efectivamente mejore las condiciones de salud y la calidad de vida de las personas.

1. Ahora bien, la protección del derecho a la salud de los niños y niñas es reforzada, en la

medida en que se trata de sujetos de especial protección constitucional, en atención a su temprana edad y su situación de vulnerabilidad. Por lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución⁴², su naturaleza ius fundamental exige un nivel de garantía superior⁴³ por parte de las EPS. En consecuencia, cualquier retraso o negación en la prestación del servicio puede llegar a afectar de manera irreversible su condición médica y proyectar sus procesos relacionales con su entorno, su familia y la sociedad en general, así como sus ciclos de formación académica y cognitiva⁴⁴.

1. Esto también ha sido reconocido en el sistema de protección internacional de Derechos Humanos, particularmente en la Observación General No. 9 en la que el Comité de los Derechos del Niño estableció como un deber de los Estados detectar tempranamente la discapacidad del menor de edad para ofrecerle el tratamiento que necesita⁴⁵. En este sentido la red de salud debe ser capaz de brindar “una intervención temprana, (...) proporcionando todos los dispositivos necesarios que permitan a los niños con discapacidad llegar a todas sus posibilidades funcionales en cuanto a movilidad, aparatos de oír, anteojos y prótesis, entre otras cosas (...). Estos artículos deben ofrecerse gratuitamente, siempre que sea posible, y el proceso de adquisición de esos servicios debe ser eficiente y sencillo, evitando las largas esperas y los trámites burocráticos”.

1. Los principios anteriormente mencionados también han sido desarrollados e incorporados en diferentes marcos normativos. En efecto, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006⁴⁶ dispone que “[t]odos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”. Asimismo, asigna al Gobierno Nacional la función de determinar las instituciones de salud y educativas responsables de atender estos derechos.

1. Igualmente, la Ley 1751 de 2015 resalta el carácter de sujeto de especial protección

constitucional de los niños y niñas y establece un deber estatal de atención especial sin restricción de tipo administrativo o económico⁴⁷. Además, el artículo 7° de la Ley Estatutaria 1618 de 2013⁴⁸, también incluye medidas específicas para garantizar los derechos de los niños y las niñas en condición de discapacidad, como la de establecer programas de detección precoz y atención temprana.

1. A partir de este marco, las Sentencias T-974 de 2010⁴⁹ y T-217 de 2018⁵⁰ señalaron que todos los niños y niñas gozan de una protección constitucional especial por mandato directo de la Constitución Política. De manera más reciente, en la Sentencia T-207 de 2020⁵¹, la Corte señaló que, en el marco de la gestión y la prestación del servicio de salud a favor de los niños y niñas, todos los agentes que intervienen en él deben orientarse al mantenimiento del mayor nivel de salud posible y, perseguir un desarrollo infantil efectivo, como condición para el ejercicio de las demás garantías constitucionales de estos. Tal aspecto significa, entre otras cosas, que el derecho fundamental a la salud de niños y niñas debe prestarse sin ninguna barrera u obstáculo administrativo, pues debe atenderse primigeniamente el interés superior de los menores de edad. Este postulado es de mayor importancia constitucional cuando el menor de edad, además, está en condición de discapacidad.

1. En conclusión, el mandato constitucional y los instrumentos internacionales exigen en materia de salud que el Sistema General de Seguridad Social y en particular las EPS, asuman un nivel mayor de protección con los niños y niñas, para asegurarles la prestación del servicio en términos de prontitud, eficacia y eficiencia. Asimismo, este mandato resulta reforzado cuando las acciones de atención en salud están dirigidas a la prevención o la atención de dolencias que involucren una situación de discapacidad.

El derecho fundamental a la salud de los niños y niñas migrantes en situación de permanencia irregular en Colombia

1. De conformidad con lo anterior y ante la alta migración de población venezolana al país, la

Corte Constitucional ha reiterado en diferentes ocasiones la necesidad de proteger el derecho a la salud de las niñas y los niños que por sus condiciones de especial vulnerabilidad no han podido regularizar su permanencia en Colombia y, en consecuencia, no se encuentran afiliados al Sistema General de Seguridad Social.

1. En efecto, desde la Sentencia SU-677 de 2017⁵², este Tribunal estableció las reglas generales de atención en salud para los migrantes que no habían regularizado su estatus migratorio en el país. En esa oportunidad, la Corte estudió un caso de una mujer venezolana embarazada que se encontraba en Colombia, a quien le negaron la realización de los controles prenatales y la asistencia del parto, debido a que su estatus migratorio era irregular. Para el momento en que el caso llegó a revisión de esa Corporación, la bebé ya había nacido por lo que, en las consideraciones del fallo, se analizó brevemente el derecho a la salud de los niños recién nacidos.

1. Concretamente, la Corte recordó que, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016, el prestador de servicios en salud debe registrar a los recién nacidos en el Sistema de Afiliación Transaccional y afiliarlos a una EPS del régimen subsidiado, cuando sus padres no se encuentren afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

1. Además, enfatizó en que no solo se trataba de una menor de edad, sino de una recién nacida que se encontraba en una situación de vulnerabilidad más alta. Por esa razón, requería una mayor atención en su salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y del Estado, tal y como se establece en el artículo 50 de la Constitución Política: “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado”.

1. Adicionalmente, estableció como regla general que los extranjeros con permanencia irregular en el país tienen derecho a recibir atención básica de urgencias a cargo del Estado, con fundamento en el principio de universalidad del derecho a la salud.

1. Lo anterior fue reiterado en diferentes ocasiones por este Tribunal. Particularmente, en la Sentencia T-705 de 201753, la Corte estudió el caso de un niño de 11 años venezolano y con permanencia irregular en Colombia, diagnosticado con “linfoma de Hodgkin”. En dicho fallo, reiteró las reglas jurisprudenciales sobre la protección prevalente e inmediata de niños y niñas por parte del juez constitucional y el derecho a recibir atención básica de urgencias.

Adicionalmente, resaltó que, según lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución Política, el Estado tiene la obligación de atender de forma especializada a las personas que padecen una disminución física, sensorial o psíquica y garantizarles políticas de previsión, rehabilitación e integración social. En particular estableció que en casos “de menores de edad, su protección no solo debe ser preferente a la de las demás personas, sino que, a su vez, deben recibir un tratamiento integral, el cual incluye todo aquello que sea necesario para la recuperación, rehabilitación e integración social del infante, así como aquellos servicios que le permitan desarrollar su vida en condiciones digna (sic)”.

1. Asimismo, dispuso que dicha protección de salud reforzada es mayor cuando se trata de casos de menores de edad que padecen de enfermedades degenerativas, progresivas y catastróficas como es el caso del VIH/ SIDA o cáncer, teniendo en cuenta que, por la naturaleza de la enfermedad, las personas pierden sus destrezas físicas y/o mentales.

1. Igualmente, en la Sentencia T-210 de 201854, esta Corporación reiteró las reglas establecidas en la Sentencia SU-677 de 2017, sobre el derecho a la atención en urgencias de los migrantes con permanencia irregular en Colombia. En particular, reiteró y aplicó la regla de urgencias para casos de niños, pues al estudiar el caso concreto estableció que, tal y como lo dispuso el médico tratante, la cirugía de reparación de la hernia solicitada en la

acción de tutela, era urgente y retrasarla podía poner la vida del niño en peligro. Por esta razón, en ese caso particular, la Corte consideró que el procedimiento solicitado hacía parte de la atención de urgencias a la que el menor de edad tenía derecho.

1. En el mismo sentido se pronunció en la Sentencia T-452 de 2019⁵⁵, en la que dentro de varios casos acumulados, se estudió una tutela presentada en representación de un menor de edad, cuya madre consideró que las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud y a la vida de su hijo, al negarle la autorización para realizar un “tac de senos paranasales” que le fue ordenado debido al “tumor de comportamiento incierto o desconocido del labio, de la cavidad bucal y de la faringe”. Al analizar el caso, la Corte indicó que una de las entidades accionadas desconoció las garantías constitucionales del menor de edad, debido a que no le prestó la atención de urgencias ni autorizó el tac de senos paranasales de manera oportuna, el cual se consideró como un examen necesario para determinar con certeza la enfermedad que padecía el niño y el tratamiento que se debía seguir. Particularmente, estableció que una adecuada atención de urgencias consiste en: “emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas”. Por lo anterior, reiteró que en casos excepcionales la Corte ha determinado que la atención de urgencias puede incluir tratamiento de enfermedades catastróficas, servicios solicitados por el médico tratante como urgentes y que, “por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida”.

1. Posteriormente, a partir de la Sentencia T-390 de 2020⁵⁶, reiterada en las Sentencias T-021 de 2021⁵⁷ y T-090 de 2021⁵⁸, la Corte varió la regla general de atención de urgencias para los casos de niños y niñas con permanencia irregular. En esa oportunidad, se estudiaron cinco casos de menores de edad a quienes les diagnosticaron las siguientes enfermedades respectivamente: “Tumor maligno secundario del encéfalo y de las meninges secundarias” y “tumor maligno del lóbulo temporal”, “aplasia medular, catarata y glaucoma congénito de ojo derecho”, “encefalopatía estática y microcefalia” y “retardo en el área del desarrollo psicomotor – encefalopatía fija tipo dipleje espástico” y “úlceras oculares”. A todos ellos se

les negó la prestación del servicio de salud debido a que se encontraban en el territorio nacional con permanencia irregular y los tratamientos que requerían eran especializados y no de urgencias.

1. Al evaluar los casos concretos, la Corte reiteró las reglas sobre la protección de los menores de edad, como un imperativo que obliga a todas las personas a garantizarles la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. También reiteró la protección especial a la que tienen derecho las personas que, por sus condiciones físicas o mentales, se hallan en situación de debilidad manifiesta, lo cual se materializa con la implementación de medidas para previsión de enfermedades y rehabilitación e integración social de dichas personas.

1. Adicionalmente, enfatizó que dichos mandatos constitucionales adquieren mayor relevancia cuando se trata de niños y niñas que se encuentren en “una condición de debilidad manifiesta, consecuencia de alguna afección de salud, pues, en ese escenario, ha considerado la propia jurisprudencia que la protección a los derechos de los menores debe tener un carácter prioritario”.

En particular indicó:

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

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

recibir una atención mínima del Estado.

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

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

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

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

1. En consecuencia, reiteró que el Estado tiene la obligación de prestar los servicios de salud a los menores de edad con el fin de garantizarles tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, que incluye a los niños, niñas y adolescentes migrantes, a pesar de que no estén afiliados al Sistema General de Seguridad Social. Lo anterior, en la medida en que la negligencia de sus padres al no realizar los trámites necesarios para regularizar su situación migratoria no puede traer como

consecuencia la negativa de los servicios que los menores de edad necesiten⁵⁹.

1. A partir de lo anterior, se evidencia que la jurisprudencia constitucional ha ampliado progresivamente el ámbito de protección del derecho a la salud de los niños y niñas migrantes con permanencia irregular en Colombia y a partir del reconocimiento de los mandatos constitucionales que establecen garantías prevalentes para los menores de edad. Así, se ha transitado de la regla general de atención de urgencias aplicada indistintamente a personas adultas y menores de edad, a la obligación del Estado de prestarles los servicios de salud que sean necesarios en consideración a que: (i) son personas de especial protección de conformidad con lo establecido en el artículo 44 Superior; (ii) se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad por su estado de salud y su estatus migratorio y (iii) es desproporcionado trasladarles la responsabilidad de sus padres de hacer los trámites necesarios para regularizar su situación migratoria en el país.

Solución del caso concreto

1. En el presente asunto la señora Sara, ciudadana venezolana, en representación de su hijo Alirio de un año de edad, interpuso acción de tutela para solicitar que se ordene al Hospital Carlos Carmona Montoya que se realice la cirugía de vitrectomía a su hijo y los tratamientos necesarios relacionados con la misma.

La vulneración del derecho a la salud del menor de edad

1. A partir de las pruebas se logró evidenciar que, desde su nacimiento, el niño tiene un “desprendimiento traccional de retina en ambos ojos”, por lo que requiere la realización de la cirugía de vitrectomía para evitar que pierda la vista de forma definitiva. Sin embargo, el Hospital Carlos Carmona Montoya se negó a prestar dicho servicio bajo el argumento de que no tenía convenio vigente para atender población extranjera.

1. A partir de lo anterior, la accionante presentó acción de tutela en contra de la Secretaría de Salud del Valle del Cauca, la Secretaría de Salud de Santiago de Cali y el Hospital Carlos Carmona Montoya, entre otras entidades previamente mencionadas.

1. Sobre el particular, es importante reiterar que, conforme las reglas expuestas anteriormente, el Estado tiene la obligación de prestar los servicios de salud a los menores de edad que sufren de algún tipo de afección sustancial física y mental o que requieran la prestación de dichos servicios para desarrollo de tratamientos de crecimiento, desarrollo y diagnóstico. Adicionalmente, debe garantizarles un tratamiento integral, adecuado y especializado, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes migrantes, a pesar de que no estén afiliados al Sistema General de Seguridad Social. Lo anterior, en la medida en que su derecho a la salud no puede verse afectado, por la responsabilidad de sus padres de realizar las gestiones correspondientes para regularizar su estatus migratorio en el país.

1. Además, las niñas y niños recién nacidos son sujetos de protección prevalente y el Estado tiene la obligación de garantizarles el acceso a los servicios de salud en el más alto nivel posible. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en los artículos 235 y 236 de Ley 1955 de 2019, las entidades territoriales del lugar de residencia del solicitante (municipio, distrito y departamento), son las encargadas de asumir los gastos de atención en salud de la población pobre no afiliada al Sistema General de Seguridad Social.

1. En el caso objeto de estudio, si bien la peticionaria presentó la acción de tutela contra las Secretarías de Salud del Valle del Cauca y de Santiago de Cali, de las pruebas que obran en el expediente no se logró constatar que dichas entidades negaran la prestación de algún servicio de salud a Alirio. En ese sentido, aunque las entidades territoriales eran las encargadas de cubrir los gastos de la cirugía antes de que el niño fuera afiliado a la EPS EMSSANAR, no se demostró ninguna vulneración de derechos de su parte, pues ni siquiera la

peticionaria manifestó que solicitó algún servicio ante dichas entidades.

1. Contrario a lo anterior, se evidencia que el Hospital Carlos Carmona Montoya vulneró el derecho a la salud del menor de edad, ya que no tuvo en consideración que Alirio apenas tenía un año de edad cuando su mamá solicitó el servicio de salud. A pesar de ello, el Hospital se negó a realizar la cirugía de vitrectomía, sin importar que al no hacerlo se corría el riesgo de que el niño perdiera la vista de forma definitiva. Con fundamento en lo anterior, se demuestra que el Hospital Carlos Carmona Montoya vulneró el derecho a la salud de Alirio, pues no le brindó el trato preferente y prevalente que debe tener por el hecho de ser un niño recién nacido, que es un sujeto de especial protección constitucional.

1. Ahora bien, de acuerdo con lo informado por las Secretarías de Salud del Valle del Cauca y de Santiago de Cali, Alirio se encuentra afiliado a la EPS EMSSANAR desde el 28 de febrero de 2022. A pesar de lo anterior, la EPS indicó en sede de revisión que la señora Sara y su hijo no cumplían con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico colombiano para ser beneficiarios del sistema de salud, debido a que pretendían afiliarse con el documento de identidad de la República Bolivariana de Venezuela.

1. No obstante, al verificar el sistema de información dispuesto por la ADRES, dicha afiliación se realizó con el número de Historial Extranjero del niño y hasta la fecha se encuentra vigente. En consecuencia, se solicitó a la EPS verificar el estado de vinculación del niño a la referida EPS y no se recibió ninguna respuesta de su parte. Solo se recibió la respuesta de Migración Colombia que informó que el menor de edad cuenta con un número de Historial Extranjero y un salvoconducto que venció el 13 de agosto de 2022.

1. Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 5° del Decreto 064 de 2020, en los casos en los que un migrante venezolano afiliado no haya acreditado su permanencia en el país, la entidad territorial del municipio del migrante reportará la novedad de

terminación de la inscripción en el Sistema de Afiliación Transaccional – SAT, o la registrará en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA. Con la novedad de terminación de la inscripción en la EPS, cesa la obligación de la EPS de prestar los servicios de salud⁶⁰.

2. En el caso concreto, no se demuestra que se haya reportado la novedad de terminación de la inscripción. Por lo anterior, y en consideración a que los elementos aportados al expediente evidencian que la afiliación sigue activa, se tiene por probado que actualmente Alirio está afiliado al Sistema General de Seguridad en el régimen subsidiado en la EPS EMSSANAR. En consecuencia, el niño es titular de las prerrogativas médico-asistenciales derivadas de esa afiliación.

1. Establecido lo anterior, se debe precisar que para el momento en el que se profiere esta sentencia, se desconoce si ya se realizó la cirugía de vitrectomía debido a que la entidad guardó silencio a pesar de que fue vinculada a este proceso mediante auto del 5 de agosto de 2022. Por lo anterior, se ordenará a la EPS EMSSANAR autorizar a Alirio, si aún no la hecho, la cirugía de vitrectomía y garantizar los tratamientos necesarios, relacionados con la misma, que sean ordenados por el médico tratante. Esta cirugía deberá realizarse dentro de los diez (10) días siguientes a la autorización, para así garantizar el cubrimiento de los servicios médicos que requiere con necesidad para el tratamiento de su patología.

1. Por otra parte, llama la atención de esta Sala el desconocimiento del precedente constitucional por parte del Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali. Lo anterior, en la medida en que, para el momento en el que se profirió el fallo de tutela, es decir el 18 de febrero de 2022, ya se habían emitido las sentencias SU-677 de 2017, T-390 de 2020, T-021 de 2021 y T-090 de 2021. En otras palabras, para la fecha en la que se adoptó la sentencia de tutela ya existía un precedente consolidado de proteger el derecho a la salud los niños y las niñas con independencia de su estatus migratorio, el cual no fue considerado por el juez de instancia. En efecto, omitió pronunciarse sobre el derecho a la salud en la parte resolutive del fallo, no dio ninguna orden al respecto y, en las consideraciones de la decisión judicial solo indicó que ningún médico había considerado la cirugía solicitada como una urgencia. Para la Sala, esto constituye un desconocimiento del precedente constitucional, pues no sólo

omitió su deber de proteger a un niño de muy corta edad, el cual tiene derecho a una protección prevalente y preferente, sino que también omitió el riesgo que existía si no se realizaba la cirugía, el cual consistía en la posibilidad de que Alirio perdiera la vista de forma definitiva, lo cual resulta altamente reprochable para esta Corporación.

Conclusiones y decisión por adoptar

1. Le correspondió a la Sala determinar si las autoridades accionadas y vinculadas violaron el derecho fundamental a la salud de Alirio, ante la negativa de realizarle la cirugía de vitrectomía. Luego de concluir que la solicitud de amparo constitucional promovida por la peticionaria cumplió los presupuestos de procedibilidad, la Sala se refirió a la protección del derecho a la salud de los niños y las niñas y, en particular, de aquellos que se encuentran con permanencia irregular en el país.

1. En particular, reiteró las reglas jurisprudenciales sobre la protección prevalente que tienen los menores de edad y la obligación del Estado de garantizar la gestión y la prestación del servicio de salud a favor de los niños y niñas orientada al más alto nivel de salud posible, sin ninguna barrera u obstáculo administrativo. En ese sentido, la Sala concluyó que el mandato constitucional y los instrumentos internacionales exigen que el Sistema General de Seguridad Social y en particular las EPS, asuman un nivel mayor de protección con los niños y niñas, para asegurarles la prestación del servicio en términos de prontitud, eficacia y eficiencia.

1. Adicionalmente, se estudió el cambio jurisprudencial sobre la protección del derecho a la salud de los menores de edad que no cuentan con estatus migratorio regularizado. Al respecto, concluyó que la Corte Constitucional ha ampliado progresivamente el ámbito de protección de su derecho a la salud, pues inició con la regla general de atención de urgencias aplicada indistintamente a personas adultas y menores de edad. Sin embargo, actualmente existe una posición más garantista, en el sentido de reconocer la obligación del Estado de prestarles los servicios de salud que sean necesarios en consideración a que: (i) son personas

de especial protección de conformidad con lo establecido en el artículo 44 superior; (ii) se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad por su estado de salud y su estatus migratorio y (iii) es desproporcionado trasladarles la responsabilidad de sus padres de hacer los trámites necesarios para regularizar su situación migratoria en el país.

1. Con fundamento en lo anterior, la Sala concluyó en el caso concreto que el Hospital Carlos Carmona Montoya vulneró el derecho fundamental a la salud de Alirio, al negarle la práctica de la cirugía de vitrectomía de forma gratuita. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la situación particular se evidenció que el niño tiene un “desprendimiento traccional de retina en ambos ojos”, y necesita el procedimiento quirúrgico para evitar que pierda la vista de forma definitiva.

1. Por lo anterior, se revocará la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, por medio de la cual se tuteló el derecho a la “legalización migratoria de los niños”⁶¹. En su lugar se tutelaré el derecho fundamental a la salud de Alirio. Ahora bien, a pesar de que el menor de edad ya se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, ello no obsta para advertirle al hospital accionado que debe abstenerse de incurrir nuevamente en las acciones que dieron lugar al presente asunto, para lo cual deberá dar estricto cumplimiento a las reglas en la materia expuestas en esta oportunidad.

1. Por otra parte, se advirtió que el niño se encuentra afiliado a la EPS EMSSANAR desde el 28 de febrero de 2022 y no existe evidencia de que se haya practicado la cirugía de vitrectomía al menor de edad. Por lo anterior, se ordenará a la EPS EMSSANAR autorizar a Alirio la cirugía de vitrectomía y garantizar los tratamientos necesarios relacionados con la misma que sean ordenados por el médico tratante, la cual deberá realizarse dentro de los diez (10) siguientes a la autorización, para así garantizar el cubrimiento de los servicios médicos que requiere con necesidad para el tratamiento de su patología, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

1. Además, en su primera respuesta remitida la EPS referida afirmó erróneamente que la accionante pretendía afiliarse al sistema de salud con el documento de identidad venezolano y, en consecuencia, debía rechazarse. Lo anterior, puede advertirse como una negativa que podría afectar los derechos fundamentales de las personas que pretenden incorporarse al sistema. Por lo anterior, se advertirá a la EPS EMSSANAR que se abstenga de rechazar las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social de niños y niñas migrantes, especialmente cuando no tenga certeza sobre los documentos con los que se pretende la referida afiliación.

1. Finalmente, se considera necesario resaltar que en el auto proferido el 19 de julio de 2019 el Magistrado sustanciador solicitó al Ministerio de Salud y Protección Social que informara acerca de las acciones que adelantó en relación con el exhorto contenido en el punto resolutivo cuarto de la Sentencia T-178 de 2019. Adicionalmente se le pidió informar: (i) cuál ha sido el grado de implementación del “Plan de Respuesta del Sector Salud al Fenómeno Migratorio” desarrollado por el Ministerio de Salud y Protección Social en el ámbito nacional y con especial referencia a los departamentos y ciudades donde residen los accionantes en los procesos de la referencia y (ii) de qué modo los obstáculos y retrasos en la implementación de dicho plan permitieron o causaron las actuaciones presuntamente vulneradoras de las diferentes entidades y autoridades demandadas en las dos acciones de tutela. En su respuesta, el referido Ministerio no se pronunció sobre los interrogantes anteriormente planteados. Para esta Sala es necesario conocer la forma en la que se ha cumplido el referido exhorto teniendo en cuenta que su finalidad principal era que la población beneficiaria conociera cómo acceder a la atención en salud. Por esta razón y ante la falta de información sobre las acciones desplegadas en la materia, la Sala reiterará dicho exhorto y se remitirá copia de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales previstas en el numeral primero del artículo 277 superior, vigile el cumplimiento de las acciones para la implementación de dicho plan.

1. Por último, teniendo en cuenta el desconocimiento del precedente constitucional por parte

del juez de instancia el cual fue expuesto anteriormente, se solicitará al Consejo Superior de la Judicatura, que difunda esta sentencia por el medio más expedito posible a todos los despachos judiciales, con el fin de garantizar la protección de los derechos de los niños y las niñas que se encuentran con permanencia irregular en el país.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, por medio de la cual se tuteló el derecho a la “legalización migratoria de los niños”. En su lugar, AMPARAR el derecho fundamental a la salud de Alirio.

SEGUNDO. ADVERTIR al Hospital Carlos Carmona Montoya que se abstenga de incurrir nuevamente en acciones como las que dieron lugar al presente asunto, para lo cual deberá dar estricto cumplimiento a las reglas jurisprudenciales en la materia fijadas por esta sentencia en lo relacionado con la prestación de servicios de salud a niños y niñas migrantes con permanencia irregular en el país.

TERCERO. ORDENAR a la EPS EMSSANAR que, si aún no ha procedido a ello, en un término de cuarenta y ocho (48) horas, a partir de la notificación de la presente decisión, autorice a Alirio la cirugía de vitrectomía y garantice los tratamientos necesarios relacionados con la misma que sean ordenados por el médico tratante, la cual deberá realizarse dentro de los diez (10) siguientes a la autorización, para así asegurar el cubrimiento de los servicios médicos que requiere con necesidad para el tratamiento de su patología.

CUARTO. ADVERTIR a la EPS EMSSANAR que se abstenga de rechazar las afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social de niños y niñas migrantes, especialmente cuando no tenga certeza sobre los documentos con los que se pretende la referida afiliación.

QUINTO. EXHORTAR nuevamente al Ministerio de Salud y Protección Social para que adelante el “Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio”, con todas las entidades territoriales fronterizas con el fin de que la población beneficiaria conozca cómo acceder a la atención en salud de urgencias y/o integral. Con este fin, REMITIR a la Procuraduría General

de la Nación copia de esta decisión y con el fin que, en ejercicio de sus competencias constitucionales, vigile la implementación de dicho plan y de conformidad con lo estipulado en la sentencia T-178 de 2019.

SEXTO. SOLICITAR al Consejo Superior de la Judicatura que divulgue esta sentencia por el medio más expedito posible a todos los despachos judiciales, con el fin de garantizar la protección de los derechos de los niños y las niñas migrantes que se encuentran con permanencia irregular en el país.

SÉPTIMO. Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

HERNÁN CORREA CARDOZO

Magistrado (E)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-336/22

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DEL MENOR-Improcedencia por cuanto EPS le está brindando cobertura en salud al menor (Salvamento de voto)

(...), los hechos afirmados por la accionante en el trámite de la acción de tutela, debieron ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pudiera inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte, me permito expresar las razones por las cuales me aparto de la decisión que ha sido adoptada por la mayoría de la Sala de Revisión en la sentencia T-336 del 26 de septiembre de 2022 M.P. Hernán Correa Cardozo (e).

1. La accionante, ciudadana extranjera, dio a luz a su hijo Alirio el 7 de julio de 2021 en la República Bolivariana de Venezuela, quien nació con asfixia perinatal, afección que provocó su hospitalización durante 40 días. Posteriormente, fue remitido a consulta oftalmológica y diagnosticado con “desprendimiento traccional de retina de ambos ojos”, requiriendo una cirugía de vitrectomía, con un costo de USD 10.000 en su país de origen.

1. Por consiguiente, y al no contar con los recursos para sufragar los costos del procedimiento quirúrgico, la demandante se trasladó a Colombia con su hijo, específicamente a la ciudad de Santiago de Cali. Allí, acudió al Hospital Carmona Montoya en varias oportunidades, donde le informaron la inexistencia de convenio para atender población extranjera, buscando entonces atención en el Instituto de Niños Ciegos y Sordos del Valle del Cauca de manera particular, que confirmó el diagnóstico inicial del padecimiento del menor y recomendó la realización de una ecografía ocular y diez sesiones de terapia visual, especificando que, si el procedimiento requerido no se llevaba a cabo, su hijo podía perder la vista definitivamente.

1. En virtud de lo anterior, presentó acción de tutela y solicitó como pretensión principal (i) que el Hospital Carlos Carmona Montoya realizara la cirugía de vitrectomía y brindara los tratamientos relacionados con esta; y, como peticiones accesorias (ii) que la Secretaría de Salud del Valle del Cauca la acompañara en el trámite de afiliación al “Sistema General de

Seguridad Social” y, (iii) que Migración Colombia expidiera el salvoconducto SC2, tanto para ella como para su hijo.

1. El Juzgado Quince Civil del Circuito de Cali tuteló el derecho a “la legalización migratoria de los niños”, sin pronunciarse sobre el derecho a la salud del menor. En consecuencia, ordenó a Migración Colombia adelantar todos los trámites necesarios tendientes a regularizar la situación del niño en la misma cita de su madre asignada para el 10 de marzo de 2022. No obstante, precisó que, ninguna de las entidades médicas a las que había acudido la tutelante en Colombia, identificó que se requiriera de un servicio urgente por tratarse con una enfermedad congénita.

1. En la Sentencia T-336 de 2022, la Sala Sexta de Revisión estudió la procedencia general de la acción de tutela y encontró acreditados los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad, resaltando que, respecto a los casos de menores migrantes que requieren servicios de salud, esta Corporación ha manifestado que el recurso de amparo es el medio idóneo y eficaz. Se analizó de fondo la acción constitucional y se concluyó que el Hospital Carlos Carmona Montoya vulneró el derecho fundamental a la salud del menor al negarle la práctica de la cirugía de vitrectomía de forma gratuita.

1. En esta ocasión formulo el presente salvamento de voto, no sin antes precisar que, en materia del derecho a la salud de la población migrante en situación irregular y, en particular de menores de edad, he acompañado los avances de la jurisprudencia constitucional relativa a la protección de los derechos de ese conjunto de personas, como también, a la exigencia que se le impone a los entes territoriales de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones respecto a la garantía de prestación de servicios de salud de la población pobre no afiliada, como por ejemplo las sentencias T-275 de 2020, T-390 de 2020, T-090 de 2021, T-352 de 2021, T-415 de 2021 y T-106 de 2022.

1. Sin embargo, al analizar el asunto bajo examen, encuentro que de la información que obra en el expediente no fue posible establecer que, efectivamente, las entidades accionadas hubiesen negado el servicio requerido (cirugía de vitrectomía) por la demandante, pues, si bien la madre del menor informó que en varias ocasiones elevó la solicitud al Hospital Carlos Carmona Montoya y que este se negó a prestar el servicio por falta de contrato, lo cierto es que no se presentó prueba de tales peticiones y su dicho no encontró respaldo en las respuestas ni del centro hospitalario, ni de la Gobernación del Valle del Cauca, situación que fue plenamente expuesta en varios apartados de la sentencia.

1. Así entonces, en el acápite denominado “Actuaciones en sede de tutela”, la sentencia señaló que la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cauca especificó que, “no evidencia[ba] que se h[ubiese] negado la prestación de algún servicio de urgencia por lo que pidió su desvinculación”. Además, el Gerente de la Red de Salud del Suroriente E.S.E, respondió que, “el Hospital Carlos Carmona Montoya no tiene ningún registro en el que haya negado la atención en salud a la señora Sara”.

Acto seguido, en sede de revisión se proferieron dos autos de pruebas y vinculaciones procesales fechadas del 19 de julio de 2022 y 8 de agosto del mismo año, respectivamente, con la finalidad de establecer si se había prestado algún servicio de salud al menor de edad, particularmente, frente a la cirugía de vitrectomía. Sus respuestas fueron consignadas en la providencia de la siguiente manera:

Respecto al primer auto, la respuesta de la Gobernación del Valle del Cauca se encaminó a plantear que: “solicitó información relacionada con la historia clínica del niño a diferentes entidades y se le informó que la accionante no ha solicitado ningún servicio de salud para su hijo en dichas entidades. Adicionalmente, indicó que ha intentado comunicarse con la señora Sara a su correo electrónico y teléfono celular, pero no ha tenido éxito”.

1. Por lo anterior, considero, que ni la accionante, ni los jueces de instancia, o la Sala Sexta de Revisión, lograron demostrar la negación de la prestación del servicio de salud al menor en situación de migración, puesto que, del material probatorio arrimado al expediente de

tutela no se logró advertir que, en efecto, las autoridades accionadas y en especial el Hospital Carlos Carmona Montoya hayan incurrido en prácticas lesivas de los derechos fundamentales porque, sencillamente, no existe prueba de las solicitudes o peticiones realizadas por la accionante para acceder al procedimiento quirúrgico que reclamaba.

10. Ahora, si bien es cierto que una de las características del recurso de amparo es la informalidad, la Corte ha señalado que, “el juez [de tutela] tiene el deber de corroborar los hechos que dan cuenta de la violación de un derecho fundamental, para lo cual ha de ejercer las facultades que le permiten constatar la veracidad de las afirmaciones, cuando sea del caso”⁶². Adicionalmente, esta Corporación ha establecido que las autoridades judiciales no pueden conceder dicha protección, “si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de [estos], pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario”⁶³.

11. Por otra parte, ha sido reiterada la jurisprudencia en la que se precisa que los hechos que sustentan una pretensión deben probarse, de conformidad con el principio “Onus probandi, incumbit actori”, y quien no lo ejecute, no podría esperar que esta sea resuelta a su favor. Ello es así, debido a que “no es posible dentro del marco del principio de igualdad que dirige un proceso, dar validez sin más a las afirmaciones de una parte y no de la otra, cuando ambas se gobiernan por la presunción de buena fe”⁶⁴.

El artículo 22 del Decreto 2591 de 1991 permite al juez constitucional decidir la situación jurídica puesta bajo su consideración cuando considere arribar al convencimiento sin necesidad de practicar pruebas; sin embargo, esto no puede entenderse como una licencia para que, quien ejerza la actividad judicial resuelva un conflicto sin que los hechos alegados hayan sido probados cuando menos en forma sumaria, pues su juicio no debe estar fundamentado en “el presentimiento, la imaginación o el deseo, sino que ha de obedecer a su certidumbre sobre si en efecto ha sido violado o está amenazado un derecho fundamental, si acontece lo contrario, o si en el caso particular es improcedente la tutela”⁶⁵.

12. Así las cosas, los hechos afirmados por la accionante en el trámite de la acción de tutela, debieron ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pudiera inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo. Lo anterior, toda vez que

la protección debe realizarse sobre la base del acatamiento del principio de legalidad, es decir, frente a la existencia de elementos materiales probatorios que cumplan con la idoneidad, pertinencia y conducencia necesarias para demostrar la presencia de un hecho vulnerador⁶⁶.

13. Por lo tanto, en los términos señalados, le correspondía a la Sala de Revisión declarar improcedente el amparo solicitado por ausencia de acción u omisión que vulnerara los derechos del niño por parte de la entidad accionada, dado que, como consecuencia de la insuficiencia probatoria para atribuirle responsabilidad, una decisión en sentido contrario - como claramente ocurrió- sobrepasa las competencias constitucionales y legales atribuidas a la Corte en sede de control concreto.

En los anteriores términos dejo consignado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

1 Se aclara que el expediente de la referencia fue seleccionado y acumulado junto con el expediente T-8.668.059. Sin embargo, mediante Auto 1209 del 22 agosto de 2022 se ordenó su desacumulación.

2 Expediente digital T-8.706.315. Archivo “01ExpedienteTutelaElectronico.pdf”.

3 Expediente digital T-8.706.315. Archivo “02Auto313AvocaTutela.pdf”.

4 Expediente digital T-8.706.315. Archivo “05RespuestaHospital.pdf”.

5 Expediente digital T-8.668.059. Archivo “05Sentencia.pdf”.

6 La Gobernación del Valle del Cauca remitió documentos de respuesta el 27 de julio y el 3

de agosto de 2022.

7 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

8 Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social, recibida a través de correo electrónico el 27 de julio de 2022.

9 Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social, recibida a través de correo electrónico el 27 de julio de 2022.

10 Respuesta de la Alcaldía de Santiago de Cali, recibida a través de correo electrónico el 1º de agosto de 2022.

11 Respuesta recibida por correo electrónico el 22 de agosto de 2022.

12 Disponible en la página web <https://servicios.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>

13 Respuesta recibida por correo electrónico el 5 de septiembre de 2022.

14 Respuesta recibida en la Secretaría de la Corte Constitucional el 6 de septiembre de 2022.

15 Decreto 2591 de 1991. Artículo 10. “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. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

16 De conformidad con los artículos 46 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, el Defensor del Pueblo o los personeros municipales pueden interponer acciones de tutela para proteger los derechos fundamentales de terceros.

17 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

18 M.P. Jaime Araújo Rentería.

19M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

20M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

21 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

22 Expediente digital T-8.706.315. Archivo "01ExpedienteTutelaEenetrónico.pdf".

23 Sentencias T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-416 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández.

24 Sentencia T-416 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández.

25 ARTÍCULO 43. COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones: 43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental. 43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas.

26 ARTÍCULO 235. DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS DEL COMPONENTE DE SALUD PÚBLICA Y SUBSIDIOS A LA OFERTA. Modifíquese el artículo 52 de la Ley 715 de 2001, el cual quedará así: ARTÍCULO 52. DISTRIBUCIÓN DE LOS RECURSOS DEL COMPONENTE DE SALUD PÚBLICA Y DE SUBSIDIO DE OFERTA. Este componente comprende dos subcomponentes: el de acciones de salud pública y el de subsidio a la oferta. Los recursos correspondientes a estos subcomponentes se distribuirán así: 52.1. El subcomponente de Acciones de Salud Pública, se distribuirá a cada entidad territorial de acuerdo al resultado de la sumatoria de siguientes criterios: población, porcentaje de pobreza de cada entidad territorial, ruralidad, densidad poblacional y eficiencia administrativa. Se entenderá como eficiencia administrativa el mayor o menor cumplimiento en metas prioritarias de salud pública, medidas por indicadores trazadores. Los departamentos recibirán el 45% de los recursos destinados a este

subcomponente para financiar las acciones de salud pública de su competencia, la operación y mantenimiento de los laboratorios de salud pública y el 100% de los asignados a las áreas no municipalizadas. Los municipios y distritos recibirán el 55% de los recursos asignados a este componente, con excepción del Distrito Capital que recibirá el 100%. (...) Los departamentos, distritos y municipios podrán establecer convenios de asociación para la ejecución de los recursos, en función de los planes territoriales de salud pública de intervenciones colectivas, en especial los objetivos y metas priorizadas en el respectivo territorio.

27 ARTÍCULO 236. PAGO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS DE USUARIOS NO AFILIADOS. 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 en 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.

28 Decreto 1429 de 2016. ARTÍCULO 3o. FUNCIONES. Son funciones de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, las siguientes: 1. Administrar los recursos del Sistema, de conformidad con lo previsto en los artículos 66 y 67 de la Ley 1753 de 2015 y las demás disposiciones que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. 2. Administrar los recursos del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet) creado por el artículo 50 de la Ley 1438 de 2011 y modificado por el artículo 7o de la Ley 1608 de 2013. 3. Efectuar el reconocimiento y pago de las Unidades de Pago por Capitación y demás recursos del aseguramiento obligatorio en salud, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno nacional o el Ministerio de Salud y Protección Social, en el marco de sus competencias. 4. Realizar los pagos, efectuar giros directos a los prestadores de servicios de salud y proveedores de tecnologías en salud, de acuerdo con lo autorizado por el beneficiario de los recursos, y adelantar las transferencias que correspondan a los diferentes agentes del Sistema. 5. Adelantar las verificaciones para el reconocimiento y pago por los distintos conceptos, que aseguren el buen uso y control de los

recursos. 6. Desarrollar los mecanismos establecidos en los artículos 41 del Decreto-ley 4107 de 2011 y 9 de la Ley 1608 de 2013. 7. Administrar la información propia de sus operaciones, de acuerdo con la reglamentación expedida para el efecto por el Ministerio de Salud y Protección Social, en los términos señalados en las Leyes 100 de 1993 y 1438 de 2011 y en el Decreto-ley 4107 de 2011 y las demás disposiciones que la reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan. 8. Adoptar y proponer los mecanismos que se requieran para proteger los recursos que administra la Entidad, con el fin de evitar fraudes y pagos indebidos, sin perjuicio de las directrices que imparta para el efecto el Ministerio de Salud y Protección Social y la Junta Directiva. 9. Las demás necesarias para el desarrollo de su objeto.

29 Sentencia T-390 de 2020 M.P Cristina Pardo Schlesinger.

30 Artículo 41. Función Jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (Plan Obligatorio de Salud), cuando su negativa por parte de las Entidades Promotoras de Salud o entidades que se les asimilen ponga en riesgo o amenace la salud del usuario, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.

31 M.P. Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas.

33 MP José Fernando Reyes Cuartas.

34 Este capítulo es elaborado con fundamento en las sentencias T-673 de 2017 y T-436 de 2020, ambas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado

35 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. || Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las

políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. (...)

36 Ver entre otras: Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis, T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett y T-361 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

37 Ley Estatutaria 1751 de 2015. Artículo 2. “Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. 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. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”.

38 La jurisprudencia ha definido la salud como “un derecho complejo, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general”. Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-539 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-499 de 2014, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-745 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-094 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo; y T-014 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

39 Ley 1751 de 2015. Artículo 8. “Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. // En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología

de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.

40 Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. “El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.”

41 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

42 Artículo 44 de la Constitución. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

43 Sentencia T-121 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

44 Sentencia T-763 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

45 El Comité recomendó que los Estados debían establecer “sistemas de detección precoz y de intervención temprana como parte de sus servicios de salud, junto con la inscripción de los nacimientos y los procedimientos para seguir el progreso de los niños diagnosticados con una discapacidad a una edad temprana.”

46 “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”.

47 Artículo 11 de la Ley 1751 de 2015.

48 “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”.

49 M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La accionante presentó acción de tutela en representación de su hija, por considerar que la EPS Coomeva vulneró sus derechos a la salud, a la vida digna y al desarrollo integral y armónico de los niños en situación de discapacidad, por negarse a cubrir el tratamiento integral que requería y, además, por no autorizar su atención a través de una institución especializada en el área de discapacidad cognitiva. En la sentencia la Corte reiteró algunos criterios determinadores relacionados con el reconocimiento de la prestación de los servicios de salud de forma prevalente e integral: “tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional[9] (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros), y de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas[10] (sida, cáncer, entre otras), se debe brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios”.

50 M.P José Fernando Reyes Cuartas. En esa oportunidad se estudiaron dos casos, uno de ellos se trataba de un menor de edad quien padecía distintas patologías, entre las cuales puede citarse: autismo, deficiencia del sistema nervioso central, limitación permanente en la actividad, retraso en el desarrollo motor y cognitivo conductual, restricción permanente en la participación y trastorno para movilidad en comunidad. El accionante solicitó al Consejo de Administración de un conjunto residencial la asignación de un parqueadero permanente para su vehículo con el fin de transportar a su hijo en caso de una emergencia. Respecto de la protección reforzada de los menores de edad la Corte recordó que la protección constitucional de los niños y niñas es prevalente y se refuerza en los casos de discapacidad debido a la condición de debilidad manifiesta en la que se encuentran por si condición física o mental.

51 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En ese caso la Corte estudio una tutela presentada en representación de un menor de edad que tenía un año y ocho meses que fue diagnosticado con varias patologías entre ellas: asfixia perinatal, retraso neurodesarrollo, trastorno

deglución ERGE Severo, aciduria glutárica en estudio, Ductus arterioso persistente, posterior infección gastrointestinal, trastornos generalizados del desarrollo, parálisis cerebral infantil, gastrostomía entre otras. Debido a que no podía trabajar por los cuidados que requería el niño, presentó acción de tutela en contra de una EPS para que le suministrara: (i) guantes quirúrgicos, pañales, crema antipañalitis, pañitos húmedos y tapabocas; (ii) exonere al infante de pagos moderadores; y (iii) le preste atención integral. En esa oportunidad la Corte determinó que en el marco de la gestión y la prestación del servicio de salud a favor de los niños y niñas, es preciso considerar que todos los agentes que intervienen en él, tanto públicos como privados, deben (i) orientarse no solo al mantenimiento del mayor nivel de salud posible, como para la generalidad de la población, sino que deben perseguir un desarrollo infantil efectivo, como condición para el ejercicio de sus demás garantías constitucionales y (ii) atender en cualquier caso el interés superior[85], como presupuestos para la consolidación de la dignidad humana del niño.

52 M.P. Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

53 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

54 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

55 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

56 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

57 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

58 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

59 Sentencia T-390 de 2020 M.P. Cristina Pardo Schlesinger: “Así pues, en aplicación a las reglas previstas por la jurisprudencia en la materia y reconociendo la imperiosa necesidad de salvaguardar los derechos fundamentales del menor, los cuales como bien se ha advertido en esta providencia, no pueden verse menoscabados por la falta de diligencia de sus representantes legales, concretamente de su madre, en el hecho de no haber regularizado su situación migratoria, la Sala concederá la protección de los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, le ordenará a la Secretaria de Salud Departamental de La Guajira que extienda el cubrimiento”.

60 Decreto 064 de 2020 ARTÍCULO 5 Adiciónese el artículo 2.1.5.5 del Decreto 780 de 2016, el cual quedará en los siguientes términos: “ARTÍCULO 2.1.5.5 Verificación de las condiciones de los migrantes venezolanos afiliados al Régimen Subsidiado. La entidad territorial municipal del domicilio del migrante venezolano afiliado de que trata el numeral 18 del artículo 2.1.5.1 del presente decreto, recibirá la información que presente el migrante acreditando su permanencia, y la reportará al Sistema de Afiliación Transaccional. Cuando el migrante venezolano afiliado no haya acreditado su permanencia en el país, en los términos del párrafo 6 del artículo 2.1.5.1. del presente decreto (6. Población infantil vulnerable bajo protección en instituciones diferentes al ICBF. El listado censal de beneficiarios de esta población será elaborado por las alcaldías municipales o distritales y departamentos que tienen a cargo corregimientos.) la entidad territorial reportará la novedad de terminación de la inscripción en el Sistema de Afiliación Transaccional – SAT, o la registrará en la Base de Datos Única de Afiliados – BDUA,. La última entidad territorial donde el migrante venezolano actualizó su información de domicilio, será la responsable de reportar la novedad de terminación de inscripción en la EPS.

Con la novedad de terminación de la inscripción en la EPS, cesará para esta la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud del Plan de Beneficios, y el pago de la UPC por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema -ADRES, sin perjuicio de la validación de la vigencia del documento por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema-ADRES para el pago de la Unidad de Pago por Capitación – UPC.El Sistema de Afiliación Transaccional -SAT notificará las novedades a la entidad territorial, a la Administradora de los Recursos del Sistema -ADRES y a la EPS.”

61 Expediente digital T- T-8.668.059. Archivo “05Sentencia.pdf”.

62 Entre otras, ver al respecto las sentencias T-819 de 2003, T-846 de 2006 y T-760 de 2008 reiteradas en la T-571 de 2015.

63 Sentencia T-702 de 2000).

64 Sentencia T-600 de 2009.

65 Sentencia T-419 de 2021.

66 Artículo 164 y 168 del Código General del Proceso.