

AFILIACION DE EXTRANJEROS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-No vulneración por cuanto exigencia de requisitos es necesaria para garantizar acceso permanente al SGSSS

DERECHO DE PETICION-Vulneración por falta de notificación de respuesta al interesado

La Secretaría de Salud de Carlos de Guaroa y la Unidad Administrativa Migración Colombia vulneraron el derecho de petición de la accionante al no notificar debidamente las respuestas ofrecidas ante las solicitudes que presentó.

DERECHO DE PETICION-Relación con otros derechos fundamentales

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

DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Extranjeros deben cumplir el ordenamiento jurídico colombiano

REGIMEN MIGRATORIO EN COLOMBIA-Generalidades/POLITICA MIGRATORIA DEL ESTADO COLOMBIANO-Regulación

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

(...), a los menores de edad migrantes no regularizados se les debe garantizar: (i) la afiliación al sistema de salud nacional, previa regularización de su situación migratoria por parte de sus padres, quienes ostentan la representación legal para los trámites administrativos correspondientes, y (ii) la atención médica de urgencias cuando así lo requieran, con independencia de su estatus migratorio.

Referencia: Expediente T-8.206.322

Acción de tutela presentada por Judith Melitza Ávila Monagas en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad, Eduart Geigel Tirado Ávila.

Procedencia: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio (Meta).

Asuntos: Derechos de petición y salud de menores de edad extranjeros en situación de irregularidad migratoria.

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D.C., catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, y las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de única instancia, emitido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Villavicencio (Meta) el 27 de enero de 2021. En tal decisión, el juez negó el amparo de los derechos fundamentales de petición y salud; el primero en nombre propio y el segundo en representación de su hijo, menor de edad.

El expediente fue enviado a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. Mediante Auto del 29 de junio de 2021, la Sala Número Seis de Selección de Tutelas de esta Corporación escogió el asunto de la referencia para su revisión.

El 14 de febrero de 2021, Judith Melitza Ávila Monagas interpuso acción de tutela, en nombre propio y en representación de su hijo Eduart Geigel Tirado Ávila, contra la Secretaría de Salud del Departamento del Meta, la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales de petición y de acceso a la salud del niño.

Hechos y pretensiones

1. La señora Judith Melitza Ávila Monagas es ciudadana venezolana y se encuentra en situación de permanencia irregular en el territorio nacional desde el 27 de diciembre de 2019². Es madre del menor de edad, Eduart Geigel Tirado Ávila, también de nacionalidad venezolana³ quien, como ella, no tiene una condición migratoria regular⁴.

1. El niño presenta un diagnóstico de “Miastenia Gravis y Pectum Excavatum”⁵, patologías que inicialmente fueron tratadas en su país de origen⁶.

1. La actora relata que el 17 de noviembre de 2020, presentó varias solicitudes de afiliación al régimen subsidiado de salud para su hijo, en vista de que él requiere la práctica de controles médicos frecuentes por las enfermedades que presenta⁷. Lo hizo, vía correo electrónico, ante la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa (Meta), la Secretaría de Salud del Meta y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia (en adelante Migración Colombia)

1. Al no obtener respuesta, la demandante menciona que, el 11 de diciembre de 2020, radicó nuevamente solicitudes de afiliación en salud para su hijo ante las precitadas entidades⁸,

pero estas últimas tampoco fueron contestadas.

Por lo tanto, la peticionaria afirma que las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de petición y salud de su hijo, al no dar respuesta a las solicitudes que radicó y al no disponer la afiliación del niño al sistema de salud colombiano, lo cual le imposibilita recibir la atención médica que su condición de salud amerita⁹.

En consecuencia, la accionante solicita al juez de tutela ordenar a las entidades accionadas que garanticen la afiliación en salud de su hijo menor edad.

Actuaciones en sede de tutela

Mediante auto del 14 de enero de 2021¹⁰, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio admitió la acción de tutela y le corrió traslado a las entidades demandadas con el fin de que se pronunciaran sobre los hechos y las pretensiones, en el término de dos días. Concedió el mismo término a la accionante, para que aportara copia de las solicitudes presentadas los días 17 de noviembre y 11 de diciembre de 2020 ante las demandadas.

Respuesta de la accionante y las entidades demandadas

Vencido el término otorgado en el auto admisorio y pese a que todas las personas involucradas fueron debidamente notificadas del contenido de la providencia¹¹, la accionante no atendió el requerimiento judicial y las accionadas no se pronunciaron sobre la solicitud de amparo.

Decisión objeto de revisión

Sentencia de única instancia

Mediante providencia del 27 de enero de 2021¹², el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Villavicencio negó el amparo, al considerar que las entidades accionadas no vulneraron los derechos de la accionante ni los de su hijo menor de edad¹³. Sostuvo que no hubo violación al derecho de petición comoquiera que la accionante no acreditó haber enviado las solicitudes a las entidades accionadas, pese a haber sido requerida para allegar copia de las mismas y, así, no resultaba posible atribuir la vulneración del precitado derecho a las demandadas.

Tampoco encontró probadas las violaciones alegadas sobre los derechos a la salud y a la vida digna porque la accionante no realizó las gestiones necesarias para regularizar su situación migratoria, lograr el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS).

Actuaciones en sede de revisión

Primer auto de pruebas

La Magistrada Sustanciadora profirió el Auto del 2 de agosto de 2021¹⁴, en el que formuló una serie de preguntas a la actora con el fin de aclarar algunos hechos del caso. En

particular, pidió a la accionante informar cuál era la situación actual de ella y su hijo en materia migratoria, socioeconómica y de salud. Adicionalmente, le solicitó la remisión de la copia de las solicitudes radicadas ante las accionadas y de las respuestas ofrecidas, así como de la documentación que sustentara sus afirmaciones.

De otra parte, ofició a las secretarías de salud del Meta y de San Carlos de Guaroa para que informaran si recibieron y respondieron las solicitudes enviadas por la accionante, en las que pidió la afiliación en salud de su hijo, y para que señalaran cuál es el procedimiento administrativo que deben seguir los padres o los responsables de la custodia de los menores de edad migrantes en situación de permanencia irregular, para obtener su afiliación en salud.

Finalmente, solicitó a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia que indicara si recibió y respondió alguna petición enviada por la demandante, en la cual haya requerido la regularización de su situación migratoria y/o la de su hijo, la inclusión en el Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV) o la afiliación en salud para el niño. Igualmente, se le pidió que expusiera el marco normativo que rige el proceso de regularización migratoria de menores de edad.

La Secretaría de Salud del Meta y la señora Judith Melitza Ávila Monagas no dieron respuesta al requerimiento de esta Corporación, pese a estar debidamente notificadas del auto de pruebas¹⁵.

Respuesta de la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa

Mediante correo electrónico recibido el 6 agosto de 2021¹⁶, la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa informó que recibió dos solicitudes enviadas por la accionante el 18 de noviembre y el 11 de diciembre de 2020, en las cuales solicitó la afiliación en salud de su hijo

y allegó copia de los documentos que contenían las peticiones¹⁷. De igual manera relató que, el 14 de diciembre de 2020, le dio respuesta a ambas por medio de un correo electrónico enviado a la dirección, judithavila14@gmail.com¹⁸. En dicha respuesta, la entidad le indicó a la accionante que debía regularizar su situación migratoria para que ella y su hijo pudieran afiliarse en salud. De igual manera, señaló que solo podía prestarles, eventualmente, atención de urgencia y que esta se encuentra a cargo del departamento. Igualmente, expuso que no había recibido ninguna solicitud concreta de prestación de servicios médicos para el menor de edad, Eduart Geigel Tirado Ávila.

Finalmente, indicó que los extranjeros que deseen afiliarse al Sistema de Seguridad Social en Salud de Colombia deben seguir el procedimiento señalado en los Decretos 780 de 2016 y 064 de 2020. Es decir, primero deben acreditar su estatus migratorio regular, mediante un documento idóneo¹⁹, y luego presentarlo ante la autoridad territorial competente para iniciar el trámite de afiliación. Para terminar, señaló que, en el caso concreto, la señora Ávila Monagas no se ha presentado con la documentación requerida para obtener su afiliación ni la de su hijo menor de edad al régimen subsidiado de salud.

Respuesta de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

Mediante correo electrónico enviado el 9 de agosto de 2021²⁰, Migración Colombia informó que, revisadas sus bases de datos, no encontró que la accionante o su hijo menor de edad se encontraran en situación migratoria regular en el territorio nacional²¹. En la misma línea, expuso que, de conformidad con el Decreto 216 de 2021²² y la Resolución 0971 del 28 de abril de 2021²³, los migrantes venezolanos que deseen inscribirse en el Registro Único de Migrantes Venezolanos (RUMV) no deben presentar ningún tipo de solicitud previa para ello. Deben registrarse directamente ante la entidad.

De igual manera, relató que recibió y dio contestación solo a una solicitud de regularización

migratoria enviada por la accionante el 17 de noviembre de 2020²⁴, mediante una respuesta generada por el Centro Virtual de Atención al Ciudadano (CVAC), la cual fue anexada a la contestación enviada a esta Corporación²⁵. En esta se le indicó el procedimiento a seguir para tramitar la obtención o la renovación del Permiso Especial de Permanencia (en adelante PEP) y del Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEPFF)²⁶.

En la misma línea expuso que “a través de la Resolución 2359 de fecha 29 de septiembre de 2020, se implementó un nuevo término para acceder al PEP establecido mediante la resolución 2052 de fecha 23 de septiembre de 2020 y, por lo tanto, dicha expedición se realizaba de forma gratuita a través del enlace

<http://www.migracioncolombia.gov.co>, disponible a partir del 15 de Octubre de

2020, hasta el día 15 de febrero de 2021”²⁷

Finalmente, expuso que los padres o responsables de la custodia de los menores de edad venezolanos que deseen regularizar su estatus migratorio deben seguir lo dispuesto en el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos²⁸, y que, de acuerdo con lo estipulado el artículo 25 de la Resolución 0971 del 28 de abril de 2021²⁹, aquel les resulta plenamente aplicable³⁰.

Segundo auto de pruebas

Debido a que ni la accionante ni la Secretaría de Salud del Meta se manifestaron en relación con el auto de pruebas del 2 de agosto de 2021 y sus respuestas eran necesarias para adoptar la decisión de fondo, la Magistrada Sustanciadora consideró imprescindible insistir en ellas, de conformidad con el artículo 65 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional (Acuerdo 02 de 2015). En consecuencia, profirió el Auto del 30 de agosto de 2021³¹,

mediante el cual las requirió para que dieran contestación a las preguntas formuladas en el Auto del 2 de agosto de 2021.

Contestación de la Secretaría de Salud del Meta

En consonancia con lo anterior, expuso que es obligación de los extranjeros adelantar todos los trámites correspondientes para regularizar su situación migratoria y poder ser afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además advirtió que, en tanto persista el estatus migratorio irregular, no se podrá garantizar la afiliación de la accionante y de su hijo, ni la prestación de servicio médico alguno, con excepción de aquellos catalogados como de urgencia.

Por su parte, la señora Judith Melitza Ávila Monagas no respondió al requerimiento del Auto del 30 de agosto³³.

Otras actuaciones en sede de revisión

El despacho de la Magistrada Sustanciadora intentó establecer comunicación telefónica con la señora Judith Melitza Ávila Monagas para informarle sobre la importancia de dar respuesta a los autos de pruebas. Por lo tanto, se efectuaron dos llamadas telefónicas y se envió un mensaje de texto (SMS) el día 25 de agosto de 2021³⁴, infructuosamente.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos 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. La señora Judith Melitza Ávila Monagas interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa, la Secretaría Departamental de Salud del Meta y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia por la falta de respuesta a las solicitudes de afiliación en salud para su hijo y de regularización de su situación migratoria. En consecuencia, solicitó al juez constitucional amparar sus derechos fundamentales de petición y a la salud del niño, y que se le ordene a las accionadas garantizarle la afiliación en salud con el fin de que pueda acceder a los servicios médicos que su condición de salud demanda.

En sede de revisión la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa manifestó que no vulneró el derecho de petición de la demandante comoquiera que dio respuesta los dos requerimientos que esta le presentó. Por su parte, la Secretaría de Salud del Meta expresó que no recibió ninguna solicitud de la señora Ávila Monagas para afiliar a su hijo al SGSSS o prestarle algún servicio médico en concreto. Por último, Migración Colombia expuso que respondió a la solicitud de la actora para obtener la regularización de su estatus migratorio indicándole el procedimiento a seguir para ver satisfecha su pretensión.

3. La situación fáctica descrita exige a la Sala determinar, en primera medida, si procede la acción de tutela para: (i) obtener la protección del derecho fundamental de petición, y (ii) lograr la afiliación en salud de personas extranjeras en situación de permanencia irregular en el territorio nacional. En caso de encontrarla procedente respecto de los tópicos planteados, se analizarán los siguientes problemas jurídicos:

3.2. ¿Las Secretarías de Salud de San Carlos de Guaroa y del Meta vulneraron el derecho a la salud del menor de edad al no afiliarlo al Sistema General de Seguridad Social en Salud?

1. A continuación, la Sala expondrá las consideraciones generales sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela y analizará su cumplimiento. En caso de que se acrediten, reseñará los lineamientos jurisprudenciales más relevantes en materia de: (i) el alcance y contenido del derecho fundamental de petición; (ii) los derechos y deberes de las personas extranjeras en Colombia; y (iii) el derecho a la salud de los niños y niñas migrantes con estancia no regularizada en el territorio nacional, con arreglo a su interés superior. Finalmente, (iv) resolverá el asunto concreto.

Procedencia de la acción de tutela³⁵

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos

fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o particular.

Ahora, solo los titulares de dichas garantías están legitimados por activa para reclamar la protección del juez de tutela. Sin embargo, aquellos podrán acudir al amparo de dos formas: una directa y otra indirecta. En forma directa lo hacen al promover la acción en nombre propio; y, en forma indirecta, cuando la formulan a través de (i) representante legal (por ejemplo, los menores de edad), (ii) apoderado judicial, (iii) agente oficioso o (iv) del Ministerio Público. Quienes no lo hagan bajo las directrices de cada una de estas figuras, no podrán formular la acción válidamente. En tal caso, la acción de tutela se declarará improcedente.

1. En el asunto que se analiza, como se mencionó, la señora Ávila Monagas acudió al juez de tutela para reclamar la protección de los derechos fundamentales de petición y el de la salud de su hijo, en esta medida cuenta con legitimación por activa en la medida en que: (i) solicita la protección de un derecho propio, el de petición, y, (ii) porque su hijo es el titular del derecho reclamado y ella es su representante legal³⁶.

1. Por su parte, la legitimación por pasiva hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado. Lo anterior, porque está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite en el proceso. De ese modo, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991 señala que “[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley”.

7.1. La Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa está legitimada por pasiva: en efecto, es una autoridad pública que: (i) tiene a su cargo la vinculación al sistema de salud en el régimen subsidiado de las personas que habitan en su territorio y la garantía de la prestación

de los servicios médicos que requieran; y (ii) fue la destinataria de las dos solicitudes de afiliación en salud del menor de edad, enviadas por su madre. Por lo tanto, es la entidad respecto de la que se alega la violación de los derechos que se buscan proteger por medio de esta acción constitucional.

7.2. La Secretaría de Salud del Meta está legitimada por pasiva puesto que: (i) tiene a su cargo la garantía de la prestación del servicio público de salud para la población migrante en situación de permanencia irregular asentada en el departamento³⁷, y (ii) al parecer recibió las solicitudes de afiliación enviadas por la accionante.

7.3. La Unidad Administrativa Especial Migración Colombia está legitimada por pasiva comoquiera que es la entidad encargada de tramitar y aprobar los visados y permisos que los extranjeros necesitan para permanecer legalmente en el territorio nacional y, así mismo, recibió la solicitud de regularización de situación migratoria enviada por la actora.

Inmediatez

1. En virtud del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela se puede interponer “en todo momento”³⁸ y, por ende, no tiene término de caducidad³⁹. No obstante, a partir de su naturaleza como mecanismo para la “protección inmediata”⁴⁰ de los derechos fundamentales, es claro que su finalidad es dar una solución de carácter urgente a las situaciones que tengan la potencialidad de vulnerar o amenazar los derechos fundamentales⁴¹.

Así las cosas, este Tribunal ha establecido que, para que se entienda cumplido el requisito de inmediatez, el juez constitucional deberá analizar las circunstancias del caso para determinar

si entre el momento en el que se generó la acción u omisión que presuntamente vulnera los derechos fundamentales del accionante y aquel en el que este interpuso la acción existe un plazo razonable⁴².

En ese entendido, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el requisito de inmediatez: (i) se deriva de la naturaleza de esta acción constitucional, que tiene como finalidad la protección inmediata⁴³ y urgente de las garantías fundamentales, (ii) persigue la protección de los derechos de terceros⁴⁴ y de la seguridad jurídica⁴⁵, y (iii) conlleva al estudio de la razonabilidad del plazo en el que se ejerció el recurso de amparo, que dependerá de las circunstancias del caso concreto.

1. En relación con la procedencia para obtener el amparo del derecho fundamental de petición de la señora Ávila Monagas, la Sala concluye que se cumple con el presupuesto de inmediatez comoquiera que, para la fecha de interposición de la acción de tutela (14 de enero de 2021) habían transcurrido cerca de dos meses sin que hubiera recibido respuesta a las solicitudes que presentó ante las accionadas, lo cual es un término razonable de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación.

En lo que concierne a la viabilidad de la interposición de la acción de tutela para obtener la protección del derecho del menor de edad a la salud, la accionante denuncia la falta de afiliación de su hijo para recibir atención médica y una presunta omisión en la regularización de su situación migratoria que le impide acceder al sistema de salud nacional.

La Sala constata que entre la última solicitud de afiliación (11 de diciembre de 2020) y la presentación del escrito de tutela (14 de enero de 2021) transcurrió un mes y tres días, lapso razonable y compatible con el carácter inmediato de esta acción.

Subsidiariedad

1. En virtud del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela fue consagrada como un mecanismo judicial subsidiario y residual⁴⁶, que procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”⁴⁷.

A partir de lo anterior, la Corte Constitucional ha sostenido que el amparo es procedente: (i) de manera definitiva, cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial para proteger sus derechos⁴⁸ o cuando estos mecanismos no son idóneos ni eficaces en atención a las circunstancias especiales del caso que se estudia⁴⁹; o (ii) de manera transitoria⁵⁰, cuando se interpone para conjurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁵¹, caso en el que la protección es temporal y se extiende hasta que la autoridad judicial competente decida de forma definitiva sobre el asunto⁵².

Por ese motivo, no es suficiente con que el juez constitucional constate, en abstracto, la existencia de una vía judicial ordinaria para descartar la procedencia del amparo por falta de subsidiariedad. El análisis de este presupuesto también requiere determinar si, de cara a las circunstancias particulares del peticionario, el medio: (i) existe, pero no es idóneo ni eficaz para brindar la protección requerida, o (ii) existe, es eficaz para obtener la protección del derecho, pero su demora podría producir un perjuicio irremediable. En esos casos, el amparo procederá de forma definitiva o de forma transitoria, respectivamente.

1. En este caso, respecto del cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela para la protección del derecho de petición, es preciso anotar que este es el mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz⁵³. Tal y como insistentemente lo ha señalado esta Corporación, en el ordenamiento colombiano no existe otra alternativa judicial para proceder a su amparo⁵⁴, salvo cuando se trate de solicitudes encaminadas a obtener el acceso a información reservada para lo cual el artículo 26 de la Ley 1755 de 2015 contempla el procedimiento de insistencia⁵⁵.

1. En relación con la protección del derecho a la salud mediante la afiliación al SGSSS, cabe resaltar que el Legislador no contempló un medio judicial principal que permita solucionar una ausencia de vinculación al sistema sanitario nacional, comoquiera que los trámites jurisdiccionales que se pueden adelantar ante la Superintendencia Nacional de Salud⁵⁶ o ante los jueces laborales⁵⁷ en relación con esta materia, presuponen que quienes acuden a ellos ya se encuentran vinculados a este.

En esta medida, al constatarse que los aquí demandantes no se encuentran vinculados al sistema de salud, es menester concluir que no disponen de ningún medio de defensa judicial para obtener la protección de la precitada garantía iusfundamental, la acción de tutela esta llamada a proceder para la garantía de esta.

1. Ahora, en relación con la expedición del PEP y la regularización de la estancia en Colombia, la acción de tutela sí es la única vía judicial para analizar tal pretensión. A pesar de que la jurisprudencia ha señalado que, en principio, la vía judicial para disputar un caso en contra de la administración pública es la contencioso administrativa⁵⁸, la accionante no cuenta con ningún acto de la administración que pueda cuestionar a través de esa jurisdicción. Por el contrario, pretende que las autoridades migratorias actúen y alega una presunta omisión de las mismas, de modo que la acción de tutela es el mecanismo para promover el debate planteado. Por ende, en relación con este componente, la Sala concluye que el requisito de subsidiariedad se cumple⁵⁹.

1. En síntesis, esta Sala de Revisión encuentra que la acción de tutela impetrada por Judith Melitza Ávila Monagas es procedente tanto para la protección de su derecho fundamental de petición como para proteger el derecho a la salud del menor de edad, Eduart Geigel Tirado Ávila.

1. En consecuencia, a continuación, se analizará de fondo los problemas jurídicos planteados en precedencia, siguiendo el orden metodológico descrito en el fundamento jurídico 4 de esta providencia.

El derecho de petición. Reiteración jurisprudencial⁶⁰

1. El derecho de petición es una garantía ius fundamental, consagrada en el artículo 23 de la Constitución. De conformidad con él, “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”. A partir de lo anterior, esta Corporación⁶¹ lo ha definido como la facultad que tiene todo ser humano en el territorio colombiano⁶² para formular solicitudes, escritas o verbales⁶³, de modo respetuoso⁶⁴ a las autoridades públicas o, excepcionalmente, a los particulares y, al mismo tiempo, esperar de ellas respuesta congruente con lo pedido.

La facultad de presentar solicitudes y exigir una respuesta está íntimamente relacionada con los fines del Estado, en tanto a través de ella las personas pueden participar activamente en las decisiones que les afectan y procurar el cumplimiento de los deberes de la administración⁶⁵. De este modo, se genera un ambiente democrático y de diálogo con las diversas instituciones estatales y entre los particulares, pues les permite interactuar en relación con fines privados o públicos.

1. Si bien la aplicación del derecho de petición es inmediata, el Legislador lo reguló mediante la Ley Estatutaria 1755 de 2015. A su vez, la Corte Constitucional ha reconocido que tiene un papel trascendental en la democracia participativa y un “carácter instrumental”⁶⁶ que puede estar relacionado con el ejercicio de otros derechos fundamentales.

1. En todo caso, conforme lo señaló la Sala Plena de esta Corporación en la Sentencia C-007 de 201767, la respuesta debe cumplir en forma concomitante con las siguientes características para considerar satisfecho el derecho de petición:

i. Prontitud: se traduce en la obligación de la persona a quien se dirige la comunicación de darle contestación en el menor tiempo posible, sin que exceda los términos fijados por la Ley 1755 de 2015. En aras de fortalecer esta garantía, el Legislador previó que la ausencia de respuesta puede dar lugar a “falta para el servidor público y (...) a las sanciones correspondientes de acuerdo con el régimen disciplinario.”⁶⁸

i. Resolver de fondo la solicitud: implica que es necesario que sea clara, es decir, inteligible y de fácil comprensión ciudadana; precisa de modo que atienda lo solicitado y excluya información impertinente, para evitar respuestas evasivas o elusivas; congruente, o que se encuentre conforme a lo solicitado de modo que lo atienda en su totalidad; y consecuente con el trámite que la origina, cuando se enmarca en un proceso administrativo o una actuación en curso, caso en cual no puede concebirse como una petición aislada.

i. Notificación. No basta con la emisión de la respuesta, sino que la misma debe ser puesta en conocimiento del interesado y, ante el juez de tutela. Ello debe ser acreditado.

Además, esta Corporación ha destacado que la satisfacción del derecho de petición no depende, en ninguna circunstancia, de la respuesta favorable a lo solicitado. De modo tal que se considera que hay contestación, incluso si se presenta en sentido negativo y se explican los motivos que conducen a ello. Así las cosas, se ha diferenciado el derecho de petición del “derecho a lo pedido”⁶⁹, que se emplea con el fin de destacar que “el ámbito de protección constitucional de la petición se circunscribe al derecho a la solicitud y a tener una

contestación para la misma, [y] en ningún caso implica otorgar la materia de la solicitud como tal.”⁷⁰

19. La notificación del peticionario implica la obligación de las autoridades y de los particulares de poner en conocimiento del interesado la resolución de fondo de su solicitud. En efecto, si el peticionario no tiene acceso a la respuesta, puede considerarse que nunca se hizo efectivo el derecho, pues existe la obligación de informar de manera cierta al interesado sobre la decisión, para que éste pueda ejercer, si así lo considera, los recursos que la ley prevé en algunos casos o, en su defecto, demandarla ante la jurisdicción competente⁷¹. En ese sentido, esta Corte en la Sentencia C-951 de 2014⁷² indicó que:

“el ciudadano debe conocer la decisión proferida por las autoridades para ver protegido efectivamente su derecho de petición⁷³, porque ese conocimiento, dado el caso, es presupuesto para impugnar la respuesta correspondiente. La notificación es la vía adecuada para que la persona conozca la resolución de las autoridades, acto que debe sujetarse a lo normado en el capítulo de notificaciones de la Ley 1437 de 2011”⁷⁴.

20. En suma, el ejercicio efectivo del derecho de petición permite que las personas puedan reclamar la concreción de otras prerrogativas de carácter constitucional. Por este motivo, se trata de un mecanismo de participación a través del cual las personas pueden solicitar el cumplimiento de ciertas obligaciones o el acceso a determinada información a las autoridades y a los particulares (en los casos que lo establezca la ley). En ese orden de ideas, el núcleo esencial de este derecho está compuesto por la posibilidad de presentar las solicitudes, recibir la respuesta clara y de fondo y, por último, obtener la oportuna resolución de la petición y su respectiva notificación⁷⁵.

21. De conformidad con lo establecido en el artículo 100 superior, “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”. Adicionalmente, el mismo artículo establece que los extranjeros en el territorio colombiano gozarán de las mismas garantías en sus derechos civiles concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones establecidas en la Carta Política y la ley.

22. Esta Corporación se ha pronunciado sobre las implicaciones que tiene la norma mencionada. En efecto, en la Sentencia T-215 de 1996⁷⁷, en la cual se revisó el caso de un ciudadano alemán a quien el Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) deportó por incumplir las normas migratorias sobre la residencia regular en el país. Señaló que los extranjeros, al igual que los nacionales colombianos, tienen derecho a la unidad familiar, y por consiguiente la decisión administrativa de expulsión del actor desconoció su prerrogativa y la de su familia, integrada por su cónyuge y sus hijos de origen colombiano, a estar juntos y a no ser separados sin justa causa. Por lo anterior ordenó suspender provisionalmente el acto administrativo de expulsión y permitirle al sancionado reingresar a Colombia por un término de 30 días a fin de que pudiera resolver los trámites necesarios para regularizar su estancia en el país.

Igualmente, la Corte señaló que el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una responsabilidad para los extranjeros de cumplir la misma normativa consagrada para todos los residentes en el territorio colombiano, tal y como lo establece el artículo 4º Constitucional el cual dispone que “[e]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

23. En consecuencia, los extranjeros que pretendan ingresar y/o permanecer en Colombia deben someterse a la política migratoria del país, definida por el Presidente de la República como Jefe de Estado y director de las relaciones internacionales⁷⁸ en el marco de la

soberanía nacional, según el numeral 2° del artículo 189 de la Constitución. Sin embargo, incluso esta potestad, si bien tiene un amplio margen de apreciación⁷⁹, se encuentra sometida al imperio de la Constitución y debe orientarse por el respeto de los derechos fundamentales⁸⁰.

Por lo anterior, uno de los primeros deberes que se impone a las personas foráneas es la regularización de su estancia en Colombia⁸¹, la cual se materializa a través de los canales institucionales y de los requisitos previstos para ello. Esta figura le permite a la persona extranjera la protección institucional de sus derechos, con los límites fijados por el Legislador. Por el contrario, el migrante que ha llegado o permanecido en el territorio nacional sin el respaldo del ordenamiento jurídico colombiano se puede enfrentar a la exclusión institucional, en la medida en que no cuenta con documentos de identificación que le permitan la interacción formal en la sociedad⁸².

En el caso de los migrantes venezolanos en situación de permanencia irregular en el país en el año 2021 se expidieron el Decreto 216 83 y la Resolución 97184, en los cuales se estableció y se reglamentó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos. En esos cuerpos normativos se señalaron una serie de beneficios para ellos, entre estos destaca la posibilidad de acceder al Permiso por Protección Temporal, previa inscripción en el RUMV, y con este documento podrán, entre otros asuntos, acceder a la afiliación en el SGSSS.

24. Por último, el artículo 44 de la Constitución resalta que los niños y las niñas tienen una serie de derechos que deben ser respetados y garantizados por las autoridades nacionales y los particulares. Además, en virtud de su interés superior prevalecen sobre los de las demás personas⁸⁵. Esta característica se hace extensible a los menores de edad extranjeros de acuerdo con la interpretación constitucional previamente expuesta.

En varias oportunidades, la Corte ha caracterizado este principio, el del interés superior del menor de edad, y su aplicación. Por ejemplo, en la Sentencia SU-677 de 2017⁸⁶, la Sala Plena de la Corte Constitucional reseñó que los principios que rigen el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes colombianos como sujetos de especial protección⁸⁷, derivados del artículo 44 superior y la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y recopilados en la Sentencia T-544 de 2017⁸⁸, son igualmente aplicables a los menores de edad extranjeros comoquiera que así lo dispone una lectura armónica de las normas que integran el bloque de constitucionalidad.

25. Lo anterior fue reiterado en las sentencias T-321 de 2005⁸⁹, T-338 de 2015⁹⁰, T-246 de 2020⁹¹ y T-436 de 2020⁹² en las que esta Corporación indicó que la Constitución Política reconoce una condición general de igualdad de derechos entre los colombianos y los extranjeros, incluidos los de los niños y niñas conforme al artículo 44 Superior. No obstante, la jurisprudencia también ha indicado que esa igualdad no es absoluta, puesto que dicho trato igualitario y preferente está limitado por su permanencia regular en el país y por el cumplimiento de las obligaciones migratorias que son exigibles a los representantes legales de los menores de edad.

El derecho fundamental a la salud de los niños y niñas migrantes en situación de permanencia irregular en Colombia. Reiteración de jurisprudencia⁹³.

26. El derecho a la salud es una garantía ius fundamental de la que gozan todas las personas⁹⁴, incluidas las extranjeras⁹⁵. No se trata de un derecho a estar “sano”⁹⁶ o desprovisto de enfermedades. Implica, en realidad, la posibilidad de incrementar los niveles de salud propios, tanto como sea factible, de conformidad con las viabilidades materiales estatales y científicas, en armonía con la libertad de la persona, sus condiciones biológicas y su estilo de vida⁹⁷.

27. La garantía de este derecho se concreta mediante la afiliación al SGSSS, cuyo trámite se encuentra regulado en el Decreto 780 de 2016⁹⁸. Según el artículo 2.1.3.5 de esta normativa, el interesado debe contar con un documento de identificación válido. En el caso de los extranjeros puede ser la cédula de extranjería, el pasaporte, el carné diplomático, o el salvoconducto de permanencia⁹⁹. Además, de conformidad con la Resolución 3015 de 2017¹⁰⁰, el PEP sirve para tal efecto.

De igual manera es preciso enunciar que en la Sentencia T-089 de 2018¹⁰¹, este Tribunal Constitucional puntualizó que la afiliación en salud de los menores de edad, es un deber a cargo de sus padres. Lo dicho implica que los extranjeros, incluidos los niños, niñas y adolescentes foráneos, que se encuentren de manera irregular en el territorio colombiano no pueden afiliarse al SGSSS, ya que no cuentan con el soporte documental exigido por la ley. En esa medida, la regularización migratoria es una obligación y un requisito para acceder a la atención integral en salud¹⁰² y la ausencia de su cumplimiento implica la imposibilidad a acceder a las distintas prestaciones a cargo del SGSSS¹⁰³.

28. No obstante, la Corte ha entendido que todos los extranjeros tienen “derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de necesidad y urgencia con el fin de atender sus necesidades más elementales y primarias”¹⁰⁴. Esto porque la Ley 1751 de 2015¹⁰⁵ señaló que entre los derechos que tienen las personas en el sistema de seguridad social en salud, incluidas las extranjeras, está la atención inicial de urgencia que requieran y prohíbe la negación de su prestación, que no puede condicionarse a su autorización administrativa¹⁰⁶.

29. En la Sentencia T-565 de 2019¹⁰⁷, la Corte Constitucional puntualizó las reglas reconocidas hasta el momento de su emisión, conforme las cuales los migrantes con permanencia irregular que tengan una condición económica precaria reciben atención de urgencia con cargo al departamento y, complementariamente, a la Nación hasta que sean afiliados al sistema de seguridad social en salud. Dicha atención no solo busca la

preservación de la vida, sino también la contención de las consecuencias críticas permanentes o futuras, o de factores que hagan sus condiciones de existencia intolerables. En tal sentido, no solo obedece a una “(...) perspectiva de derechos humanos, sino también (...) [a] una perspectiva de salud pública, razón por la cual la misma debe venir acompañada de una atención preventiva”.

En relación con este principio constitucional, en las Sentencias T-502110 y T-844 de 2011¹¹¹, esta Corporación señaló que no se trata de una disposición abstracta, sino que se concreta en cada caso particular, de conformidad con la caracterización y las circunstancias que rodean a la población infantil en cada asunto. Para efecto de aclarar del contenido y alcance de este principio, la primera de esas providencias identificó varios elementos orientadores¹¹².

31. Ahora bien, en el marco de la gestión y la prestación del servicio de salud para niños y niñas, es preciso considerar que todos los agentes que intervienen, tanto públicos como privados¹¹³, deben orientarse no solo al mantenimiento del mayor nivel de salud posible, como para la generalidad de la población, sino que deben perseguir el desarrollo infantil, como presupuesto para el ejercicio de sus demás garantías constitucionales, en el presente y en el futuro¹¹⁴. En esa medida, las decisiones adoptadas en el sistema de seguridad social en salud, siempre que se encuentre comprometido un menor de edad, debe atender a su interés superior¹¹⁵, como mecanismo para la consolidación de la dignidad humana infantil.

32. Ahora bien, en relación con el interés superior de las niñas y niños migrantes no regularizados, es posible concluir, de cara a los fundamentos anteriormente expuestos en relación con los derechos y deberes de los extranjeros¹¹⁶, que ese grupo, al igual que la población infantil nacional, es destinatario de dicho principio, que debe emplearse como un parámetro interpretativo en su favor¹¹⁷. Por lo tanto, a los menores de edad migrantes no

regularizados se les debe garantizar: (i) la afiliación al sistema de salud nacional, previa regularización de su situación migratoria por parte de sus padres, quienes ostentan la representación legal para los trámites administrativos correspondientes¹¹⁸, y (ii) la atención médica de urgencias cuando así lo requieran, con independencia de su estatus migratorio¹¹⁹.

En relación con este último punto, es menester precisar que la ausencia de un documento que acredite la permanencia regular de un menor de edad en el territorio colombiano no podrá ser un obstáculo para que este pueda acceder a los servicios médicos que su condición de salud demande, sobre todo cuando padezcan enfermedades catastróficas o de alto costo, siempre que: (i) exista un diagnóstico clínico reciente, y (ii) se hayan expedido las respectivas órdenes de servicios sanitarios por parte de un médico tratante, y (iii) estos hayan sido negados por la entidad encargada de garantizarlos o prestarlos so pretexto de que el niño o la niña migrante tiene una estadía irregular en Colombia. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en las Sentencias T-390 de 2020¹²⁰, T-021 de 2021¹²¹ y T-090 de 2021¹²². En caso contrario solo podrá garantizar la atención de urgencias que resulte necesaria en un determinado momento.

Solución al caso concreto

33. De acuerdo con el planteamiento del asunto a resolver, esta Sala de Revisión debe determinar si: (i) las entidades accionadas vulneraron el derecho de petición de la accionante, al no dar respuesta a las solicitudes que elevó para regularizar la situación migratoria de su familia y afiliar a su hijo al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Además, le corresponde establecer si: (ii) las accionadas vulneraron los derechos de un menor de edad a la salud al no afiliarlo al Sistema General de Salud. Para resolver las cuestiones planteadas, se analizará cada uno de los problemas jurídicos y se determinará si hay lugar a amparar los derechos de la solicitante en el caso concreto.

Solución al primer problema jurídico: La Secretaría de Salud de Carlos de Guaroa y la Unidad Administrativa Migración Colombia vulneraron el derecho de petición de la accionante al no notificar debidamente las respuestas ofrecidas ante las solicitudes que presentó. La Secretaría de Salud del Meta no lo hizo porque nunca recibió ningún tipo de solicitud.

34. La Sala reitera que, tal como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia¹²³, las personas tienen derecho a presentar solicitudes respetuosas a las autoridades y estas, a su vez, tienen la obligación de dar respuesta oportuna y de fondo a las mismas, lo cual incluye notificar debidamente el contenido de la contestación ofrecida al peticionario.

33. En el caso sub examine se tiene que, el 17 de noviembre y el 11 de diciembre de 2020, la accionante presentó solicitudes ante la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa para que afiliara a su hijo al Sistema de Seguridad Social en Salud. Por su parte, la entidad envió la respuesta correspondiente el 14 de diciembre de 2020 al correo electrónico judithavila14@gmail.com¹²⁴, y en ella se le indicó que debía regularizar su estatus migratorio para proceder con la vinculación al SGSSS, como también que la atención médica de urgencia que ella o su hijo requirieran estaría a cargo del Departamento del Meta.

En lo concerniente a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Sala constató que la entidad recibió una solicitud de regularización de situación migratoria enviada por la accionante el 17 de noviembre de 2020. Esta generó una respuesta automática por parte del Centro Virtual de Atención al Ciudadano (CVAC) de la entidad, en la que se le indicaron los distintos trámites que debía agotar para lograr su cometido¹²⁵. Finalmente, en relación con la Secretaría de Salud del Meta, se acreditó que esa entidad no recibió ningún tipo de requerimiento encaminado a afiliar al menor de edad al SGSSS¹²⁶.

34. En conclusión, y conforme a las consideraciones expuestas en los fundamentos jurídicos y según el acervo probatorio disponible:

(i) La Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa vulneró el derecho de petición de la actora comoquiera que, si bien contestó oportunamente y de fondo su solicitud, la contestación no fue remitida al correo electrónico señalado en el escrito petitorio para ello¹²⁷. En ese documento la interesada pidió ser notificada en el correo judithavila14@gmail.com¹²⁸ y no en el de judithavila14@gmail.com, al cual se envió el pronunciamiento de la entidad¹²⁹. Por lo tanto, se desconoció el deber de comunicar efectivamente, que, a su vez, conllevó a la afectación del precitado derecho fundamental.

(ii) La Unidad Administrativa Migración Colombia también vulneró el derecho de la accionante a conocer la contestación a su requerimiento. En efecto, en sede de revisión, la entidad allegó como prueba de su actuación una captura de pantalla que contiene una respuesta estándar sobre los procedimientos de regularización migratoria, sin que se advierta que esta fue puesta en conocimiento de la peticionaria¹³⁰. Por lo anterior, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas concluye que no existe prueba clara de que se haya atendido la solicitud de la demandante y, por ende, la demandada quebrantó la garantía constitucional consagrada en el artículo 23 superior. Es menester, agregar que la ausencia de notificación oportuna de la respuesta a la solicitud de la accionante implicó que esta pudiera obtener la emisión del PEP en los términos de la Resolución 2359 del 29 de septiembre de 2020, cuyo término de vigencia expiró el 15 de febrero de 2021.

(iii) Por el contrario, la Secretaría de Salud del Meta no vulneró el derecho de la demandante a formular solicitudes respetuosas a las autoridades toda vez que no obra en el expediente prueba de que esa entidad recibió algún tipo de comunicación de la señora Ávila Monagas, pese a las afirmaciones contenidas en el escrito de tutela¹³¹. En efecto el juez de instancia así lo advirtió y en el auto admisorio emitió un requerimiento para que la tutelante aportara las peticiones, el cual no fue atendido¹³².

De igual manera en sede de revisión, la Magistrada Sustanciadora le ordenó a la peticionaria aportar los documentos en cuestión en dos ocasiones¹³³ y ella se abstuvo de hacerlo. Por su parte, la Secretaría de Salud del Meta respondió a esta Corporación que no recibió ninguna solicitud de afiliación en salud enviada por la señora Ávila Monagas¹³⁴, afirmación que no fue desvirtuada por la demandante, razón por la cual es menester concluir que, al no obrar ninguna prueba de la petición enviada por la ciudadana extranjera, en este proceso, se considera no presentada.

36. En consonancia con lo anterior, al acreditarse que tanto la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa como la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia violaron el derecho de petición de la señora Ávila Monagas por no haber notificado las comunicaciones expedidas en respuesta a las solicitudes por ella planteadas, esta Sala de Revisión de Tutelas dispondrá que las accionadas envíen las respuestas a los correos electrónicos yudithavila14@gmail.com y solicitudesciudadanos485@gmail.com¹³⁵.

Solución al segundo problema jurídico: las secretarías de salud de San Carlos de Guaroa y del Meta no vulneraron los derechos a la salud de Eduart Geigel Tirado Ávila al no disponer su afiliación en el Régimen Subsidiado de Salud.

37. De acuerdo con las reglas jurisprudenciales resumidas en los fundamentos jurídicos 23 a 29 de esta providencia, los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, incluidos los menores de edad, tienen derecho a acceder al SGSSS, siempre que cumplan con los requisitos para ello¹³⁶, y a recibir atención de urgencias. Esta última garantía opera aun cuando no tengan regularizada su situación migratoria y pretendan la protección de los derechos a la vida digna, la salud y la integridad física.

38. En el caso sub judice, ni la señora Ávila Monagas ni su hijo se encuentran de forma regular en el país. Los padres del niño no han adelantado ningún trámite tendiente a formalizar su estancia en el territorio nacional. Así lo expuso la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia en el escrito de contestación enviado a esta Corporación¹³⁷. No obstante, lo anterior, en el acervo probatorio del expediente obra copia del documento del pre- registro 5421005 expedido por la institución¹³⁸, por lo cual se instará a la entidad a verificar nuevamente en sus bases de datos cuál es el estado actual de ese trámite administrativo. Una vez surtida esa actuación, deberá emitir la respuesta ordenada en el fundamento jurídico 36, la cual deberá contener toda la información que se puso de presente a la Sala de Revisión, incluida la aclaración del acompañamiento que puede tener para adelantar el trámite de regularización de su situación y la de su hijo en el país, en caso de no contar con acceso a medios tecnológicos.

Por lo anterior, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico 27 de esta providencia, ninguno de ellos puede afiliarse al SGSSS, dado que el Decreto 780 de 2016 exige que los extranjeros que deseen vincularse a este tengan un documento de identificación válido expedido por la autoridad migratoria competente¹³⁹.

Conforme a lo expuesto, es menester concluir que ni la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa ni la de Salud del Meta violaron el derecho a la salud del menor de edad venezolano al no hacerlo parte del sistema de salud. Sus padres, en calidad de representantes legales, no han adelantado las gestiones correspondientes para regularizar su situación migratoria y, en consecuencia, afiliarlo al SGSSS.

En relación con este último punto cabe resaltar que en el año 2021 entró en vigor el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, el cual permite a los ciudadanos de nacionalidad venezolana regularizar su permanencia en el país mediante la obtención del

Permiso por Protección Temporal, que es un documento de identificación válido para afiliarse al sistema de sanidad nacional. Por lo anterior, tanto Judith Ávila Monagas como su hijo menor de edad pueden acogerse al régimen jurídico señalado en el Decreto 216 de 2021 y reglamentado por la Resolución 971 del mismo año y obtener el precitado medio de identificación, por lo cual se exhortará a la accionante que proceda a tramitar ante Migración Colombia la obtención del documento preanunciado para que tanto ella como su hijo puedan acceder al SGSSS.

39. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha expuesto en reiteradas ocasiones que los extranjeros en situación de permanencia irregular en el país, incluidos los niños y niñas, tienen derecho a recibir atención básica y de urgencia cuando así lo requieran¹⁴⁰. Estos servicios médicos corren a cargo de los entes territoriales en los que residan o se encuentren localizados, quienes contarán con el apoyo subsidiario de la Nación, cuando a ello hubiese lugar¹⁴¹. Al respecto, la Sala encontró probado que ninguna de las dos secretarías territoriales de salud ha recibido solicitudes de la accionante para que su hijo pueda acceder a este tipo de prestaciones asistenciales, en tanto la actora no conocía la respuesta emitida por la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa y por ende desconocía que su hijo tenía derecho a recibir atención médica de urgencias¹⁴². Ahora bien, se acreditó que el hijo de la accionante presenta un diagnóstico de “Miastenia Gravis” y “Pectum Excavatum”, patologías que implican la necesidad frecuente de acceder servicios médicos, como lo relató la actora en el escrito de tutela¹⁴³. En efecto, la primera de ellas es una enfermedad huérfana¹⁴⁴. Por esta razón, las autoridades nacionales deben propender por la garantía de los derechos de Eduart Geigel como sujeto de especial protección constitucional, en atención al mandato del artículo 44 superior.

Por esta razón se advertirá a las secretarías de salud de San Carlos de Guaroa y del Meta para que, si se da el caso, presten toda la atención médica de urgencias que Eduart Geigel Tirado Ávila pueda llegar a requerir, sin que su estatus migratorio irregular sea óbice para negarla, dado que la ausencia de un diagnóstico médico reciente y de órdenes médicas concretas y particulares impiden conceder un acceso irrestricto a los servicios de salud

provistos por el sistema.

Conclusiones y órdenes por proferir

40. De conformidad con lo expuesto, la Sala debía determinar en el asunto objeto de análisis si las secretarías de salud de San Carlos de Guaroa y del Departamento del Meta y Migración Colombia vulneraron el derecho fundamental de petición de la actora al no responder las solicitudes de afiliación en salud y de regularización de situación migratoria que les envió el 17 de noviembre y el 11 de diciembre de 2020. A su vez, era necesario determinar si las secretarías de salud accionadas violaron el derecho del menor de edad a la salud al no afiliarlo al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

41. Al estudiar la procedencia del amparo, la Sala concluyó que la acción de tutela era procedente tanto para garantizar la protección del derecho de petición de la señora Judith Melitza Ávila Monagas, como el derecho a la salud de su hijo menor de edad.

42. En relación con el primer interrogante, la Sala concluyó que, en efecto, tanto la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa como Migración Colombia vulneraron el derecho de petición de la actora debido a la indebida y ausente notificación de las respuestas emitidas, lo cual impidió que la peticionaria conociera sus contenidos. Además, se acreditó que la Secretaría de Salud del Meta no violó el precitado derecho fundamental en tanto no obran prueba de que la accionante hubiera radicado solicitud alguna que obligara a esta entidad a responderle.

43. En torno al segundo interrogante, la Sala consideró que las entidades territoriales accionadas no violaron el derecho a la salud del hijo de la accionante ya que no hubo

negativa u omisión injustificada para afiliarlo al sistema general de salud. Por el contrario, se advirtió que sus padres no han cumplido con la obligación de regularizar su situación migratoria, condición necesaria para lograr la afiliación al sistema de salud, según el Decreto 780 de 2016. Igualmente, no se acreditó que las demandadas le hubieran negado la prestación de servicios médicos de urgencia, ya que no recibieron solicitud alguna en este sentido, circunstancia que se presentó porque la progenitora del menor de edad extranjero en situación migratoria irregular desconocía que este tenía derecho a solicitarla y recibirla con independencia de su estatus migratorio, al no haber sido notificada debidamente de la respuesta del ente territorial a su solicitud de afiliación al SGSSS, en la cual se le indicó que existía esa posibilidad. Con todo, la Sala recordó la obligación de las secretarías de salud de San Carlos de Guaroa y del Meta que deberán prestar estos servicios si es necesario y con independencia del estatus migratorio del menor de edad.

44. Por todo lo anterior, esta Sala de Revisión de Tutelas revocará en su totalidad el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Villavicencio (Meta), mediante el cual se negó el amparo constitucional solicitado por la señora Judith Melitza Ávila Monagas en relación con los derechos fundamentales de petición y salud. En su lugar, amparará el derecho fundamental de petición de la accionante y ordenará a la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia notificar las respuestas emitidas en relación con las solicitudes formuladas por la actora los días 17 de noviembre y 11 de diciembre de 2020.

También negará el amparo del derecho de petición de la demandante en relación con la Secretaría de Salud del Meta en la medida en que no existen pruebas de que esta entidad haya recibido algún requerimiento por parte de la demandante y, por lo tanto, no vulneró ninguna garantía ius fundamental.

Además, denegará la protección del derecho fundamental a la salud de Eduart Geigel Tirado Ávila. En concreto, las secretarías de salud demandadas no violaron estos derechos al no

afiliarlo al Sistema General de Seguridad Social en Salud debido a que su estatus migratorio no se encuentra regularizado.

Por lo anterior, se exhortará a la accionante que proceda a tramitar ante Migración Colombia la obtención del Permiso por Protección Temporal para que tanto ella como su hijo puedan acceder al SGSSS ya que es su deber como madre y representante legal del menor de edad propender porque se regularice la situación migratoria de este para que pueda acceder a los servicios médicos que su condición demanda.

45. Por último, la Sala advertirá la obligación de las secretarías de salud de San Carlos de Guaroa y del Meta por lo que, si se da el caso, deberán prestar la atención médica de urgencias que el Eduart Geigel Tirado Ávila pueda requerir, sin que su situación de permanencia irregular sea óbice para negarla.

46. Finalmente, se ordenará al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Villavicencio (Meta), que adopte todas las medidas que estime necesarias para garantizar la debida y oportuna notificación del contenido de esta providencia a la señora Judith Melitza Ávila Monagas, tales como contactar a las autoridades territoriales de San Carlos de Guaroa, del Departamento del Meta y entidades del orden nacional como el Departamento Nacional de Planeación, para obtener su colaboración con el fin de recabar información sobre datos de contacto de la demandante de conformidad con el literal b del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012¹⁴⁵. Ello porque del acervo probatorio del expediente y del trámite surtido en sede de revisión, se desprende que existen serias dificultades para comunicarse con la accionante con la información de contacto que obran en el plenario, y en concordancia con el principio de efectividad de la protección los derechos fundamentales, es una obligación del juez de tutela velar porque la actora conozca el contenido de la sentencia y pueda lograr la oportuna garantía de sus derechos constitucionales¹⁴⁶.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR en su totalidad el fallo de única instancia, adoptado por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Villavicencio (Meta) el 27 de enero de 2021, mediante el cual se negó el amparo constitucional solicitado por la señora Judith Melitza Ávila Monagas en relación con los derechos fundamentales de petición y salud.

SEGUNDO. – AMPARAR el derecho fundamental de petición de Judith Melitza Ávila Monagas y ORDENAR a la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa y a la Unidad Administrativa Migración Colombia que, en el término de dos (2) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia, procedan a enviar las respuestas emitidas en relación con las solicitudes enviadas por Judith Melitza Ávila Monagas los días 17 de noviembre y 11 de diciembre de 2020 a los correos electrónicos `yudithavila14@gmail.com` y `solicitudesciudadanos485@gmail.com`.

En el caso de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la respuesta deberá enviarse previa verificación del estado actual del trámite administrativo del documento de pre-registro 5421005 expedido en favor de la accionante por la entidad. Igualmente, la contestación que se envíe deberá contener toda la información que se puso de presente a la Sala de Revisión, incluida la aclaración del acompañamiento que puede tener para adelantar el trámite de regularización de su situación y la de su hijo en el país, en caso de no contar con acceso a medios tecnológicos.

TERCERO. – NEGAR la protección del derecho fundamental de petición de Judith Melitza Ávila Monagas en relación con la Secretaría de Salud del Meta, de conformidad con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

CUARTO. – NEGAR el amparo constitucional del derecho a la salud del menor de edad Eduart Geigel Tirado Ávila, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

QUINTO. – ADVERTIR a las secretarías de salud de San Carlos de Guaroa y del Departamento del Meta, que tienen la obligación, si se da el caso, de prestar toda la atención médica de urgencias que Eduart Geigel Tirado Ávila pueda llegar a requerir, sin que su situación de permanencia irregular sea óbice para negarla.

SEXTO. – ORDENAR al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad Villavicencio (Meta), que adopte todas las medidas que estime necesarias para garantizar la debida y oportuna notificación del contenido de esta providencia a la señora Judith Melitza Ávila Monagas, tales como contactar a las autoridades territoriales de San Carlos de Guaroa, del Departamento del Meta y entidades del orden nacional como el Departamento Nacional de Planeación, para obtener su colaboración con el fin de recabar información sobre datos de contacto de la demandante de conformidad con el literal b del artículo 13 de la Ley 1581 de 2012.

SÉPTIMO. – EXHORTAR a la señora Judith Melitza Ávila Monagas para que proceda a tramitar ante la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia la obtención del Permiso por Protección Temporal para regularizar su estatus migratorio y así tanto ella como su hijo puedan acceder al SGSSS.

OCTAVO. – Por Secretaría General de la Corte Constitucional, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con Salvamento Parcial de Voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-352/21

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS VENEZOLANOS EN COLOMBIA-Progresividad hasta alcanzar la atención integral (Salvamento parcial de voto)

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS CON ENFERMEDADES HUERFANAS (Salvamento parcial de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte me permito expresar las razones que me llevan a apartarme parcialmente de la decisión que ha sido adoptada por la mayoría

en la sentencia T-352 del 14 de octubre de 2021 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

1. La accionante Judith Melitza Ávila Monagas actuando en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad, Eduart Geigel Tirado Ávila, buscó la protección de sus derechos fundamentales de petición y salud. Lo anterior, ante la ausencia de respuesta por parte de la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa (Meta), la Secretaría de Salud del Meta y la Unidad de Migración Colombia, a la solicitud de afiliación al régimen subsidiado de salud para su hijo, con el fin de que pudiera acceder a la práctica de los controles médicos frecuentes que requiere con ocasión de las enfermedades que presenta¹⁴⁸. Por lo tanto, solicitó se garantizara la afiliación de su hijo menor de edad al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La acción de amparo fue negada a través de la sentencia de única instancia, pues el juzgado consideró que las entidades accionadas no vulneraron los derechos de la accionante ni los de su hijo menor de edad.

2. La Sala Sexta de Revisión encontró que la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa y Migración Colombia violaron el derecho de petición de la actora como consecuencia de la indebida¹⁴⁹ y ausente¹⁵⁰ notificación de las respuestas emitidas, lo que impidió a la peticionaria conocer sus contenidos. Además, se acreditó que la Secretaría de Salud del Meta no vulneró el precitado derecho fundamental en tanto no obra prueba de que la accionante hubiera radicado solicitud alguna ante dicho ente territorial.

En cuanto al derecho a la salud, al abordar el capítulo “[e]l derecho fundamental a la salud de los niños y niñas migrantes en situación de permanencia irregular en Colombia. Reiteración de jurisprudencia”, la Sala señaló que a los menores de edad migrantes no regularizados se les debe garantizar la afiliación al sistema de salud y la atención médica de urgencias, cuando así lo requieran, sin importar su estatus migratorio. No obstante, consideró

que la irregularidad de la situación migratoria de los menores de edad no puede ser un obstáculo para el acceso a los servicios médicos que su condición de salud demande, en especial, cuando padezcan de enfermedades catastróficas o de alto costo, siempre que i) exista un diagnóstico clínico reciente, ii) se hubieren expedido órdenes de servicios sanitarios por parte de un médico tratante y iii) estos fueren negados por la entidad encargada de garantizarlos con fundamento en su situación irregular en el país. Para ello mencionó las sentencias T-390 de 2020, T-021 de 2021 y T-090 de 2021.

Fundada en lo anterior, al estudiar el caso concreto, la Sala estimó que las entidades territoriales accionadas no violaron el derecho a la salud del hijo de la accionante, debido a que no hubo negativa u omisión injustificada para afiliarlo al sistema general de salud. Por el contrario, advirtió que sus padres no habían cumplido con la obligación de regularizar su situación migratoria, condición necesaria para lograr la afiliación al sistema. Igualmente, indicó que no se acreditó que las demandadas le hubieran negado la prestación de servicios médicos de urgencia, dado que no recibieron solicitud alguna en este sentido.

En relación con este último punto, expresó que la ausencia de un diagnóstico reciente y de órdenes médicas concretas y particulares impiden conceder un acceso amplio a los servicios de salud provistos por el sistema. Por lo tanto, como quiera que la jurisprudencia constitucional ha reiterado que los extranjeros en situación irregular de migración que permanecen en el país, incluidos los niños y niñas, tienen derecho a recibir atención básica y de urgencia cuando así lo requieran, la sentencia advirtió a las secretarías de salud de San Carlos de Guaroa y del Meta para que, si se da el caso, presten toda la atención médica de urgencias que pueda llegar a requerir el hijo menor de edad de la accionante.

1. Ante lo anterior, debo expresar que no estoy conforme con la orden de advertir a las secretarías de salud accionadas de brindar únicamente la atención médica de urgencia a Eduard Geigel Tirado Ávila, así como tampoco con los fundamentos expuestos para ello. En este orden de ideas me permito exponer las razones por las que me aparto parcialmente de

la decisión mayoritaria dentro del presente asunto:

(i) Sea lo primero manifestar que, en el caso concreto efectivamente el menor de edad se encuentra en el país en situación irregular, no existe una omisión injustificada para afiliarlo al Sistema de Salud, ni se observa negación de la prestación de servicios de urgencia.

Tampoco se evidencia un (i) diagnóstico médico reciente, (ii) órdenes emitidas por el médico tratante, ni (iii) la negativa por parte de la entidad encargada de garantizarlos. No obstante, difiero de que estos requisitos sean necesarios para que los menores de edad puedan recibir una atención integral. Lo anterior, toda vez que, contrario a lo que dice la sentencia T-352 de 2021, las sentencias T-390 de 2020, T-021 de 2021 y T-090 de 2021 no establecieron las reglas enunciadas como requisito para que los menores de edad en situación migratoria irregular puedan acceder a los servicios médicos de una manera integral.

Es así como, la sentencia T-390 de 2020 puntualizó:

“En ese contexto, podría concluirse, prima facie, que para aquellos extranjeros de paso y/o que no han regularizado su situación migratoria dentro del país, el SGSSS no prevé una cobertura especial que se extienda más allá de la ‘atención de urgencias’. Ello significa que, en principio, para poder acceder a un servicio integral en salud se requiere que, previamente, estos se presenten ante la autoridad migratoria a fin de obtener un documento válido de identificación que les permita su afiliación al sistema.

Lo anterior, constituye una carga pública constitucionalmente admisible y razonable a la luz de su calidad de migrantes que tienen la pretensión de acceder la oferta de servicios en salud en el territorio nacional. No obstante, dicha carga, para el caso de los NNA extranjeros

irregulares que padecen de una afección de salud que requiere de un tratamiento integral, resultaría desproporcionada no solo por su condición de menores sino también por el estado de vulnerabilidad en que se encuentran derivada de: (i) su enfermedad y (ii) haber tenido que salir intempestivamente de su lugar de origen. Al respecto, recuerda la Sala que los NNA son sujetos de especial protección constitucional y que la garantía de sus derechos es prevalente, máxime cuando, por sus condiciones físicas o mentales, se hallan en situación de debilidad manifiesta.

Así las cosas, el hecho de que los menores extranjeros no tengan la condición de ‘regulares’ en el territorio colombiano y que, como consecuencia de ello, carezcan del correspondiente permiso que exige la ley para ser afiliados al SGSSS, no es una situación que les sea imputable a los mismos y que, por tanto, no puede repercutir en detrimento del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

Por su parte, en la sentencia T-021 de 2021, reiterada en la sentencia T-090 de 2021 se indicó:

“En suma, la jurisprudencia es consciente de las situaciones ‘limite’ y ‘excepcionales’ que han permitido avanzar en una línea de protección que admita una cobertura médica que sobrepase la atención de urgencias para el caso de los extranjeros en situación de irregularidad que padecen de enfermedades graves. Y para el caso de niños, niñas y adolescentes extranjeros no regularizados, que se ven menoscabados en su salud física y mental, no es deber de los menores asumir una carga pública que, por razones de su edad y su condición de vulnerabilidad derivada de su afección, le es atribuible a sus representantes legales, sin que la falta de diligencia de estos últimos, en lo que se refiere a la legalización de su estado migratorio, pueda proyectarse negativamente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de sus hijos.”

Teniendo en cuenta lo expuesto, si bien en los casos estudiados en las sentencias T-390 de 2020, T-021 de 2021 y T-090 de 2021 coincide que los menores de edad involucrados contaban con un diagnóstico reciente emitido por el médico tratante, estos supuestos no fueron fijados por la Corporación como regla para brindarle a los niños, niñas y adolescentes en situación migratoria irregular una atención mucho más allá de urgencia. Esto, porque las razones por las cuales la Corte consideró ampliar la protección en materia de salud a esta población son que se trata de sujetos de especial protección, que por su condición de vulnerabilidad y su edad no pueden asumir las consecuencias negativas de una carga que le corresponde a sus padres o representante legales.

En este sentido, la exigencia de los presupuestos mencionados, para que al menor de edad se le brinde una atención integral, constituye un retroceso a los niveles de protección en materia de salud a los niños, niñas y adolescentes con permanencia irregular en el país, logrados por la Corte en las sentencias citadas y que implica que los menores de edad solo podrían acceder a servicios más allá de urgencias en aquellos casos en que cuenten con diagnóstico y prescripción reciente.

A mi juicio, la decisión es regresiva y resulta constitucionalmente problemática debido a que contradice el principio de progresividad¹⁵¹, sin que los requisitos impuestos en la decisión de la que me aparto tengan un fin legítimo y un presupuesto constitucional que lo justifique. En tal contexto, la sentencia está desconociendo la protección especial del derecho a la salud de los niños, en las facetas de diagnóstico y prestacional, imponiéndoles cargas adicionales a las establecidas en la jurisprudencia. Además, desatiende disposiciones internacionales como la Observación No. 14 relativa al derecho a la salud, en la cual se señala que “la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto” (se resalta); el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr

progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”, entre otras.

(ii) Ahora bien, lo anterior, es aún más cuestionable dado que la decisión no tuvo en cuenta que el menor tiene un padecimiento neuromuscular denominado “miastenia gravis”, el cual, conforme al anexo técnico de la Resolución 5265 de 2018¹⁵² del Ministerio de Salud y Protección Social es una enfermedad huérfana¹⁵³.

Cabe resaltar que de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 1390 de 2010 modificado por el artículo 10 de la Ley 1438 de 2011 se denominan enfermedades huérfanas “aquellas crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas” (se resalta). Así mismo, el Ministerio de Salud¹⁵⁴ al referirse a ellas señaló que: “estas son afectaciones en salud, poco comunes en comparación con la población general. Se caracterizan por tener un avance progresivo hacia el debilitamiento del paciente” (Se resalta).

Además de que esta patología al ser huérfana es crónicamente debilitante, y puede generar consecuencias graves en la salud de los pacientes, al investigar específicamente sobre dicha enfermedad se evidenció que esta es capaz de producir una crisis miasténica y ocasionar incluso la muerte. Es así como la Universidad Nacional de Colombia, en un artículo¹⁵⁵ respecto de esta patología indicó:

“La miastenia gravis en su presentación juvenil es una entidad rara que al igual que su presentación en adultos es una enfermedad autoinmune que afecta la transmisión postsináptica de acetilcolina.

La crisis miasténica es una condición potencialmente mortal caracterizada por el empeoramiento de la debilidad miasténica con compromiso ventilatorio que requiere intubación o ventilación no invasiva para evitar la muerte. La crisis miasténica es la forma de debut en un 8% de los enfermos; (...). Además, la crisis miasténica puede ocurrir espontáneamente como parte de la historia natural de la propia miastenia gravis.”

También es importante traer a colación el concepto de la facultad de medicina de la Universidad Nacional sobre la enfermedad Miastenia Gravis IIB solicitado por esta Corporación al estudiar el caso de una señora que padecía dicha patología, el cual se encuentra plasmado en la sentencia T-643 de 2005, en la que se expresa lo siguiente:

“La Universidad Nacional de Colombia- Facultad de Medicina, en escrito elaborado por el doctor Pablo Lorenzana radicado en la Corte el 12 de mayo de 2005, describe la Miastenia Gravis IIB como ‘una enfermedad autoinmune que afecta los músculos y produce debilidad y fatigabilidad muscular’. ‘La clasificación IIB significa que afecta también músculos que controlan la deglución y la fonación (...) es frecuente que se afecten los párpados (...) y los músculos que mueven los ojos (...) produciéndose visión doble’. Adicionalmente señala que ‘hay debilidad de intensidad moderada en los músculos de las extremidades y en los músculos respiratorios’. Añade que la capacidad funcional de quienes sufren esta enfermedad se puede encontrar comprometida dado que presentan fatiga muy rápidamente y puede llegar a impedir labores como caminar un trecho largo, realizar labores con las manos, leer o ver TV. Añade que la plasmaféresis – tratamiento ordenado a la actora – ‘se utiliza cuando el paciente hace crisis miasténica que significa que la debilidad aumenta y puede haber dificultad para respirar y para manejar las secreciones. Saliva y moco.’. Adicionalmente señala que el no hacerle plasmaféresis si está en crisis implica que habrá que apoyar la ventilación del paciente con un respirador. Añade que los medicamentos formulados se utilizan para mejorar la fuerza y resistencia musculares y que no suministrarlos ‘compromete la calidad de vida del paciente’. Señala finalmente que ‘estas drogas se necesitan por periodos prolongados de tiempo, individuales para cada paciente’”.

En este sentido, además de que la providencia trajo unas reglas que no fueron establecidas en las sentencias citadas, resulta desproporcionado que en el caso particular se exija un diagnóstico reciente siendo que se aportó la historia clínica¹⁵⁶ del menor de edad, en donde consta que este padece una patología que el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia ha definido como huérfana, y en la que se indica que el menor de edad “debía permanecer bajo el cuidado materno por el riesgo de descompensación de enfermedad de base y (...) era necesario que asistiera a controles médicos regulares”¹⁵⁷ (se resalta).

(iii) Por otro lado, considero que la providencia desatendió el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015, el cual dispone que “la atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, (...) personas que sufren enfermedades huérfanas (...) gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica”. (Se resalta).

Lo anterior, por cuanto en el caso particular, exigir la historia clínica reciente constituye una limitación al derecho fundamental a la salud ocasionada por la restricción administrativa impuesta a un sujeto de especial protección constitucional, toda vez que, la jurisprudencia no exige tal documento y en el caso objeto de estudio se trata de un menor de edad, en situación migratoria irregular que padece de una enfermedad huérfana ya diagnosticada. Además, debe destacarse que, al no estar afiliado al Sistema de Salud en Colombia, no podría obtener en forma reciente un diagnóstico en nuestro país, a menos que tenga una crisis que lo conlleve a acudir a los servicios de urgencia, lo cual enfrenta al menor de edad a la imposibilidad de cumplir con el referido requisito.

En definitiva, considero que la sentencia hizo una interpretación equivocada de las sentencias T-390 de 2020, T-021 de 2021 y T-090 de 2021 al derivar de ellas una serie de

requisitos que no fueron establecidos, ocasionando un retroceso en el nivel de protección alcanzado respecto del derecho fundamental a la salud de los menores de edad en situación irregular de migración, pues al no ser acreditados, limita la atención en salud a los casos de urgencias, restringiendo de esa forma una prerrogativa fundamental de un grupo poblacional cuyos derechos fundamentales son prevalentes por mandato constitucional.

En los anteriores términos dejo consignado mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

1 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte AUTO SALA DE SELECCION 29 DE JUNIO DE 2021 NOTIFICADO 15 DE JULIO DE 2021.pdf”, folios 1 a 36.

3 Según consta en el Registro de Nacimiento expedido por la Comisión de Registro Civil y Electoral del Consejo Nacional Electoral de la República Bolivariana de Venezuela que obra en el expediente digital en los folios 5 a 6 del archivo 50001318700220210001600_DEMANDA_14-01-2021 2.56.53 p.m..pdf.

4 La actora anexó al escrito de tutela copia del documento del pre- registro 5421005 expedido por Migración Colombia y con fecha de vencimiento del 16 de diciembre de 2021.

(Expediente digital. 50001318700220210001600_DEMANDA_14-01-2021 2.56.53 p.m..pdf. Folio 7)

5 La Miastenia Gravis es una “Enfermedad autoinmunitaria debida a autoanticuerpos contra diversos componentes del aparato postsináptico neuromuscular. La mayoría de los pacientes tienen anticuerpos contra el receptor de acetilcolina, y una pequeña proporción contra el receptor de la proteína-quinasa específica del músculo, aunque existen casos en los que no se detectan autoanticuerpos. Cursa con fatigabilidad muscular localizada (en los músculos oculares) o generalizada (en los músculos de las extremidades y respiratorios). El diagnóstico se apoya en las pruebas de estimulación repetida en el electromiograma y en la respuesta a un anticolinesterásico de acción rápida (edrofonio). El tratamiento depende de la forma clínica y de la edad del paciente, y puede consistir en anticolinesterásicos (piridostigmina), timentomía, corticoides, inmunoglobulinas, plasmaféresis y otros inmunodepresores” (definición extraída del Diccionario de términos médicos de la Real Academia Nacional de Medicina. Consultado el 13 de octubre de 2021 y disponible en: <http://dtme.ranm.es/dtm/ver.php?id=136390>. La “Miastenia Gravis” se encuentra incluida en el listado de enfermedades huérfanas elaborado por el Ministerio de Salud y Protección Social y recopilado en la Resolución 5265 del 27 de noviembre de 2018. Por su parte, el pectus excavatum es “una malformación genética en el pecho, que hace que varias costillas y el esternón crezcan de forma anormal. Generalmente, las costillas y el esternón se proyectan hacia delante. Pero en el pectus excavatum, el esternón se proyecta hacia dentro, formando una depresión en el pecho. Esto da al pecho un aspecto ahuecado o cóncavo; por eso, esta afección también se llama pecho en embudo o pecho hundido” (definición extraída del sitio web Nemours KidsHealth, consultado el 13 de octubre de 2021 y disponible en: <https://kidshealth.org/es/parents/pectus-excavatum.html>

6 Según consta en el informe médico expedido por la Unidad de Neurología Pediátrica del Hospital Universitario de Caracas (Venezuela), con fecha del 18 de septiembre de 2017, el cual obra en el expediente digital en el folio 8 del archivo 50001318700220210001600_DEMANDA_14-01-2021 2.56.46 p.m..pdf. En este documento se hacen constar, entre otros, los siguientes asuntos: (i) Eduart Geigel Tirado Ávila tenía 13 años en esa época y venía siendo tratado desde hacía varios años por las patologías Miastenia Gravis y Pectum Excavatum, (ii) que debía permanecer bajo el cuidado materno por el riesgo de descompensación de enfermedad de base y se le proscribió la realización de actividad

física, (iii) era necesario que asistiera a controles médicos regulares, y (iv) se advirtió que ante una descompensación debía ser atendido de manera inmediata en un centro hospitalario.

7 Expediente digital. “50001318700220210001600_DEMANDA_14-01-2021 2.56.53 p.m..pdf”, folio 1.

8 Ídem.

9 En el escrito de tutela la accionante manifestó la necesidad de lograr la afiliación del menor de edad porque: “(...) su patología no ha sido tratada y se pone en riesgo la vida e integridad de mi hijo” y porque además “[l]as condiciones de salud de mi hijo se han visto gravemente afectadas, dado que desde que salimos de la república de Venezuela no ha recibido ningún tipo de atención médica, no continuo su tratamiento médico ni atención por parte de especialistas” (Expediente digital “50001318700220210001600_DEMANDA_14-01-2021 2.56.53 p.m..pdf”, Folio 1.

10 Expediente digital. “50001318700220210001600_ACT_AUTO ADMITE_14-01-2021 6.03.08 p.m..pdf”.

11 Expediente digital. “50001318700220210001600_ACT_NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO_10-02-2021 3.27.24 p.m..pdf ‘NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO 50001318700220210001600_ACT_NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO_15-01-2021 11.52.34 a.m..pdf NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO 50001318700220210001600_ACT_NOTIFICACIÓN AUTO ADMISORIO_15-01-2021 11.52.44 a.m..pdf”.

12 Expediente digital. “50001318700220210001600_ACT_AUTO NIEGA_28-01-2021 8.30.07 a.m..pdf”.

13 Ibid. Páginas 1 a 10.

14 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte AUTO T-8206322 Pruebas Ago 2-21.pdf”, folios 1 a 7.

15 Según consta en los oficios de remisión que obran en: Expediente digital. “Anexo secretaria Corte T-8206322 OFICIOS Ago 4-21 Pruebas.pdf”, folios 1 a 2, y 4.

16 Expediente digital. "Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud de Guaroa (1).pdf", folios 1 a 3.

17 Las solicitudes se encuentran en los archivos "Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud de Guaroa (1).pdf" y "Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud de Guaroa (4).pdf" del expediente digital.

18 Expediente digital. "Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud de Guaroa (5).pdf".

19 Expediente digital. "Anexo s Expediente digital", folio 1.

20 Expediente digital. "Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2548-2021 – Migración Colombia (8).pdf", folios 1 a 9.

21 Ibid., folio 1

22 "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria"

23 "Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021".

24 Expediente digital. "Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2548-2021 – Migración Colombia (2).pdf".

25 Expediente digital. "Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2548-2021 – Migración Colombia (1).pdf". La entidad remitió copia de una captura de pantalla que contiene una respuesta estandarizada a la solicitud sin señalar la fecha de su emisión ni el nombre del destinatario.

26 Ídem.

27 Expediente digital. "Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2548-2021 – Migración Colombia (2).pdf". Folio 5.

28 Resolución No. 0971 del 28 de abril de 2021 "Por la cual se implementa el Estatuto

Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021”.

29 El artículo 25 del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos dispone que: “(...) Los niños, niñas y adolescentes migrantes venezolanos son cobijados por el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, siempre que se encuentren en alguna de las condiciones señaladas en el artículo 2 de esta Resolución. Para ello, se valorará la especial situación de vulnerabilidad de los menores de edad no acompañados, separados, de aquellos que no tienen documentación y de quienes se encuentren en un Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos (PARD) o en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA).”

30 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2548-2021 – Migración Colombia (8).pdf”, folio 9.

31 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte AUTO T-8206322 requerimiento 30 Ago-21.pdf”, folios 1 a 6.

32 Expediente digital. Anexo secretaría Corte T-8206322 (Auto 30-agosto-2021) Informe de cumplimiento.pdf

33 Ibidem.

34 Tal y como aparece en la constancia suscrita por el auxiliar judicial del despacho de la Magistrada Ponente, que obra en los folios 1 a 2 del expediente digital. Anexo secretaria Corte Correo electrónico del 27 de septiembre de 2021, enviado por Carlos Andrés Randazzo Ruiz-auxiliar Judicial Grado I-Despacho Dra. Ortiz -anexo constancia.pdf. folios 1 a 2.

35 En este acápite se retoman las consideraciones generales sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela señaladas en la Sentencia T-217 de 2021, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

36 Sentencia T-409 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. “En relación con la representación legal que ejercen los padres en las acciones de tutela cuando las promueven para la protección de los derechos fundamentales de sus hijos, esta Corporación ha precisado que aquellos se encuentran legitimados por activa en razón de los deberes de defensa y las

‘facultades que se derivan del ejercicio pleno de la patria potestad’, entre las cuales se encuentra la representación judicial y extrajudicial del hijo”.

37 De conformidad con la jurisprudencia de este tribunal son los departamentos, en concurso con la Nación, quienes deben prestar los servicios médicos de urgencia a la población migrante en situación de permanencia irregular. Ver entre otras las Sentencias T-705 de 2017, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; y T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

39 Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

40 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

41 Sentencias T-148 de 2019, T-608 de 2019 y T-117 de 2020, todas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

42 Ídem.

43 Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia.

44 Sentencias SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; y SU-108 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

45 Sentencias T-223 de 2018 y SU-108 de 2019, ambas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

46 Sentencias T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-063 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-230 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y T-087 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

47 Artículos 86 de la Constitución y 6º del Decreto 2591 de 1991.

48 Sentencia T-297 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

49 Sentencia T-146 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

50 Sentencia T-373 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

51 Según la Sentencia T-146 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado para caracterizar el

perjuicio como “irremediable”, es necesario que se acrediten los siguientes requisitos: “(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto al daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir la afectación; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de los remedios para la efectiva protección de los derechos en riesgo”.

52 Artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

53 Sobre el particular ver las sentencias T-084 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa; y T-206 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

54 Sentencia T-077 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo: “(...) esta Corte ha estimado que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene previsto un medio de defensa judicial idóneo ni eficaz diferente de la acción de tutela, de modo que quien resulte afectado por la vulneración de este derecho fundamental no dispone de ningún mecanismo ordinario de naturaleza judicial que le permita efectivizar el mismo. Por esta razón, quien encuentre que la debida resolución a su derecho de petición no ocurrió, esto es, que se quebrantó su garantía fundamental, puede acudir directamente a la acción de amparo constitucional. // En la Sentencia C- 951 de 2014, mediante la cual la Sala Plena de esta Corporación estudió la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria No. 65 del 2012 Senado, - 227 de 2013 Cámara “Por medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, señaló que el derecho de petición se aplica a todo el procedimiento administrativo, trámite que incluye los recursos ordinarios y extraordinarios, de manera que su no resolución oportuna o adecuada también es susceptible de corregirse a través de la acción de tutela. De esta manera, la acción de tutela es el único mecanismo idóneo y eficaz para garantizar la protección del derecho fundamental de petición, del cual hacen parte los recursos administrativos ante las autoridades.” Véanse, entre otras, las sentencias T-149 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-084 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa; T-138 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y T-206 de 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

55 La norma en cita dispone lo siguiente: “(...)Si la persona interesada insistiere en su petición de información o de documentos ante la autoridad que invoca la reserva, corresponderá al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el lugar donde se encuentren los

documentos, si se trata de autoridades nacionales, departamentales o del Distrito Capital de Bogotá, o al juez administrativo si se trata de autoridades distritales y municipales decidir en única instancia si se niega o se acepta, total o parcialmente la petición formulada. (...) Para ello, el funcionario respectivo enviará la documentación correspondiente al tribunal o al juez administrativo, el cual decidirá dentro de los diez (10) días siguientes. Este término se interrumpirá en los siguientes casos: (...)1. Cuando el tribunal o el juez administrativo solicite copia o fotocopia de los documentos sobre cuya divulgación deba decidir, o cualquier otra información que requieran, y hasta la fecha en la cual las reciba oficialmente. (...)2. Cuando la autoridad solicite, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. Si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo. (...) PARÁGRAFO. El recurso de insistencia deberá interponerse por escrito y sustentado en la diligencia de notificación, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella”.

56 Sobre el particular, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6º de la Ley 1949 de 2019, dispone que: “ (...) 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.(..)b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.(...)2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios(..).c) Conflictos derivados de la multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de este con los regímenes exceptuados.(...)d) Conflictos relacionados con la libre

elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.(...)e) Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la (...)salud. (...) f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (...)”

57 El artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, mediante, el cual modificó el artículo 2 de la Ley 712 de 2001 dispone que la jurisdicción laboral ordinaria le corresponde conocer sobre “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”

58 Sentencia T-250 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

59 Sentencia T-436 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

60 En este acápite se retoman las consideraciones sobre el derecho de petición expuestas en las Sentencia T- 015 de 2019 y T-044 de 2019, ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

61 Sentencia C-007 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

62 Sentencia C-818 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

63 En principio la posibilidad de ejercer el derecho de petición en forma verbal derivó de la inexistencia de norma estatutaria que restringiera su uso (Sentencia T-098 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. “La ausencia de norma jurídica – legal, reglamentaria o estatutaria – que obligue a la peticionaria a presentar en forma escrita la solicitud de afiliación a la entidad demandada, le resta fuerza y validez a la argumentación del juez de tutela, quien estima improcedente la interposición de la acción de tutela por no haberse dado a la autoridad la oportunidad de pronunciarse sobre la solicitud de inscripción. La tendencia

racionalizadora de la actividad estatal, que propugna la formalización de los asuntos que se suscitan entre el Estado y los particulares, debe ser morigerada, en lo posible, con la posibilidad constitucional y legal de ejercer verbalmente o por escrito el derecho fundamental de petición conforme cabe esperar del estado social de derecho y de la consideración de los funcionarios como servidores públicos, amén de que el principio de la buena fe ampara, en principio, salvo norma positiva en contrario, la invocación verbal de petición.”). Tras la expedición de la Ley 1755 de 2015, la solicitud verbal quedó legalmente consagrada como una de las modalidades del ejercicio del derecho de petición, en el entendido de que debe haber constancia de esta.

64 Sentencia C-951 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

65 Sentencia T-139 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

66 Sentencia C-007 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

67 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

68 Ley 1755 de 2015. Artículo 31.

69 Sentencias T-242 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; C-510 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-867 de 2013, M.P. Alberto Rojas Ríos; C-951 de 2014, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez; y T-058 de 2018, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

70 Sentencia C-007 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

71 Sentencia T-430 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

73 Ver las sentencias T-259 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; y T-814 de 2005, M.P. Jaime Araújo Rentería, entre otras.

74 Esta regla se encuentra enunciada entre otras, en las sentencias T-249 de 2001, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; y T-1006 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

75 Sentencia T-430 7de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

76 En este apartado se retoman las consideraciones expuestas en las Sentencias T-314 de

2016, T-246 de 2020, y T-436 de 2020, todas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

77 M.P. Fabio Morón Díaz.

78 Sentencia C-469 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

79 Sentencia T-051 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

80 Sentencias C-1259 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño; y T-321 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Sentencia del 23 de noviembre de 2010.

81 Sentencias SU-677 de 2017 y T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

82 Sentencia T-436 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

83 “Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria”.

84 “Por la cual se implementa el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos adoptado por medio del Decreto 216 de 2021”

85La norma en cita dispone lo siguiente: “(...) 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.” (énfasis propio).

86 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta ocasión, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió unificar los criterios de interpretación que rigen el acceso de los extranjeros en condición de permanencia irregular al SGSSS de Colombia. En particular se expuso, entre otros tópicos importantes, que estos (i) deben regularizar su estatus migratorio para ser afiliados, (ii) tienen derecho a la atención médica de urgencias con independencia si están legalmente o no en el país, y (iii) los menores de edad nacionales y foráneos tienen los mismos derechos y estos deben ser protegidos de la igual manera en atención al mandato del artículo 44 Superior.

87 Estos son: (i) la igualdad y no discriminación, (ii) el interés superior de las niñas y los niños, (iii) la efectividad y prioridad absoluta, y (iv) la participación solidaria.

88 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esa ocasión la Sala Quinta de Revisión de Tutelas se pronunció sobre la presunta vulneración de los derechos de un menor de edad que padecía parálisis cerebral y a quien su EPS no le había suministrado atención médica oportuna y eficaz, lo cual conllevó a que padeciera intensos sufrimientos.

89 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta ocasión la Sala Séptima de Revisión de Tutelas estudio el caso de un ciudadano cubano que había sido deportado por encontrarse en situación de permanencia irregular en Colombia, pese a lo cual esta orden administrativa no se había ejecutado por ausencia de recursos económicos para costear los tiquetes aéreos. Al revisar el caso se constató que las entidades del Estado colombiano no vulneraron los derechos del accionante, ya que este había infringido las normas migratorias sobre permanencia regular en el país y por ello debía afrontar las consecuencias jurídicas de su actuación.

90 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta sentencia la Corte Constitucional analizó si se había violado el derecho fundamental a la unidad familiar de una persona de nacionalidad china de la tercera edad; cuya familia residía en Colombia; a quien se le negó una visa para permanecer en el país, por haber ingresado irregularmente al territorio nacional. La Sala Sexta de Revisión concluyó que se lesionó la prerrogativa constitucional de la accionante comoquiera que el ejercicio de la potestad legítima del Estado colombiano para decidir que personas extranjeras pueden entrar y residir en su jurisdicción, no consultó las circunstancias particulares de la afectada, esto es el hecho de que no tenía más familiares que los que

residían en este país ,y con ello desconoció los deberes que tiene de garantizar la igualdad de derechos entre nacionales y foráneos. . Al haberse constatado la vulneración del derecho a la unidad familiar, se ordenó a la Cancillería expedir el respectivo visado que necesita la agenciada para reingresar al país.

91 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta oportunidad la Sala Sexta de Revisión de Tutelas concedió el amparo a los derechos a la salud y a la vida de una persona venezolana diagnosticada con VIH a quien se le negó el suministro de medicamentos para tratar su enfermedad, por encontrarse en situación de permanencia irregular en el país. En esta ocasión la Corte reconoció que la accionante tenía derecho a recibir atención de urgencia por su patología por lo cual ordenó a la accionada proveerle los antirretrovirales requeridos por la actora en cumplimiento del derecho a la igualdad de trato consagrado en el artículo 100 de la Constitución Política, no obstante, lo cual la actora debía regularizar su estatus migratorio para poder acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud.

92 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta providencia se estudió la posible vulneración de los derechos de una madre venezolana y los integrantes de su núcleo familiar, compuesto por su hija menor de edad, su madre, su hermana y su sobrino, todos también extranjeros, a quienes al parecer se les había negado la expedición del PEP y la afiliación en salud, por lo cual solicitó que se ordenará expedir los documentos migratorios correspondientes y la afiliación en salud de su familia. En concreto refirió que la vinculación al sistema de salud de Colombia resultaba indispensable para su hija quien presentaba un diagnóstico de una grave afección cardíaca y pulmonar que incidía en el desarrollo infantil, como quiera que comprometía la oxigenación de sus órganos y extremidades. Al evaluar las pruebas del caso la Corte Constitucional concluyó que solo se habían vulnerado los derechos de la menor de edad a la salud, a la igualdad y a la vida digna, y ordenó proveerle toda la atención médica de urgencias que requiriera en relación su enfermedad. En relación con las demás personas de la familia no se dictó ninguna orden de protección comoquiera que las personas extranjeras en Colombia deben cumplir con las leyes y regularizar su estadía, para lo cual dispuso que la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia le prestara toda la ayuda a la accionante y a sus familiares para obtener los documentos migratorios correspondientes.

93 En este acápite se retoman y recapitulan las consideraciones expuestas en las Sentencias T-316 de 2016, T- 207 de 2020, T- 246 de 2020, T-436 2020 y T-496 de 2020, todas con

ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

94 Sentencia C-313 de 2014. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

95 Ha sido reiterado en múltiples providencias, entre ellas, las sentencias T-436 2020 y T-496 de 2020, referidas previamente.

96 En esa misma línea la Sentencia T-579 de 2017 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger) sostuvo que “(...) el derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano”.

97 Sentencia T-207 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

98 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”.

99 La norma en cita dispone que: “Artículo 2.1.3.5. Documentos de identificación para efectuar la afiliación y reportar las novedades. Para efectuar la afiliación y reportar las novedades, los afiliados se identificarán con uno de los siguientes documentos: (...) 5. Cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda, para los extranjeros (...)”.

100 “Por medio de la cual se incluye el Permiso Especial de Permanencia – PEP como documento válido de identificación en los sistemas de información del Sistema de Protección Social”.

101 M.P. José Fernando Reyes Cuartas. En esta sentencia la Sala Octava de Revisión de Tutelas estudió el caso de un menor de edad que había sido desafiliado del Régimen Subsidiado de Salud, al cual había sido vinculado por su madre aunque su padre se encontraba vinculado al Régimen Contributivo de Salud. Al analizar las pruebas del expediente la Corte Constitucional concluyó que se le había vulnerado al menor de edad su derecho a la salud y se ordenó su registro en la EPS donde su padre figuraba como cotizante, pues esta tenía la obligación de propender por su salud.

103 Sentencia T-058 de 2020, M.P. Carlos Bernal Pulido.

104 Sentencia T-314 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

105 “Por Medio de la cual se regula el Derecho Fundamental a la Salud y se dictan otras disposiciones”.

106 En consonancia con lo anterior, el Decreto 780 de 2016 señala las directrices que rigen la atención de urgencia en entidades, públicas y privadas, que prestan servicios de salud. Para su regulación, en consonancia con el Decreto 866 de 2017, contiene un marco conceptual específico. Refiere que la urgencia es “(...) la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte”. Para responder a esta situación, se prevén dos modalidades de atención: (i) la inicial de urgencia y (ii) la de urgencia. La primera incluye a esta última.

107 M.P. Alberto Rojas Ríos. En esta ocasión la Sala Novena de Revisión de Tutela se pronunció sobre la posible vulneración de los derechos de una menor de edad extranjera en situación de permanencia irregular en el territorio nacional, a quien se le negó la atención médica pese tener un diagnóstico de parálisis cerebral. En esta ocasión, pese a configurarse una carencia actual de objeto por hecho sobreviniente, porque la madre y niña en condición de discapacidad emigraron a otro país, la Corte reiteró que los extranjeros tenían derecho a recibir atención médica de urgencia.

108 Ut supra, fundamentos jurídicos 24 y 25.

109 Sentencia T-544 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

110 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

111 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

112 Ut supra, fundamento jurídico 22.

113 Sentencia T-089 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas. Además la Sentencia T-907 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, señaló que: “Es deber de las autoridades relacionadas con la prestación de servicios de salud, entre las cuales se cuenta el Director General de Sanidad Militar contra quien se dirigió la acción de tutela de la referencia, tener

en cuenta en todos los casos que involucren niños que la protección, preservación y promoción de su interés superior y prevaleciente en materia de salud es el norte de cualquier actuación que les concierna, desde la interpretación del alcance de las propias competencias y de las normas que rigen los servicios de salud, hasta la ejecución material, el seguimiento, el control y la supervisión de su prestación. Si los funcionarios que gestionan y materializan en la práctica la prestación de los servicios de salud no obran en estos casos de tal manera que los derechos e intereses del menor involucrado sean sus objetivos prioritarios, desconocen las normas constitucionales, internacionales, legales y reglamentarias que gobiernan el ejercicio de sus funciones, amenazando o violando con ello los derechos fundamentales prevalecientes que están en riesgo”.

114 Sentencia T-207 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

115 UNICEF, et al. Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Artículo 3. También ver Sentencia T-010 de 2019, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

116 Ut supra, fundamentos jurídicos 19, 20, 21, 22 y 23.

117 Así lo establecieron, entre otras, las sentencias T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-565 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos.

118 Sin embargo, este Tribunal Constitucional en la Sentencia T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, expuso que, si bien era cierto que debía cumplirse el citado trámite administrativo de regularización migratoria para lograr la afiliación al SGSSS, la ausencia de su cumplimiento no podía devenir en una barrera administrativa que impidiera el acceso de los menores de edad extranjeros no regularizados a los servicios médicos que requirieran en aplicación del interés superior del menor reconocido en el artículo 44 de la Constitución Política.

119 Sentencia T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

120 M.P. Cristina Pardo Schlesinger. En esta providencia la Corte Constitucional revisó cinco acciones de tutelas interpuestas en nombre y representación de menores de edad que presentaban diagnósticos recientes de patologías de difícil manejo clínico, a quienes se les había negado la afiliación al SGSSS y la prestación de servicios médicos requeridos para

atender de manera urgente las enfermedades que padecían bajo el pretexto de que no se encontraban de forma regular en el país. La Sala Séptima consideró que las actuaciones de las distintas entidades públicas y privadas accionadas había puesto en peligro los derechos de los menores involucrados y en consecuencia ordenó hacer todas las gestiones necesarias para garantizar la afiliación en salud y la prestación de servicios médicos que hubieren sido prescritos y /o fueren necesario para preservar la vida y salud de los menores extranjeros afectados. En todo caso exhortó a los padres de los menores a adelantar las gestiones necesarias para lograr la normalización de su estatus migratorio y así lograr el acceso al sistema de salud de Colombia de sus hijos.

121 M.P. Cristina Pardo Schlsinger. En esta ocasión la Sala Séptima de Revisión de Tutelas conoció el caso de una menor de edad venezolana que presentaba un diagnóstico de “trastorno de la refracción no especificado (H527) y deformidad en valgo no clasificada (M210)”, quien había sido atendida el 27 de enero de 2020 por un médico colombiano quien le prescribió valoraciones por varias especialidades médicas en la ciudad de Pereira, las cuales fueron denegadas por la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda bajo el argumento de que no debía proveer esos servicios clínicos a una menor en situación de permanencia irregular porque no eran de carácter urgente. La Corte resolvió amparar los derechos de la menor porque consideró que dado su diagnóstico requería acceder a los servicios clínicos prescritos. En todo caso instó a la madre de la menor a regularizar su situación migratoria para lograr la vinculación al SGSSS.

122 M.P. Cristina Pardo Schlsinger. En esta sentencia se revisó la acción de tutela que la madre de un menor extranjero venezolano interpuso contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, el cual se negó a autorizar una valoración por cardiología de su hijo, quien presentaba una grave cardiopatía congénita. La Corte Constitucional estimó que la accionada vulneró los derechos del menor al negarse a prestarle un servicio médico esencial y urgente conforme a su diagnóstico ya que de ninguna manera la ausencia de un documento de identidad que diera fe de su permanencia regular en el país podía constituir una barrera que le impidiera acceder a servicios clínicos prescritos por su médico tratante.

123 Ut supra, fundamentos jurídicos 14 a 20.

124 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud

de Guaroa (5).pdf”.

125 Esta comunicación fue anexada al oficio de respuesta enviado a la Corte Constitucional. Cabe señalar que esta no contiene la fecha de expedición ni da cuenta de a quién se dirige.

126 Copia informal de la respuesta de la entidad, allegada vía correo electrónico por la Secretaría General.

127 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud de Guaroa (5).pdf”.

128 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud de Guaroa (4).pdf”, folio 1.

129 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud de Guaroa (5).pdf”, folio 1.

130 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2548-2021 – Migración Colombia (1).pdf”, folios 1 a 7.

131 Expediente digital. “50001318700220210001600_DEMANDA_14-01-2021 2.56.53 p.m..pdf.”, folio 1.

132 Expediente digital. “50001318700220210001600_ACT_AUTO ADMITE_14-01-2021 6.03.08 p.m..pdf”, folio 1.

133 Mediante los autos de pruebas del 2 y 30 de agosto de 2021, disponibles en el expediente digital en los archivos. “Anexo secretaria Corte AUTO T-8206322 Pruebas Ago 2-21.pdf,”, folios 1 a 7, y “Anexo secretaria Corte AUTO T-8206322 requerimiento 30 Ago-21.pdf”, folios 1 a 6.

134 Expediente digital. Anexo secretaría Corte T-8206322 (Auto 30-agosto-2021) Informe de cumplimiento. Pdf.

135 Esta última dirección de correo electrónico fue incluida en la acción de tutela para efectos de notificaciones judiciales, por lo cual también se considerará válida para recibir comunicaciones enviadas por parte de las accionadas, específicamente, en lo que atañe al

cumplimiento de las medidas de protección previstas en esta decisión.

136 Esto es tener un documento de identificación expedido por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, en su calidad de autoridad migratoria nacional.

137 Expediente digital. “Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2548-2021 – Migración Colombia (8).pdf”, folios 1 a 9.

138 Expediente digital. 50001318700220210001600_DEMANDA_14-01-2021 2.56.53 p.m..pdf. Folio 7.

139 Ver el fundamento jurídico 27.

140 Ver el fundamento jurídico 29.

141 Ver el fundamento jurídico 29.

142 En torno a este punto la Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa manifestó que “No se ha[SIC] recibido solicitudes de prestación de servicios médicos para el menor Eduart Geigel Tirado Ávila” (cfr. Folio 2 del archivo Anexo secretaria Corte Rta. OPT-A-2546-2021 – Secretaría de Salud de Guaroa (1).pdf) del expediente digital”. Por su parte, la Secretaría de Salud del Meta expuso que “Verificado el sistema CPOS del CENTRO REGULADOR DE URGENCIAS – CURE- de la Secretaría de Salud del Meta se verificó que no EXISTE SOLICITUD ACTUAL de parte del accionante lo cual evidencian que NO HA EXISTIDO NEGATIVA EN LA ATENCIÓN DE SALUD POR URGENCIAS. Por lo tanto, no existe vulneración a sus derechos fundamentales.” (Folio 14 del escrito de contestación, tomado de la copia informal del documento enviado por Secretaría General y que aún no ha sido ingresado al SIICOR.)

143 Expediente digital. “50001318700220210001600_DEMANDA_14-01-2021 2.56.53 p.m..pdf.”, folio 1.

144 El artículo 2º de la Ley 1392 de 2010 define las enfermedades huérfanas como aquellas que son: “crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 2.000 personas, comprenden, las enfermedades raras, las ultrahuérfanas y olvidadas. Las enfermedades olvidadas son propias de los países en desarrollo y afectan ordinariamente a la población más pobre y no cuentan con tratamientos

eficaces o adecuados y accesibles a la población afectada”. En efecto, la “Miastenia Gravis” se encuentra incluida en el listado de enfermedades huérfanas elaborado por el Ministerio de Salud y Protección Social y recopilado en la Resolución 5265 del 27 de noviembre de 2018.

145 La norma en cita dispone que: “La información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley podrá suministrarse a las siguientes personas: (...) b) A las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial”

146 Sentencia T-068 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

147 La norma en cita dispone que: “La información que reúna las condiciones establecidas en la presente ley podrá suministrarse a las siguientes personas: (...) b) A las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial”

148 “Miastenia Gravis y Pectum Excavatum”.

149 En relación con Secretaría de Salud de San Carlos de Guaroa.

150 Con respecto de Migración Colombia.

151 El cual ha sido reconocido en normas internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

153 No. 1167, Código CIE10: G700.

154 Boletín de prensa No. 036 de 2020. “Colombia assume el reto de la atención integral para enfermedades huérfanas”.
<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-asume-el-reto-de-la-atencion-integral-para-enfermedades-huerfanos.aspx>.

155 Denominado “crisis miasténica como debut de miastenia gravis juvenil en un adolescente masculino: reporte de un caso” Fisiatria.unal.edu.co/casos-clinicos/crisis-miastenica-como-debut-de-miastenia-gravis-juvenil-en-un-adolescente-masculino-reporte-de-un-caso/

156 Proveniente del país de origen.

157 Pie de página 6 de la sentencia T-352 de 2021.