

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-450/21

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

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

ATENCION INICIAL DE URGENCIAS-Finalidad y elementos

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

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-Reglas jurisprudenciales

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Fundamental y prevalente

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

SITUACION IRREGULAR-Caso en que se negó cita de control y examen diagnóstico para la garantía del tratamiento médico

(El Instituto accionado) vulneró el derecho a la salud de la niña Penélope, al negar la autorización de los exámenes, de la consulta especializada y de los medicamentos prescritos por la médica tratante. (...), este Instituto es el encargado de gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, lo que incluye a los migrantes en situación irregular.

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

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Alcance del servicio de urgencias en la atención de migrantes irregulares

DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, HIJOS DE PADRES MIGRANTES, EN SITUACIÓN IRREGULAR-Jurisprudencia constitucional

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

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MIGRANTES-Sujetos de especial protección en el derecho internacional

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO-Deber del juez constitucional de garantizar derechos de menores

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Mecanismos extraordinarios o transitorios para regularizar la residencia en el país de migrantes en situación irregular

RÉGIMEN MIGRATORIO COLOMBIANO-Mecanismos ordinarios u obligatorios para regularizar la residencia en el país de migrantes en situación irregular

Sentencia T-450/21

Referencia: Expediente T- 8.121.754

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora Morgana, en representación de su hija Penélope, contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

Magistrado Ponente: Jorge Enrique Ibáñez Najar

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta, dentro de la solicitud de amparo constitucional promovida por la señora Morgana, en representación de su hija Penélope contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

I. ANTECEDENTES

A. Aclaración previa: reserva de la identidad de la actora y de su representante

1. 1. De conformidad con el artículo 62 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, las Salas de Revisión podrán disponer que en la publicación de la sentencia se omitan nombres o circunstancias que puedan identificar a las partes del proceso. Esta regla se ha aplicado pacíficamente en casos en los cuales la solicitud de amparo involucra los derechos fundamentales de niñas, niños y adolescentes. Dado que el caso sub examine gira en torno a determinar si se vulneró o no el derecho a la salud de una niña, lo que implica valorar

documentos que contienen datos sensibles sobre su estado de salud, como la historia clínica y algunas órdenes médicas, la Sala dispondrá que la Secretaría General de la Corte Constitucional omita el nombre de la agente oficiosa y de su hija en la publicación del fallo, salvo en la copia que debe hacer parte del expediente de tutela.

B. Hechos probados

2. El 12 de junio de 2020, la señora Morgana, en calidad de agente oficiosa de su hija Penélope, interpuso acción de tutela en contra del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, por la violación de los derechos a la integridad física, en conexidad con el derecho a la vida y a la salud de su hija.

3. De acuerdo con la información que obra en el expediente, la señora Morgana y su hija son venezolanas. En cuanto a su estatus migratorio, para junio de 2020, se tiene que la señora Morgana se encontraba en situación migratoria irregular, ya que no entró a Colombia por un puesto de control migratorio habilitado. Ahora bien, para esta misma fecha, la agente oficiosa contaba con un pre-registro de Tarjeta de Movilidad Fronteriza, documento que le permite circular por los puestos de control migratorio, pero le impide la permanencia en el territorio colombiano y el acceso a derechos, de conformidad con la Resolución 1220 de 2016, vigente para el momento de los hechos.

4. La señora Morgana refiere que tiene 40 años y que reside con su familia en el Municipio de Villa del Rosario, Norte de Santander. Aduce que es una persona de bajos recursos y que los ha invertido en el tratamiento de la enfermedad de su hija. Afirma que, en Venezuela, a su hija se le diagnosticó Hidronefrosis derecha, grado 3, litiasis renal derecha (cálculo coraliforme).

5. El 13 de febrero de 2020, una médica de la E.S.E. -Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta-, por consulta externa, realizó valoración por nefrología pediátrica a la niña Penélope. Se consignó que nació el 11 de enero de 2010 y que para el momento de la consulta tenía 10 años y un mes de edad. Igualmente, en el documento se dijo:

“Enfermedad actual

“Se trata de escolar femenino de 10 años de edad natural y procedente de Venezuela con antecedente de litiasis renal derecha colariforme intervenida qx el 11-06-17 con colocación de carácter doble j sin control posterior por especialista- viene a control de nefrología para retomar las consultas se solicitó estudios complementarios que trae.”

6. En la misma historia clínica se consignó un aparte denominado “revisión sistema,” en el que se indica el tipo de exámenes que se le practicaron a la niña y en el que se lee la siguiente conclusión:

“(…) Riñones bien situados el izquierdo con tamaño normal el derecho con disminución de su tamaño con cambios en su ecoestructura cortical con signos de nefropatía crónica unilateral derecha + hidronefrosis moderada pielocalicial por cálculos múltiples menor de 10×5 mm en pelvis y cálices derechos hay cálculo en el riñón izquierdo de 8×4 mm en cálice menor inferior sin uropatía obstructiva.”

7. Así mismo, la historia clínica da cuenta de un “buen estado general” de la niña y se constató “dolor lumbar,” así como una descripción general sobre el peso, la talla y el puntaje de tamizaje nutricional. El diagnóstico fue cálculo en el riñón. Como consecuencia de lo anterior, la médica ordenó los siguientes exámenes: (i) tomografía computada de vías urinarias-Urotac; (ii) gamografía renal estática con DMSA; (iii) urocultivo (antibiograma concentración mínima inhibitoria automatizado); (iv) consulta de control con especialista en

nefrología pediátrica. En el mismo sentido se ordenó el suministro de hidroclorotiazida y citrato de potasio.

8. La señora Morgana afirmó que acudió al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander para efectos de que se practicaran los exámenes prescritos por la médica de la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta-. Esto porque su hija no está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En dicha dependencia le negaron la atención verbalmente, por falta de recursos. Señaló que la atención de su hija es urgente porque presenta cólico nefrítico y que ha presentado orina con sangre.

9. En julio de 2020, por consulta particular, se practicaron exámenes nuevamente a la niña Penélope, en la clínica Materno Infantil San Luis, en Bucaramanga. Los documentos dan cuenta de que se le prescribió hidroclorotiazida, nuevamente, y citrato de potasio, así como una ecografía de vías urinarias.

C. Solicitud de amparo constitucional

10. El 12 de junio de 2020, la señora Morgana, en representación de su hija Penélope, interpuso acción de tutela en contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, por la violación de los derechos a la integridad física, en conexidad con el derecho a la vida y a la salud de la niña. Como fundamento de la acción, relató los hechos y citó la Sentencia T-210 de 2018, para concluir que “(...) está claramente demostrado que la vulneración de un derecho fundamental como es la salud, la vida digna, dignidad humana, el cual (sic) más allá de la nacionalidad, es inalienable a la condición de ser persona, sumado al hecho que es una menor de edad y por nuestra condición nos encontramos en un estado de debilidad manifiesta.”

11. Igualmente, solicitó al juez la adopción de una medida provisional, consistente en ordenar

al Instituto Departamental de Norte de Santander la realización de los exámenes prescritos por la médica de la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta- y la entrega de los medicamentos formulados. Como fundamento de esta solicitud citó los artículos 1 (objeto), 2 (naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud), 11 (principio de integralidad en materia de salud) y 11 (sujetos de especial protección constitucional), de la Ley 1751 de 2015 -estatutaria de salud-.

D. Trámite procesal

a) Admisión de la tutela y contestación de las entidades relacionadas con el caso

12. El 12 de junio de 2020, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta admitió la acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y vinculó a la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz-, al Ministerio de Salud y la Protección Social, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Regional Oriente de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia. En consecuencia, el juez ordenó notificar al accionado y a las entidades vinculadas, y les otorgó el termino de 2 días para rendir informe y remitir el expediente administrativo.

13. En la misma fecha, el juez negó la medida cautelar, pues argumentó que “(...) para el presente caso, no es procedente decretarla en este momento procesal, en razón a que la menor representada es una paciente tratada ambulatoriamente y los servicios requeridos fueron ordenados por consulta externa; además una vez se produzca el fallo de la presente acción constitucional se resolverá sobre la presunta vulneración de los derechos que reclama la parte actora y de ser viables se tomarán las medidas pertinentes.”

14. Contestación de la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz-. El 18 de junio de 2020, la Subgerente de Servicios de Salud del Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta contestó el requerimiento y argumentó que la entidad no está legitimada en la causa por pasiva. Como sustento del argumento, expuso que cumplió con sus funciones, pues valoró a la paciente y ordenó los exámenes correspondientes para efectos de gestionarlas ante el Instituto Departamental de Salud, que es la entidad encargada del pago. Recalcó que “(...) los procedimientos que requiere actualmente el paciente son programados en el contexto de una paciente que requiere manejo permanente, y por tratarse de servicios programados deben ser autorizados previamente por la entidad responsable del pago, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.”

15. Así mismo, advirtió que la IPS no cuenta con la capacidad técnico-científica para realizar la tomografía axial computarizada, la gammagrafía, así como tampoco tiene competencia para autorizar servicios de salud, pues su función se limita a prestarlos, de conformidad con el artículo 6 de la Constitución y la Ley 100 de 1993. Por esta razón adujo que el manejo integral en salud de personas sin seguridad social corresponde al Instituto Departamental de Salud.

16. Contestación de la Unidad Administrativa Especial -Migración Colombia-El 18 de junio de 2021, la Jefe de la Oficina Jurídica de Migración Colombia contestó el requerimiento y sostuvo que la entidad no está legitimada en la causa por pasiva. Indicó que la actora y su representante cuentan con historia de extranjero, un pre-registro de Tarjeta de Movilidad Fronteriza y señaló que no registran ni movimientos de ingreso y salida del país, ni solicitud de refugio, de acuerdo con el informe que remitió la Regional Oriente. Esto implica que dichas personas se encuentran en situación irregular, pues no entraron por un puesto de control migratorio y podría incurrir en infracciones a la normativa migratoria.

17. Resaltó que la tarjeta de movilidad fronteriza “(...) en ningún caso autoriza la permanencia o ejercicio de actividades en el territorio colombiano, ni genera beneficios o

acceso a derechos ni constituye domicilio ni residencia en el territorio nacional,” en atención a que solo permite el ingreso o paso fronterizo por los puestos de control migratorio. Luego de explicar los actos administrativos expedidos por el Gobierno Nacional de cara a enfrentar la crisis migratoria y la entrada masiva de venezolanos a Colombia, así como los instrumentos para atenderla con sus modificaciones (mencionó el permiso especial de permanencia), concluyó que el reconocimiento de los mismos derechos a los extranjeros en el territorio nacional puede estar sujeto a restricciones y, en todo caso, están obligados a cumplir con su deber de legalizar su permanencia en el país. En este sentido, los gastos en salud deben ser sufragados por los migrantes, salvo en los casos de urgencias vitales, de acuerdo con la postura del Ministerio de Salud y la Protección Social.

18. De conformidad con lo anterior, la Unidad concluyó, por una parte, que tanto la actora como su representante se encuentran en situación irregular, razón por la cual solicitaron al juez que conminara a la señora Morgana a regularizar su situación migratoria; y, por otra, que la Unidad Administrativa no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

19. Contestación del Ministerio de Relaciones Exteriores. El 18 de junio de 2021, la directora de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitó desvincular al organismo por falta de legitimación en la causa por pasiva y, en subsidio, negar la acción de tutela. Inicialmente reiteró la fuente normativa de sus competencias a nivel legal y su desarrollo reglamentario, para concluir que no tiene funciones en relación con el Sistema de Seguridad Social en Salud, pues no es prestador directo o indirecto de servicios sociales a nacionales o extranjeros, así como tampoco interviene en la administración del sistema. Explicó las diferencias entre sus competencias y las de la Unidad Administrativa -Migración Colombia- para concluir que al Ministerio le compete expedir las visas como parte de la política migratoria, mientras que a la Unidad le corresponde expedir las cédulas de extranjería, salvoconductos, prórrogas de permanencia y la expedición del permiso especial de permanencia. Aunque la Unidad está adscrita al Ministerio, se trata de dos entidades diferentes.

20. A partir de lo anterior sostuvo que “(...) se verificó en el Sistema Integral de Trámites al

Ciudadano (SITAC) de este Ministerio, evidenciándose que a nombre de la accionante y su representante no se ha efectuado solicitud de visa alguna ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, razón por la cual no es posible desplegar actuación alguna al respecto por parte de esta entidad.” Resaltó que, en el caso de la población migrante Venezolana, el permiso especial de permanencia es el presupuesto para acceder a los servicios sociales, de salud y de educación y, posteriormente, solicitar la Visa.

21. Así, consideró que la acción de tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad, pues no es la autoridad migratoria competente para otorgar el permiso especial de permanencia como supuesto para acceder a los beneficios de salud, razón por la cual no hace parte de la integración del contradictorio por falta de competencia funcional.

22. Contestación del Ministerio de Salud y Protección Social. El 18 de junio de 2021, la Directora Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social contestó el requerimiento y solicitó exonerar a ese Ministerio de cualquier responsabilidad en el asunto, pues señaló que ha cumplido con la política integral humanitaria de atención de migrantes venezolanos. En primer lugar, aclaró que, de conformidad con las disposiciones que regulan sus funciones y organización, al Ministerio no le corresponde prestar servicios de salud de manera directa porque solo está encargado de formular y dirigir la política en materia de salud.

23. En segundo lugar, citó las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los tipos de participantes en el sistema (afiliados -régimen contributivo y subsidiado- y participantes vinculados), así como las reglas previstas en la Ley 715 de 2001 sobre competencias en materia de salud. Igualmente explicó las normas relativas a la atención en salud de la población extranjera venezolana, tanto a nivel legal como reglamentario, para concluir que esta atención es aplicable a los migrantes registrados y que cuenten con un permiso especial de permanencia. Adicionalmente, citó las normas sobre requisitos de afiliación al sistema y la necesidad de diligenciar el formulario respectivo de afiliación al régimen subsidiado en salud. Recordó, además, las reglas aplicables a la nacionalidad de

niños y niñas nacidos en Colombia desde el 19 de agosto de 2015, de padres venezolanos, y las reglas sobre afiliación de recién nacidos y niños y niñas de padres no afiliados.

24. El Ministerio enfatizó que “(...) se puede vislumbrar que SGSSS, garantiza la atención médica a los nacionales venezolanos que se encuentren en el territorio nacional de manera regular y frente a aquellos extranjeros cuya estancia, tránsito, o permanencia es de manera irregular, se les garantiza la atención de urgencias.” Reiteró que la afiliación al Sistema General de Seguridad en Salud deben expedirse por la Registraduría, Migración Colombia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo que solicitó vincular a estas entidades para efectos de que se le expida al “accionante” el documento respectivo. Esto porque el pasaporte no es un documento idóneo para acceder a los medicamentos y los tratamientos diferentes a la atención de urgencias porque la regularización se hace por medio del salvoconducto de permanencia.

25. Luego de una extensa reconstrucción normativa, y sin pronunciarse sobre el caso concreto, el Ministerio concluyó que “[t]eniendo en cuenta lo anterior los distintos actores que intervienen en el proceso de afiliación, deberán adelantar las gestiones necesarias para garantizar la afiliación al SGSSS de los migrantes extranjeros de nacionalidad Venezolana como sus hijos menores de edad y aquellos a cargo del ICBF, ” razón por la cual reiteró la solicitud de exonerar a la entidad de cualquier responsabilidad en el asunto, pues se ha limitado a cumplir sus funciones en el marco de la crisis migratoria.

26. El Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander no respondió el requerimiento que el juez efectuó en el auto que dispuso la vinculación de la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz-, el Ministerio de Salud y la Protección Social, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Regional Oriente de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, así como tampoco remitió el expediente administrativo que el Juez solicitó.

b) La sentencia objeto de revisión

27. El Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta, en sentencia del 30 de junio de 2020, negó el amparo solicitado. De manera preliminar, el Juzgado advirtió que el instituto decidió guardar silencio, “(...) por lo que en lo concerniente a su competencia se admiten las afirmaciones que sumariamente cuente con un mínimo respaldo documental.”

28. En primer lugar, el Juzgado se ocupó de caracterizar el derecho a la salud y las condiciones de procedencia de la acción de tutela para reclamarlo. Así mismo, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sostuvo que el derecho a la salud es una garantía fundamental autónoma en los casos de sujetos de especial protección constitucional, como los niños y las niñas, razón por cual la acción de tutela es el medio idóneo y eficaz para su protección; citó, además, las Sentencias T-314 de 2016 y T-705 de 2017, que analizaron el alcance del derecho a la seguridad social de extranjeros no residentes en Colombia y su deber de afiliarse al sistema.

29. En segundo lugar, el Juzgado se pronunció sobre el caso concreto. La primera premisa que sustenta el fallo consiste en sostener que “(...) se encuentra acreditado que la menor Penélope de 10 años de edad, es de nacionalidad venezolana, y se encuentra irregularmente residenciada en esta ciudad, pues si bien reporta Tarjeta de Movilidad Fronteriza No. 5354523, no registra historia de extranjero, ni movimiento migratorio de ingreso legal al país, tampoco reporta solicitud de refugiada ante el CFSM” (original en negrilla). La segunda premisa que sustenta el fallo tiene que ver con advertir que “(...) ya en casos de venezolanos viene advirtiéndose la constante o costumbre malsana que viene aumentando la carga laboral de los despachos judiciales, que dichas personas para eludir el cumplimiento de la normatividad con ocasión a la crisis humanitaria, encontrándose en condición regular o

irregularmente en territorio fronterizo acuden a la acción de tutela, quizá porque se tiene conocido que tanto nacionales como extranjeros tienen igualdad de derechos, desconociendo que en el último caso deben acatar la normatividad vigente para acceder a los derechos.”

30. En el mismo sentido, el Juzgado argumentó que los migrantes de forma deliberada no se acogen a los procedimientos para legalizar su situación migratoria. Para los casos de urgencia, señaló, acuden a las entidades respectivas para que se les presente el servicio, pero “(...) al tratarse de casos de no urgencia que se les condiciona la prestación del servicio al cumplimiento de los requisitos para los extranjeros de zona fronteriza, automáticamente interponen la tutela bajo el argumento que se les vulnera el derecho a la salud y la vida digna.”

31. A partir de estas premisas generales, sostuvo que la señora Morgana, no ha adelantado ningún trámite para regularizar su situación migratoria para poder afiliarse al régimen subsidiado en salud y acceder al tratamiento médico que requiere su hija, lo que califica de incurioso y de manifiestamente irresponsable. Sostuvo que el caso de la niña no se trata de una urgencia vital inminente, pues debe ser tratado de manera ambulatoria, por lo que “(...) en las condiciones de estadía irregular de la menor extranjera representada, las normas vigentes no amparan los servicios de salud requeridos por que no están sujetos al servicio de urgencia que prestan las IPS o en este caso el vinculado HUEM.”

32. Por estas razones, el Juzgado consideró que la acción de tutela es improcedente, “(...) toda vez que las entidades accionadas no está vulnerando derechos fundamentales de la accionante Paubla Sorely Ramírez (sic), ya que al no autorizar los servicios de salud que demanda conforme a su patología no derivados del servicio de urgencias, sino de manera ambulatoria y/o externa, se encuentran acatando estrictamente no solo las normas que regulan la salud de los extranjeros, sino la línea jurisprudencial que al respecto ha emitido la Corte Constitucional frente al servicio de salud que se les debe propiciar a los extranjeros, por tanto la menor representada para obtener autorización de los servicios de salud no

derivados del servicio de urgencia, debe ineludiblemente cumplir con los requisitos de un nacional para acceder al sistema nacional de seguridad social o acceder al régimen subsidiado de salud.”

33. Finalmente, el Juzgado explicó las diferencias básicas entre la tarjeta de movilidad fronteriza y el permiso especial de permanencia, para concluir que la niña no puede acceder a los servicios de salud hasta que su madre se afilie al Sistema de Seguridad Social en Salud, para lo cual exhortó a la representante de la actora “(...) para que regularicen su permanencia en el país antes las oficinas de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, y de esta manera efectúe el trámite pertinente para vincularse al Sistema de Seguridad Social en Salud.”

c) Selección del caso por la Corte Constitucional y actuaciones en sede de revisión

34. Remitido el expediente de tutela a esta Corte para su eventual revisión, la Sala de Selección Número Cuatro, mediante Auto del 30 de abril de 2021, notificado el 14 de mayo siguiente, seleccionó el caso y dispuso su reparto a la Sala Segunda de Revisión. El mismo día de la notificación, la Secretaría General envió el expediente a este despacho.

35. Por Auto del 25 de junio de 2021, se consideró necesario decretar pruebas, dado que los hechos acaecieron varios meses atrás, por lo que resultaba necesario conocer el estado de salud de la niña, si se practicaron o no los exámenes ordenados, si se entregaron los medicamentos prescritos y si había habido algún cambio en su estatus migratorio. Así mismo, se consideró necesario establecer cuál fue la conducta del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander con posterioridad a la presentación de la demanda de tutela y a la sentencia que ahora se revisa. Igualmente, se dispuso que, una vez recaudada la prueba documental, se pusiera a disposición de las partes.

36. Por lo anterior, se ofició al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander para que: (i) explicara de manera detallada sus funciones en relación con la prestación de servicios de salud a migrantes Venezolanos que no han regularizado su permanencia en Colombia; (ii) indicara si con posterioridad a la presentación de la acción de tutela prestó o autorizó a la niña Penélope, alguno de los exámenes prescritos por la médica de la ESE, así como la cita con especialista en nefrología pediátrica. Igualmente, se solicitó un informe al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander para que explicara las razones por las cuales negó la práctica de los servicios médicos. Igualmente, se ofició a la Unidad Administrativa Especial -Migración Colombia- para que remitiera la información migratoria, ordenada cronológicamente y actualizada hasta la fecha, de la señora Morgana y de su hija Penélope.

37. Finalmente, la Corte elaboró un cuestionario dirigido a la señora Morgana en el cual se hicieron las siguientes preguntas: “¿Cuáles fueron las razones que dio el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander para negar los servicios prescritos por la medida de la ESE Hospital Erasmo Meoz de Cúcuta a su hija Penélope?; ¿Cuál es el estado de salud actual de su hija y qué tratamientos ha recibido?; ¿Quién ha asumido los costos de los tratamientos de la menor y quién ha prestado sus servicios?; ¿Cuál es su situación migratoria actual y la de su familia y qué actuaciones ha realizado desde su llegada a Colombia para regularizar su situación y la de su familia?; ¿Cuál es su situación económica actual y qué ingresos percibe?”

38. Informe del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. Mediante informe rendido el 8 de julio de 2021, la Oficina Jurídica del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander contestó las preguntas que la Corte formuló en el Auto de pruebas. En cuanto a la primera pregunta (funciones en relación con población migrante), la entidad contestó que, de conformidad con el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2408 de 2018, “(...) las IPS tratantes procederán a brindar la atención inicial de urgencias, por lo cual, no necesitan ninguna autorización por parte del IDS, pues ninguna entidad pública o privada prestadora de servicios de salud puede sustraerse de la obligación de suministrar la atención

inicial de urgencias a cualquier persona que lo requiera, incluso a los extranjeros con permanencia irregular.” Resaltó que, por regla general, el Instituto no está habilitado para prestar servicios de salud, salvo en el evento en que el prestador no cuente con la capacidad de salvaguardar la vida y salud en el marco de urgencias, caso en el cual autoriza el servicio a un prestador que cuente con los recursos técnicos, con cargo a recursos nacionales.

39. En cuanto a la segunda pregunta (si ha prestado o autorizado los servicios ordenados por consulta externa con posterioridad a la acción de tutela), el Instituto señaló que como consecuencia de que el Juzgado negó la medida provisional y posteriormente negó las pretensiones de la tutela, “(...) no ha procedido a autorizar los servicios de salud requeridos por el accionante en la acción de tutela de fecha 12 de junio de 2020” y, además, que la accionante no ha regularizado su permanencia en Colombia. Estas razones también sustentaron la respuesta parcial a la cuarta pregunta (razones por las cuales el Instituto negó la autorización de los servicios prescritos por la médica de la ESE). Sobre las razones por las cuales no acudió al proceso de tutela (cuarta pregunta), el Instituto guardó silencio.

40. Finalmente, el Instituto señaló que “[c]abe aclarar que revisadas las bases de la oficina de prestación de servicios se pudo encontrar que en el mes de febrero de 2020, fue autorizada consulta de primera vez por especialista en urología bajo Autorización No 197940 de fecha 20 de febrero de 2020, en acatamiento a la medida provisional decretada por el juzgado Segundo Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Cúcuta, en la acción de tutela con Radicación No 2020-00077 de fecha 20 de febrero de 2020.”

41. En estos términos, el Instituto solicitó que se le exonere de cualquier responsabilidad en el caso sub examine.

42. Informe de la representante de la actora. El 2 de julio de 2021, la señora Morgana respondió el cuestionario que la Corte formuló en el Auto de pruebas. Además, la señora

adjuntó tres imágenes.

43. Sobre la primera pregunta (razones que dio el Instituto para no atender a la niña), señaló que adujo que no tenía recursos para practicar los exámenes y que lo hizo de manera verbal por medio de un funcionario. En cuanto a la segunda pregunta (estado de salud actual de la niña), indicó que “[l]a situación actual de la niña yo no podría decir la ya que va ha tener 1 año que no va al médico y a ella le mandaron un tratamiento permanente el cual no le ha podido cumplir por no contar con los recursos.”

44. En relación con los costos del tratamiento (cuarta pregunta), la señora manifestó que los costó vendiendo tintos, pidiendo colaboraciones en los buses y vendiendo golosinas en las casas. En cuanto a la condición migratoria (quinta pregunta), afirmó que “(...) somos migrantes irregulares y que “(...) [e]stamos haciendo el papeleo por la página de Migración para tener el RUMV y poder acceder al PPT.” Finalmente, y en lo que tiene que ver con su situación económica, la agente oficiosa respondió que “(...) es regular ya que no cuento con un empleo estable es decir vivo del diario vendo tintos o café.”

45. En cuanto a las imágenes, se tiene que: la primera da cuenta de un certificado de inscripción en el Registro Único de Migrantes Venezolanos; la segunda imagen contiene una orden médica externa -particular- de julio de 2020, dada por la médica Lida Esperanza Martínez Cáceres, de la Clínica Materno Infantil San Luis S.A, de Bucaramanga; este documento no es completamente legible, pero da cuenta de que la médica prescribió hidroclorotiazida, nuevamente, y citrato de potasio, así como una ecografía de vías urinarias (riñones vejiga y próstata); y la tercera imagen no es legible.

46. La Unidad Administrativa Especial -Migración Colombia- no respondió el requerimiento de informe solicitado por el magistrado sustanciador.

47. El 15 de julio de 2021, y en cumplimiento del numeral quinto del auto de pruebas del 25 de junio de 2021, la Secretaría corrió traslado de los documentos a las partes, de conformidad con el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento Interno de la Corte Constitucional). El 19 de julio de 2021, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander reiteró sus planteamientos iniciales, en el sentido de solicitar que se excluya de cualquier responsabilidad en el caso, porque:

“(…) el Ministerio de Salud asignó una ruta para que cada una de las IPS tratantes procedan a brindar la atención inicial de urgencias, por lo cual, no necesitan ninguna autorización por parte del IDS, pues ninguna entidad pública o privada prestadora de servicios de salud puede sustraerse de la obligación de suministrar la atención inicial de urgencias a cualquier persona que lo requiera, incluso a los extranjeros con permanencia irregular en el país, puesto que frente a la atención de salud, este INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD no se encuentra habilitado como prestador de servicios de salud, actúa cuando el prestador material del servicio de salud informa no contar con la capacidad para garantizar la salud y la vida del paciente, en ese momento procede a autorizar bajo la modalidad de urgencia al prestador que cuente con dicha capacidad, autorización a cargo de los recursos de nivel nacional que son destinados para el pago de las atenciones iniciales de urgencia en el territorio colombiano a los nacionales de países fronterizos conforme lo dispuso el Decreto 2408 de 2018, los cuales son condicionados a que efectivamente se consideren de urgencia por los médicos tratantes (subrayas en el original).”

48. El 28 de julio de 2021, la Corte resolvió tener como prueba los documentos y las respuestas remitidas por la señora Morgana y la respuesta suministrada por el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

49. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

B. Análisis sobre la procedencia de la acción de tutela

50. En primer lugar, la Sala considera necesario verificar si, en el presente caso, se cumplen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela. Sólo en el evento de que ello sea así, corresponderá planear el caso, definir el problema jurídico y exponer el esquema para resolverlo.

a) La legitimación en la causa

52. En lo relacionado con los casos en los que la acción de tutela se interpone en representación de un niño, la Corte ha sostenido que los padres están legitimados en la causa por activa para promover la protección de sus derechos fundamentales. En efecto, de la patria potestad se deriva la prerrogativa de los padres para representar judicial y extra judicialmente a sus hijos menores, como consecuencia de la cláusula de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (art. 44 C.P). Dentro de esta cláusula está, de una parte, la obligación de “[l]a familia, la sociedad y el Estado” de asistir y proteger a los niños y, de otra, la autorización expresa a “[c]ualquier persona” para exigir a la autoridad

tanto que se cumpla con esta obligación como la sanción para los infractores.

53. En estos términos, la jurisprudencia ha sentado que “[d]e manera general y preferente, la representación legal de los niños y niñas corresponde a sus padres o a quien ejerza la patria potestad. Son estas personas las llamadas a ejercer las acciones legales pertinentes, entre ellas la acción de tutela, cuando resulte necesario proteger los derechos de los menores de edad mediante la actividad de las autoridades estatales.”

54. Ahora bien, es importante precisar que la figura de la representación, que opera como regla general en casos de menores de edad, no es igual a la figura de la agencia oficiosa, pues esta última opera en los casos en los que la acción de tutela se interpone por personas distintas a las los representantes legales. En estos casos, la jurisprudencia constitucional ha precisado que el agente oficioso tiene una carga adicional de demostrar que: (i) no concurre persona que ejerza la patria potestad o la misma está formal o materialmente inhabilitada para formular las acciones judiciales o administrativas necesarias; o (ii) que si bien concurren los padres o guardadores, existe evidencia que los mismos se han negado a formular las acciones y dicha omisión afecta gravemente los derechos del niño o niña concernida. En los demás casos, la agencia oficiosa resultaría en una extralimitación contraria a las facultades que confiere la patria potestad.

55. Igualmente, la Corte Constitucional ha sostenido que, conforme a lo previsto en el artículo 100 de la Constitución, los extranjeros pueden interponer la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales, pues la Constitución previó expresamente que “[l]os extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos.”

56. En el caso concreto, está acreditado que la señora Morgana interpuso la acción de tutela en calidad de agente oficioso de su hija Penélope. En el expediente está acreditado que la

señora Morgana es venezolana, según da cuenta la copia de la cédula de identidad que la señora anexó en la presentación de la acción de tutela. Así mismo, está acreditado que la niña Pnélope es su hija, de acuerdo con las actuaciones surtidas en el trámite de instancia y que, el 12 de junio de 2020, tenía 10 años y 5 meses de edad.

57. Aunque la acción de tutela se interpuso a través de la figura del agente oficioso, lo cierto es que en este caso la legitimación en la causa se satisface porque, como está acreditado, la señora Morgana es la madre de la niña Penélope, razón por la cual tiene la calidad de representante legal de su hija y puede interponer acciones de cara a la protección de sus derechos. En estos términos, la Sala constata que el requisito de la legitimación en la causa por activa está acreditado.

58. Legitimación por pasiva. Según lo dispuesto en los artículos 5 y 13 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede cuando se interpone contra: (i) autoridades públicas o ciertos particulares, (ii) cuya acción u omisión, pueda ser vinculada de forma directa o indirecta con la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho. La jurisprudencia ha sostenido que “[l]a legitimación por pasiva en la acción de tutela, hace referencia a la aptitud legal de la persona contra quien se dirige la acción, esto es, debe ir en contra de quien presuntamente violó o amenazó un derecho fundamental.”

59. En el presente caso, la tutela se dirige en contra del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, con el fin de que se le ordene la autorización de los exámenes y medicamentos prescritos por la médica de la ESE . En el trámite del proceso el juez que decidió la acción, en única instancia, vinculó a la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz-, al Ministerio de Salud y la Protección Social, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Regional Oriente de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

60. El Instituto Departamental de Norte de Santander está legitimado en la causa por pasiva.

En efecto, este organismo se creó por la Asamblea Departamental de Norte de Santander como un establecimiento público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Su función principal es dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, así como “(...) gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas,” de conformidad con el artículo 43.2. de la Ley 715 de 2001.

61. Ahora bien, es importante precisar que las Salas de Revisión han señalado que “(...) no obstante que dicha norma [artículo 43.2. de la Ley 715 de 2001] no se refiere expresamente a si los extranjeros no residentes que no tengan recursos para costearse los servicios de salud quedan cobijados como ‘población pobre’, el Ministerio de Salud -autoridad a la que le corresponde dentro del marco de sus competencias, formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública, y promoción social en salud, aclaró que ‘cuando la atención de urgencias, haya sido prestada por las instituciones públicas o privadas a ciudadanos extranjeros sin capacidad económica debidamente demostrada para sufragar el costo de la misma, su atención se asumirá como población pobre no cubierta con subsidios a la demanda con cargo a los recursos de la oferta de la respectiva entidad territorial donde tenga lugar la prestación de la atención’.”

62. Como la accionante solicitó los servicios médicos en la ciudad de Cúcuta, en este caso la entidad que debería asumir la atención básica y de urgencias, así como la gestión y autorización de los servicios, respeto de migrantes en situación de pobreza, es el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, razón por la cual, se reitera, esta entidad está legitimada en la causa por pasiva.

63. En relación con la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz-, la Sala encuentra que no está legitimada en la causa, pues la pretensión es la autorización de los procedimientos

prescritos por una médica de esta entidad, lo que está fuera de las funciones de prestación de servicios salud propios de esta categoría especial de entidad pública, de conformidad con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993.

64. En cuanto a los Ministerios de Salud y Protección Social y Relaciones Exteriores, la Sala concluye que tampoco están legitimados en la causa por pasiva, pues estas entidades tienen funciones de participación en la elaboración de políticas en su respectivo sector, pero no tienen asignadas funciones de autorización de procedimientos en materia de salud, de conformidad con el artículo 2 Decreto Ley 4107 de 2011 y el artículo 4 del Decreto 869 de 2016, respectivamente.

65. Finalmente, y en relación con la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, la Sala concluye que tampoco está legitimada en la causa por pasiva, pues esta entidad tiene como funciones el apoyo al Ministerio de Relaciones Exteriores y ejercer la vigilancia y el control migratorio en el territorio nacional, de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 4062 de 2011.

66. Así las cosas, la Sala dispondrá, en la parte resolutive de esta providencia, desvincular a la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz-, al Ministerio de Salud y la Protección Social, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia -regional oriente-.

b) Inmediatez

67. La acción de tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. Este plazo se cuenta a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza del derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la

efectividad concreta y actual del derecho constitucional que se invoca como vulnerado.

68. La Sala considera que este requisito se cumple en el asunto sub judice, porque está acreditado que el 12 de febrero de 2020 la médica de la ESE -Erasmus Meoz- valoró a la niña. Luego de esta valoración, y luego de una respuesta verbal en sentido negativo, se interpuso la acción de tutela el 12 de junio de 2020, esto es, a los 4 meses de haberse hecho dicha valoración. Este término, dadas las circunstancias de este caso, es razonable a juicio de la Sala. Además, la salud de la niña sigue afectada, pues, de una parte, su enfermedad: nefropatía crónica, pese a haber sido tratada, incluso quirúrgicamente en 2017, sigue generando consecuencias nocivas para la niña y, de otra, al no haberse atendido de manera adecuada, se puede asumir que los problemas renales pueden manifestarse, como se manifestaron, antes de presentar la acción de tutela e incluso después de la sentencia que ahora es objeto de revisión.

c) Subsidiariedad

69. La Constitución Política de 1991 dispone, en su artículo 86, que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” En sujeción a lo anterior, la Corte ha expuesto que los mecanismos judiciales de defensa contemplados en la ley son medios de carácter preferente, a los que debe acudir la persona en búsqueda de la protección efectiva de sus derechos, de suerte que la solicitud de amparo sea un mecanismo de naturaleza residual.

70. En todo caso, la Corporación también ha clarificado que la idoneidad y eficacia de las acciones ordinarias solo pueden contemplarse en concreto. Es decir, la valoración de los medios ordinarios de defensa judicial no puede ser genérica, pues, en abstracto, cualquier mecanismo puede considerarse eficaz, ya que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales. Por esta razón, la idoneidad y

eficacia de la acción ordinaria sólo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto. Esto significa que el juez de tutela no puede declarar automáticamente la improcedencia de la acción de tutela sin valorar las circunstancias específicas del caso concreto, pues sólo así se puede establecer si la acción de tutela desplaza al medio ordinario o no.

71. En el asunto sub judice la discusión gira en torno a tres asuntos: 1) la autorización de exámenes médicos (tomografía computada de vías urinarias, Urotac, gamografía renal estática con DMSA y urocultivo -antibiograma concentración mínima inhibitoria automatizado-); 2) la autorización de una consulta de control con un especialista en nefrología pediátrica; y 3) el suministro de medicamentos (hidroclorotiazida y citrato de potasio). Lo anterior se negó como consecuencia de que la madre y su hija, no han regularizado su situación migratoria en Colombia.

72. En materia de protección del derecho a la salud, el legislador ha diseñado mecanismos para efectos de resolver las controversias entre las EPS y los pacientes, por vía de asignar funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud.

73. En efecto, en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 (modificado parcialmente por la Ley 1438 de 2011) estableció que dicha Superintendencia tiene competencia para decidir en derecho y con facultades judiciales, los siguientes asuntos: “a. Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del 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. b. Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. c. Conflictos que se susciten en

materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. d. Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre éstos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.”

74. Así mismo, el artículo 622 del Código General del Proceso, que modificó

“el numeral 4 del artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social,” prevé que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral y de seguridad social, es competente para conocer de “[l]as 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.”

75. La Sala considera que los antedichos medios ordinarios no son idóneos ni eficaces en este caso. Esto es así porque, en primer lugar, dentro de las funciones jurisdiccionales que el legislador le atribuyó a la Superintendencia Nacional de Salud no se encuentra una relacionada con la cobertura que debe darse a un niño extranjero en casos en los que sus padres no se encuentren afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; estas funciones solo se activan en los casos en los que hay una negativa por parte de la EPS, razón por la cual no cubren omisiones o silencios. En segundo lugar, en el presente caso se trata de migrantes irregulares que no tienen la calidad de afiliados, beneficiarios o usuarios, por lo que no podrían acudir a la jurisdicción ordinaria laboral. En tercer lugar, la jurisprudencia de esta Corte ha precisado que, en materia de acceso a la salud de migrantes venezolanos, “(...) el recurso de amparo es el medio idóneo y eficaz para estudiar y analizar la vulneración de sus derechos fundamentales.” Esta regla es particularmente relevante en casos en los cuales se discute el acceso a la salud de niños migrantes, pues “[l]os menores de edad gozan de un régimen de protección especial en el que prevalecen sus derechos sobre los de los demás y que cualquier vulneración a su salud exige una actuación inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional.”

76. Como se encuentran satisfechos los requisitos de procedibilidad de la solicitud de amparo, la Sala procederá a delimitar el caso y a plantear el problema jurídico sustancial, así como la metodología para resolverlo.

C. Delimitación del caso y planteamiento del problema jurídico

77. De conformidad con lo expuesto, se tiene que la Morgana, como representante de su hija Penélope, instauró acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. Lo anterior debido a que acudió a consulta externa con una médica de la ESE - Hospital Universitario Erasmo Meoz-, pues la niña presenta litiasis renal bilateral y un antecedente específico de litiasis renal derecha. La profesional de la medicina que atendió a la niña, encontró que ella padece de una nefropatía crónica y le diagnosticó un cálculo en el riñón. Por lo anterior, la médica ordenó unos exámenes médicos, una consulta especializada de control y el suministro de medicamentos.

78. El Instituto accionado no contestó la acción de tutela. Sin embargo, al rendir informe en sede de revisión manifestó que no está obligada a prestar o a autorizar los servicios porque: 1) ni la niña ni su madre han regularizado su permanencia en el territorio nacional; 2) el Ministerio de Salud y Protección Social tiene una ruta para efectos de atender las urgencias médicas y los problemas de salud de la niña no se enmarcan en la categoría de urgencias; y 3) el juez de tutela negó la medida provisional y, posteriormente, negó el amparo de los derechos, por lo que no estaba obligado a autorizar el tratamiento.

79. Por su parte, el Juzgado de instancia negó el amparo de los derechos por argumentos similares, pues consideró que la señora Morgana no ha adelantado ningún trámite para regularizar su situación migratoria, lo que es un presupuesto para afiliarse al régimen

subsidiado en salud y acceder al tratamiento médico que requiere su hija. Esta actitud, según el Juzgado, puede calificarse de incuriosa y manifiestamente irresponsable. Sostuvo, además, que en el caso de la niña no se trata de una urgencia vital inminente, pues debe ser tratada de manera ambulatoria, por lo que el sistema no tiene cobertura de los tratamientos solicitados debido a su condición irregular.

80. En ese orden, a partir de las circunstancias aludidas, la Sala de Revisión debe determinar si, en efecto, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander vulneró el derecho a la salud de una niña, de nacionalidad venezolana, al negarle la autorización de unos exámenes como consecuencia de presentar una nefropatía crónica y, en consecuencia, un cálculo en el riñón. Para resolver este problema la Sala abordará los siguientes asuntos: 1) la atención en salud para migrantes venezolanos, en general, y las reglas particulares aplicables a casos de niños y niñas; 2) el derecho a la salud y los componentes de universalidad, solidaridad e integralidad en relación con los niños y niñas; y, 3) se ocupará del caso concreto.

E. La atención en salud para migrantes venezolanos no afiliados al sistema de salud, en general, y las reglas particulares aplicables a casos de niños y niñas. Reiteración de jurisprudencia

82. En cuanto al primer tipo de solución, la Corporación ha sostenido que la atención en salud, respecto de migrantes no residentes, se limita a la atención de casos en los que se presenta una urgencia.

83. En efecto, en la Sentencia T-314 de 2016, la Sala Quinta de Revisión analizó un caso de

un ciudadano argentino que solicitó la entrega de unos medicamentos y tratamientos ordenados, luego de que fue intervenido quirúrgicamente en el brazo y la pierna derecha, por urgencias, como consecuencia de su diabetes. La Sala confirmó la sentencia que negó el amparo y sostuvo que no se vulneró el derecho fundamental a la salud, “(...) debido a que dichas entidades demandadas garantizaron el cumplimiento de la obligación de prestar los servicios de salud básicos al accionante, lo que implica atención en urgencias la cual fue recibida en el Hospital de Suba en Bogotá D.C., y excluye la entrega de medicamentos y continuidad en los tratamientos.”

84. En la Sentencia T-239 de 2017, la Sala Tercera de Revisión concluyó que los accionados (Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y HUEM), no vulneraron el derecho a la salud de un migrante venezolano no residenciado, porque se acreditó que se le prestó la atención mínima de urgencias requerida a la que tienen derecho los extranjeros no residentes. El fallo precisó que la “(...) atención de urgencias comprende (i) emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender las necesidades básicas del paciente. Igualmente, en caso de que el medio necesario para lo anterior no esté disponible en el hospital que presta la atención de urgencias inicial (ii) remitir inmediatamente al paciente a una entidad prestadora del servicio que sí disponga del medio necesario para estabilizarlo y preservar la vida del paciente, lo cual debe evaluarse a la luz del caso concreto y verificar (a) si se solicitó el traslado y (b) si había camas disponibles en la UCI. Lo anterior, destaca la Corte, a fin de evitar imponer una obligación de imposible ejecución.”

85. En la misma línea, el fallo expuso los criterios para determinar el concepto de urgencia, así: “para fijar lo anterior [urgencia], es necesario (i) partir de la definición de la expresión “administración de atención de urgencias” formulada por el Ministerio de Salud y Protección Social en el numeral 5 del artículo 8 de la Resolución 6408 de 2016 (que modificó la Resolución 5592 de 2015); y (ii) tener en cuenta el concepto del médico tratante del caso clínico concreto para que él determine, basándose en los lineamientos del Ministerio de Salud y Protección Social, si un servicio o tratamiento está comprendido o no dentro de la atención

de urgencias mínima. También deberá tenerse en cuenta el criterio negativo, desarrollado en la Sentencia T-314 de 2016 y referido en el numeral 71 de esta providencia, según el cual los servicios mínimos de atención de urgencia “no incluye[n] la entrega de medicamentos ni la autorización de tratamientos posteriores a la atención en urgencias.”

86. Por su parte, en la Sentencia T-210 de 2018, la Sala Sexta de Revisión conoció dos casos, que involucraban a una mujer y a un niño migrantes venezolanos. En lo que tiene que ver con la mujer, que padecía cáncer de cuello uterino, la Corte reiteró que la limitación respecto de atención de urgencias es razonable y obedece a fines legítimos, pero precisó que este concepto incluye “(...) el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida,” razón por la cual amparó los derechos.

87. A su vez, en la Sentencia T-348 de 2018, la Sala Tercera de Revisión conoció de un caso de un migrante venezolano diagnosticado con VIH, para efectos de que se entregaran medicamentos para el tratamiento de la enfermedad. La Corte reiteró que los extranjeros deben regularizar su situación para afiliarse al sistema de salud y que tienen derecho a la atención inicial de urgencias. Encontró que los antiretrovirales no hacen parte del concepto de urgencia, razón por la cual confirmó el fallo de instancia, que negó el amparo. Sobre el concepto de urgencias sostuvo que “(...) puede llegar a incluir en casos extraordinarios procedimientos o intervenciones médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente.”

88. En la Sentencia T-025 de 2019, la Sala Novena de Revisión conoció otro caso de un migrante diagnosticado con VIH y, aunque reiteró las reglas sobre tratamiento de urgencias, consideró que esta enfermedad y su tratamiento encuadran dentro de este concepto. Sobre el punto, la Sala concluyó que la accionada (Secretaría Distrital de Santa Martha), “(...) omitió prestarle, a través de la red pública de servicios, la atención de urgencias requerida la cual

comprendía, dada la naturaleza catastrófica de la enfermedad del paciente -Virus de Inmunodeficiencia Humana VIH-, la entrega de medicamentos prescritos por el médico tratante, necesarios para evitar el deterioro progresivo de su patología e inclusive la muerte,” aunque declaró la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente.

89. En la Sentencia T-197 de 2019, la Sala Segunda de Revisión analizó un caso de un migrante venezolano que padecía cáncer y que solicitó la práctica de radioterapias y quimioterapias. La Sala hizo un balance de las reglas jurisprudenciales y concluyó que la atención de urgencias es un contenido mínimo del derecho a la salud de todas las personas. Reiteró que “en algunos casos excepcionales, la ‘atención de urgencias’ [pueda] llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida,” razón por la cual revocó la decisión de instancia y concedió el amparo.

90. En la Sentencia T-298 de 2019, la Sala Novena de Revisión analizó un caso de una mujer venezolana con permanencia irregular en Colombia, que tenía un embarazo de alto riesgo y que no podía costear los controles prenatales. La Sala reiteró el deber de los extranjeros de regularizar su situación en Colombia y las reglas sobre la atención de urgencias. Sin embargo, concluyó que “(...) el Hospital accionado vulneró los derechos fundamentales a la salud, vida digna, y dignidad humana de la accionante, al no prestar dichos servicios en el momento indicado, los cuales requería con necesidad, situación que puso en riesgo la vida de Ylleilis Adriana Taborda Vargas y la de su hijo.”

91. Finalmente, en la Sentencia SU-677 de 2017, la Sala Plena de la Corte Constitucional revisó un caso de una mujer embarazada, a quien se le negaron los controles prenatales y la asistencia al parto por no encontrarse afiliada al sistema de salud. En este caso, la Corte sostuvo que aunque el embarazo no es una urgencia, lo cierto es que, por su impacto en salud y la vida, requiere una atención de urgencias, de conformidad con el deber del Estado

de garantizar un mínimo de salud a los migrantes, con independencia de su estatus migratorio. Es importante el siguiente balance jurisprudencial:

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

92. En suma, las anteriores decisiones revelan que los extranjeros no residentes en Colombia tienen derecho a la atención inicial de urgencias, como una garantía derivada de la prohibición de discriminación prevista en los artículos 13 y 100 de la Constitución. Ha habido, ciertamente, algunos matices en torno a lo que se comprende como urgencias, a partir de las circunstancias de cada caso concreto, pero en modo alguno se ha llegado a sostener que la atención pueda extenderse más allá de las urgencias. En dichas decisiones se ha destacado que, para acceder a otros beneficios de la seguridad social, se debe tramitar la afiliación al sistema. En el caso de los extranjeros, ello se logra a partir de regularizar la situación migratoria y del cumplimiento de los deberes y obligaciones previstos en la Constitución y en la ley.

93. En cuanto al segundo tipo de solución, la Corporación ha sostenido una postura más amplia en la protección del derecho a la salud, en razón a que se trata de niños. Esto ha llevado a un concepto más amplio de urgencias, e incluso a extender el alcance del derecho a eventos que no se enmarcan de manera rigurosa dentro de dicho concepto.

94. En la Sentencia T-705 de 2017, la Sala Sexta de Revisión conoció un caso de un niño que cruzó la frontera con sus padres, con el único fin de obtener atención en salud porque fue diagnosticado con “linfoma de Hodgkin.” La Sala concluyó que el accionado no vulneró el derecho fundamental del niño, porque había prestado los servicios, pero recordó que “(...) dicha entidad [Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander] es la encargada de gestionar y asegurar, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, la prestación de la atención de los servicios de salud requeridos por el menor y solicitados por el médico tratante como urgentes, así como también es el responsable de asumir los costos de los servicios de atención de urgencias que le fueron prestados al paciente por tratarse de un caso en el que un extranjero no residente no tiene los recursos para sufragar los mismos.” Sobre el concepto de urgencias, la sentencia precisó que “(...) esta Sala entiende que la atención de urgencias comprende (i) emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas. Igualmente, en caso de que el medio necesario para lo anterior no esté disponible en el hospital que presta la atención de urgencias inicial (ii) remitir inmediatamente al paciente a una entidad prestadora del servicio que sí disponga del medio necesario para estabilizarlo y preservar la vida del paciente.”

95. Como se dijo, en la Sentencia T-210 de 2018, la Sala Sexta de Revisión conoció dos casos, que involucraban a una mujer y un niño migrantes venezolanos. En relación con el niño, la Sala consideró que la “(...) atención de urgencias puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida,” por lo que la Corte accedió al amparo solicitado.

96. En la Sentencia T-178 de 2019, la Sala Séptima de Revisión revisó un caso en el que un personero interpuso una acción de tutela con el fin de lograr la afiliación al sistema de salud en el régimen subsidiado de un niño. Sobre el particular, la Sala reiteró que las reglas jurisprudenciales son claras en: “(i) permitir el acceso a la atención en salud de los niños y

niñas recién nacidos independientemente de la situación irregular de sus padres y en (ii) establecer la posibilidad de afiliación al sistema de salud de la población migrante que cuenta con el Permiso Especial de Permanencia.” Luego, al analizar el caso, ordenó registrar al niño en una EPS e incluir a su núcleo familiar.

97. En la Sentencia T-074 de 2019, la Sala Quinta de Revisión estudió el caso de una migrante venezolana no residente en Colombia, que tenía un embarazo de alto riesgo y que solicitó las valoraciones correspondientes. La Sala declaró la carencia actual de objeto, pero reiteró que “[l]os extranjeros tienen los mismos derechos civiles que se reconocen a los nacionales colombianos; tienen la obligación de cumplir con la Constitución y ley la como los demás residentes del país y; a su vez, tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de urgencia con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente las relacionadas con asuntos de salud.”

98. En la Sentencia T-452 de 2019, la Sala Octava de Revisión decidió varios casos, entre otros, el de un niño venezolano que solicitó que se realizara un tac de senos paranasales, necesario para determinar la enfermedad del niño y el tratamiento a seguir. Sobre el alcance del concepto de urgencias, la Sala sostuvo que una adecuada atención de urgencias comprende “(...) emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas.”

99. Finalmente, en la Sentencia T-090 de 2021, la Sala Séptima de Revisión conoció de un caso de un niño venezolano en situación migratoria irregular, al que se le practicó una cirugía de corazón, pero se le negaron los controles posteriores porque no se trataba de una urgencia. La Sala concluyó que “el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud a los menores de edad que sufren de algún tipo de afección física y mental y de garantizarles un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, incluyendo a los niños, niñas y adolescentes migrantes, a pesar de que no se

encuentren regularizados en el país y, en consecuencia, no estén vinculados al SGSSS.”

100. Así las cosas, esta Sala concluye que la atención en materia de salud de niños y niñas migrantes tiene unas características especiales, pues, como se explicará enseguida, se trata de sujetos de especial protección constitucional, que tienen una garantía reforzada de sus derechos, razón por la cual la atención en materia de salud para ellos debe partir de una conceptualización mucho más amplia del concepto de urgencias, a partir del principio de universalidad y, en particular, del principio de integralidad en materia de salud.

101. Esto implica que, en ciertos casos, y atendiendo a la gravedad del diagnóstico, la protección supere el concepto administrativo de urgencias. Este concepto supone una “(...) modalidad de prestación de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad”, de acuerdo con la definición suministrada por la Resolución 006408 de 2016, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social. En estos casos, como se indicó, el concepto de urgencias parte de un enfoque de derechos humanos, lo que implica que cubija un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida.

102. Por otra parte, la Sala constata que la postura asumida por varias Salas de Revisión en las antedichas sentencias, sobre el derecho a la salud de los niños y niñas migrantes, puede considerarse como jurisprudencia en vigor. En efecto, la jurisprudencia en vigor se establece cuando hay un “(...) conjunto de sentencias que comparten una misma interpretación judicial sobre una norma o principio que se aplica a unos hechos similares y que resuelve un problema jurídico igual. Este concepto adquiere importancia por las sentencias emitidas por las Salas de Revisión de Tutela de la Corte Constitucional, las cuales deben seguir, principalmente los parámetros establecidos por la Sala Plena, pero cuando no los hay, deben obedecer a los criterios que están vigentes por las otras Salas respecto al tema que se

estudia, esto es, la jurisprudencia en vigor.”

F. El derecho a la salud de los niños y niñas migrantes irregulares y las reglas básicas para afiliarse a la Sistema General de Seguridad Social en Salud. Reiteración de jurisprudencia

103. La Constitución reguló la salud en tres facetas. En una primera faceta la Constitución lo incluyó como un componente del derecho a la seguridad social como servicio público irrenunciable (art. 48 C.P.). Por otra parte y, en una segunda faceta, el derecho a la salud implica una garantía para todas las personas, exigible del Estado (art. 49 C.P.). Sobre este derecho, y en una tercera faceta, la Constitución previó una cláusula de prevalencia incondicionada de los derechos de los niños y niñas, pues estableció expresamente el derecho a la salud y a la seguridad social como derechos fundamentales de esta población (art. 44 C.P.). La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, de una lectura armónica de estos artículos, se extraen dos conclusiones: (i) la garantía de los derechos fundamentales no pende de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser humano; de ser persona que habita el territorio nacional; y (ii) que se debe velar por garantizar el derecho a la salud de aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta,” como es el caso de los niños y niñas.

104. En desarrollo de esta última faceta del derecho a la salud, el legislador definió el concepto de interés superior del niño, que es una expresión de la prevalencia de los derechos de los niños, como “(...) un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes,” de conformidad con el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia. En el plano internacional, por ejemplo, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, fijó un estándar según el cual “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de

la salud,” (artículo 24).

105. Este estándar tiene una relación estrecha con el principio de no discriminación, desarrollado por el párrafo 34 de la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A juicio de esta Corte tal observación pone de presente “(...) la obligación de adoptar medidas (artículo 2.1) en aras de la plena realización del artículo 12, indicando que las medidas deben ser deliberadas y concretas, y su finalidad debe ser la plena realización del derecho a la salud. Reitera también que, de acuerdo a la Observación General Nº 12, la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período implica la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia el objetivo de la plena realización del derecho a la salud.” En el mismo sentido, las obligaciones del Estado en relación con este derecho no se modifican en función de la nacionalidad de la persona que requiere los servicios, pues la adopción de políticas de salud y las garantías de los principios que sustentan el derecho a la salud es aplicable en todo el territorio nacional, de conformidad con el artículo 5º de la Ley 1751 de 2015.

106. Así mismo, la garantía del derecho a la salud de los niños y niñas adquiere un carácter prioritario como consecuencia de la prevalencia de sus derechos y está estrictamente relacionado, particularmente, con los principios de universalidad, integralidad y solidaridad. El principio de universalidad implica que la atención en salud debe garantizarse a todas las personas en su faceta de “promoción, protección y recuperación de la salud.” El principio de integralidad implica remover “(...) obstáculos de cualquier índole, [...] garantizando un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida.” Además “implica que el servicio suministrado integre todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias que el médico tratante prescriba como necesarios para efectos de restablecer la salud o mitigar las dolencias que le impiden al paciente mejorar sus condiciones de vida.” Finalmente, el principio de solidaridad “(...) se manifiesta como deber del Estado Social de Derecho a través de estos “deberes fundamentales” que en ciertos escenarios se refuerzan, cuando se trata de asegurar a

sujetos en condiciones desfavorables, la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales.”

108. En el plano reglamentario, el artículo 2.1.5.1 del Decreto 780 de 2016 previó como afiliados al régimen subsidiado de salud, entre otros, a “[l]os migrantes venezolanos sin capacidad de pago pobres y vulnerables con Permiso Especial de Permanencia – PEP vigente, así como sus hijos menores de edad con documento de identidad válido en los términos del artículo 2. 1.3.5 del presente decreto, que permanezcan en el país. El listado censal de esta población será elaborado por las alcaldías municipales o distritales.”

109. Por su parte, el Permiso Especial de Permanencia, creado inicialmente en el artículo 3 de la Resolución 5797 de 2017 es “(...) un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano, el cual les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal, quedando autorizados para ejercer cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas.”

110. Igualmente, y para el presente caso, es importante recordar el propósito del Registro Único de Migrantes Venezolanos y sus funciones, así como el Permiso por Protección Temporal. De conformidad con el artículo 6 del Decreto 216 de 2021, que adoptó el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, el registro “(...) tendrá como objeto recaudar y actualizar información como insumo para la formulación y diseño de políticas públicas, e identificar a los migrantes de nacionalidad venezolana que cumplen con alguna de las condiciones establecidas en el artículo 4, y quieran acceder a las medidas de

protección temporal contenidas en el presente Estatuto.” Este registro, en todo caso, no “(...) modifica su estatus migratorio, no le otorga beneficios o facultades en el territorio nacional, no equivale al reconocimiento de la condición de refugiado, ni implica el otorgamiento de asilo.”

111. A su turno, el Permiso para Protección Temporal “[e]s un mecanismo de regularización migratoria y documento de identificación, que autoriza a los migrantes venezolanos a permanecer en el territorio nacional en condiciones de regularidad migratoria especiales, y a ejercer durante su vigencia, cualquier actividad u ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o de contrato laboral, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico colombiano para el ejercicio de las actividades reguladas,” de acuerdo con el artículo 11.

112. En estos términos, los migrantes venezolanos pueden regularizar su situación migratoria, entre otros instrumentos, por medio de los permisos de protección temporal y de permanencia, previo a la inscripción en el Registro Nacional de Migrantes Venezolanos. De acuerdo con la información institucional del registro, los ciudadanos venezolanos migrantes que deben registrarse son aquellas personas “que NO tengan ningún registro vigente en Colombia; es decir que NO tengan cédula de extranjería, una visa de permanencia, Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP) o el Permiso Especial de Permanencia (PEP) vigente y Los portadores de la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF) también deberán realizar el RAMV.”

G. El caso concreto

113. En este caso, la madre de una niña venezolana en condición migratoria irregular, presenta en su representación una tutela, con el propósito de que se ordene al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, disponer lo necesario para la práctica de unos exámenes, una consulta especializada y la entrega de unos medicamentos. Dicho

Instituto negó lo antedicho, por considerar que 1) ello no obedece a una urgencia, 2) la niña no ha regularizado su situación migratoria y, 3) el juez de tutela no concedió la medida provisional solicitada y, a la postre, negó el amparo.

114. La decisión de negar el amparo, tomada por el juez de tutela, se fundó en los siguientes argumentos: 1) los migrantes venezolanos no se acogen deliberadamente a las reglas sobre legalización de permanencia e interponen acción de tutela “automáticamente” en casos de “no urgencia;” 2) la madre de la niña “no ha realizado gestión alguna” para regularizar su estatus migratorio por su “propia incuria e inactividad” para afiliarse al sistema de salud; y 3) no se trata de una urgencia vital inminente, pues el tratamiento requiere manejo por “programación y ambulatorio.”

115. En el presente caso, ha quedado acreditado, en primer lugar, que la señora Morgana es migrante venezolana y se encuentra en situación irregular en Colombia, pues contaba con un pre-registro de Tarjeta de Movilidad Fronteriza, documento que le permite circular por los puestos de control migratorio, pero le impide la permanencia en el territorio colombiano y el acceso a derechos, de conformidad con la Resolución 1220 de 2016, vigente para el momento de los hechos.

116. En segundo lugar, está demostrado que la señora Morgana aparece registrada en el Registro Único de Migrantes Venezolanos, según da cuenta la imagen que ella remitió en el trámite adelantado en sede de revisión. Conforme a las normas sobre migración y regularización ya analizadas, puede inferirse que dicha señora no tiene cédula de extranjería, visa de permanencia, Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), o Permiso Especial de Permanencia (PEP) vigente, pues justamente los ciudadanos venezolanos que no tienen estos documentos de identificación son los que están obligados a registrarse. También puede inferirse que la mencionada señora no puede afiliarse al sistema de salud, en el régimen subsidiado, pues para ello es indispensable contar con el Permiso Especial de Permanencia.

117. En tercer lugar, se tiene que la señora Morgana ha afirmado, de manera reiterada y consistente, tanto al instaurar la tutela como al responder al cuestionario hecho en sede de revisión, que su situación económica es precaria. En efecto, la señora ha dicho que su actividad es informal: venta de tintos o de dulces en los buses. Esta afirmación no ha sido refutada en el proceso, ni ha sido cuestionada por el instituto accionado, ni por ninguna de las autoridades que intervinieron en él. En estas condiciones, dado que el accionado no rindió el informe solicitado por el juez de tutela, ni remitió el expediente administrativo, es necesario aplicar la consecuencia prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, valga decir, el principio de veracidad. Según este principio, cuando el informe no se rinda por el accionado en el término previsto, “se tendrán por ciertos los hechos”.

118. Al interpretar el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, la Corporación ha precisado que “(...) la presunción de veracidad de los hechos constituye un instrumento que tiene dos fines principales, el primero, sancionar el desinterés o la negligencia de las entidades demandadas ante la presentación de una acción de tutela en la que se alega la vulneración de los derechos fundamentales de una persona; y, el segundo, obtener la eficacia de los derechos fundamentales comprometidos, en observancia de los principios de inmediatez, celeridad y buena fe, es decir, ´encuentra sustento en la necesidad de resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales.´”

119. Conforme al principio de veracidad y en vista de que no hay ninguna prueba que permita sostener lo contrario, o siquiera un cuestionamiento sobre lo afirmado en la tutela, la Sala tendrá por cierto que la señora Morgana y su familia tienen una condición económica precaria, que es insuficiente para pagar el costo de los exámenes médicos, de la consulta especializada y de los medicamentos que requiere su hija. Esta situación, además, coincide con el diagnóstico que ha hecho la Corte sobre la situación de los migrantes venezolanos, de acuerdo con los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según los cuales, en “(...) 2017 el 87% de los hogares en Venezuela se encontraban en condición de pobreza, de los cuales 61% estaban en pobreza extrema.”

120. En cuarto lugar, en lo que atañe a la situación de salud de la niña actora, está probado que ella presentó un antecedente de litiasis renal derecha colariforme y que fue intervenida quirúrgicamente en junio de 2017. De acuerdo con la literatura especializada, la litiasis corresponde a un cálculo renal, esto es, “(...) una pieza sólida de material que se forma en el riñón debido a sustancias presentes en la orina. Puede ser tan pequeña como un grano de arena o tan grande como una perla. La mayoría de las piedras renales se eliminan del cuerpo sin ayuda médica. Pero algunas veces una piedra no es fácil de eliminar. Puede atorarse en las vías urinarias, bloquear el flujo de orina y causar un gran dolor.”

121. A su turno, en la historia clínica aparece que el riñón derecho presenta “cambios en su ecoestructura cortical con signos de nefropatía crónica unilateral derecha,” entre otras cosas. Sobre la nefropatía crónica, la literatura especializada ha explicado que significa “(...) una enfermedad renal crónica que va dañando los nefrones de a poco con el transcurso del tiempo;” En el mismo sentido, ha explicado que los nefrones, por su parte, son las células que componen los riñones.

122. De acuerdo con lo anterior, la niña ya había sido diagnosticada con una enfermedad crónica que pone en riesgo su salud e integridad, pues existe un concepto técnico médico que da cuenta de la necesidad de iniciar un tratamiento específico. En efecto, los elementos de prueba médicos y clínicos revelan que la niña actora sufre una enfermedad crónica, que tiene la capacidad de producir de manera recurrente cálculos renales. También permiten establecer que esta enfermedad no se cura con intervenciones, incluso quirúrgicas, para retirar los cálculos, pues estos vuelven a formarse.

123. Para esta enfermedad hay un tratamiento farmacológico, que se hace con dos medicamentos: hidroclorotiazida y citrato de potasio, que fueron recetados por la médica tratante. Los mismos medicamentos fueron prescritos por los profesionales de la medicina de

la Clínica Materno Infantil San Luis en Bucaramanga, según puede verse en los documentos aportados en sede de revisión. La Sala debe destacar que tales medicamentos son los que, conforme a la literatura médica, se consideran indicados para tratar la enfermedad de la actora.

124. La Sala también debe destacar que, para un diagnóstico adecuado de la enfermedad, como lo puso de presente la médica tratante, es necesario realizar una consulta con un médico especialista y eventualmente practicar algunos exámenes.

125. Al tratarse de una enfermedad recurrente, que produce periódicamente una muy dolorosa situación, como la de los cálculos renales, no puede afirmarse que este caso esté por fuera de lo que se denomina urgencias. La formación recurrente de cálculos, en caso de darse, requiere de manera necesaria una atención de urgencias, pues, además de generar intenso dolor en la paciente, puede poner en riesgo inminente su salud e incluso su vida, en la medida en que genera problemas renales. Para la Sala, no resulta admisible el considerar que una niña deba someterse, de manera recurrente y repetida, a los padecimientos propios de un cálculo renal, para que sólo en ese caso sea atendida por el sistema de salud, bajo un concepto restringido de urgencias.

126. Por el contrario, conforme a lo dicho por diversas salas de revisión y, en especial, por la Sala Séptima de Revisión en la Sentencia T-090 de 2021, esta Sala considera que el Estado debe garantizar el derecho a la salud de la actora, por medio de un tratamiento integral, adecuado y especializado, sobre la base de que se trata de una niña y, por tanto, en este caso debe asumirse un concepto más amplio de urgencias. En efecto, de no hacerse los exámenes que la médica tratante consideró necesarios, ni realizarse la consulta especializada, ni suministrar los medicamentos necesarios, se dejaría a una niña migrante en la penosa situación de padecer, de manera recurrente, intensos dolores y sufrimientos innecesarios.

128. Con fundamento en lo que está demostrado en este caso y conforme a la jurisprudencia en vigor de esta Corte, la Sala encuentra que el Instituto Departamental de Norte Santander vulneró el derecho a la salud de la niña Penélope, al negar la autorización de los exámenes, de la consulta especializada y de los medicamentos prescritos por la médica tratante. Como se explicó, este Instituto es el encargado de gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, lo que incluye a los migrantes en situación irregular.

129. La anterior conclusión implica que la Sala revocará la sentencia objeto de revisión para, en su lugar, amparar los derechos de la niña actora. No obstante, dado que el caso tiene otros elementos relevantes, la Sala considera necesario ocuparse de ellos y, por tanto, procederá a analizar los argumentos del juez de tutela, para destacar las imprecisiones en las que incurre en su razonamiento y, además, la conducta del ente accionado, como pasa a verse.

130. La primera imprecisión del juez es la de considerar que el concepto de urgencias excluye cualquier tipo de tratamiento, con el argumento de que si éste requiere de servicios ambulatorios es porque no se trata de una verdadera urgencia. Esta apreciación del asunto, en especial cuando está de por medio de salud de una niña, no corresponde a la lectura que debe hacerse de las urgencias, pues ello “(...) debe verse con un enfoque de derechos humanos y de manera integral; esto quiere decir que el procedimiento efectuado requiere de un seguimiento mínimo por parte de los especialistas.”

131. Un análisis riguroso de la historia clínica le habría permitido al juez de tutela advertir que la enfermedad de la niña era crónica y que, en su desarrollo, podía generar de manera recurrente situaciones urgentes, con compromisos serios para su salud y vida, en la medida

en que es capaz de provocar serios daños renales. En este caso no se trata simplemente de extraer un cálculo, lo que puede hacerse incluso por medio de una cirugía, sino de tratar la dolencia y darle un seguimiento mínimo. Al no apreciar estas circunstancias, la decisión del juez de tutela fue indiferente al intenso dolor de la niña, producido por sus cálculos renales, que no fueron ni extraídos ni tratados y que bien podrían haber generado una urgencia más grave y una mayor afectación a sus derechos a la salud y a la vida.

132. La segunda imprecisión del juez es la de desatender la jurisprudencia en vigor de esta Corporación sobre la atención a los niños y niñas migrantes. En lugar de dar a la niña la consideración que requería, el juez se queda en la regla prevista para migrantes adultos, y hace apreciaciones generalizadas sobre la conducta de ella y de su madre, a la que califica como incuriosa e irresponsable. Esto no se funda rigurosamente en los hechos probados en el caso, sino en lo que el juez considera una costumbre “malsana” de interponer acciones de tutela, por cuenta de no atender oportunamente las normas sobre regularización migratoria. Además de que dicha práctica no es objeto del proceso y no está acreditada en él, no es posible llevar las consecuencias de las eventuales omisiones de la madre a la hija, pues la niña no está en condiciones de adelantar, por sí misma, las gestiones necesarias para regularizar su situación migratoria y, a pesar de ello, es quien debe sufrir, con su doloroso padecimiento, las consecuencias.

133. En efecto, como ha destacado, de manera reiterada, esta Corporación, “(...) para el caso de los adultos migrantes en situación irregular que tienen la intención de hacer uso de los servicios en salud en territorio nacional, las reglas de contenido normativo aplicables son una carga constitucionalmente admisible y razonable a la luz de su calidad de migrantes. No obstante, en el caso de los menores de edad extranjeros irregulares que padecen una enfermedad que requiere un tratamiento, dicha carga resulta desproporcional, no solo por su condición de menores, sino también por el estado de vulnerabilidad en que se encuentran a causa de: (i) su patología y (ii) haber salido repentinamente de su lugar de origen.”

134. La tercera imprecisión del juez es la de haber analizado el caso a partir de una especie de formato. En efecto, una lectura atenta del fallo muestra que el juez, al parecer, utilizó un modelo previo para resolver el caso, pues se hace mención de un caso de la señora Paula Sorely Ramírez. Esto, si bien puede obedecer a un lapsus calami, muestra una cierta ligereza en la consideración del asunto, que en todo caso tiene sus propias particularidades, la principal de las cuales es la de que la persona afectada es una niña, en condiciones manifiestas de vulnerabilidad.

135. Por otra parte, la Sala también considera necesario referirse a la conducta del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander pues, además de haber vulnerado los derechos fundamentales de la actora, el instituto incurrió en 3 omisiones cuestionables. La primera omisión fue la de no contestar las solicitudes de la actora, a la que apenas se le dio una respuesta verbal somera, sin indicar las razones por las cuales no se iba a autorizar lo prescrito por la médica tratante, más allá de la recurrente alusión a la falta de recursos. La segunda omisión fue la de no rendir el informe solicitado por el juez y no remitir el expediente administrativo. El silencio de una autoridad ante los requerimientos de un juez constitucional, en el trámite de una acción de tutela, carece de justificación y es inadmisibles. La tercera omisión fue la de no acatar la jurisprudencia en vigor de esta Corte en relación con el servicio de salud a niñas y niños migrantes.

136. En vista de las anteriores circunstancias, como ya se advirtió, la Sala revocará la sentencia objeto de revisión y, en su lugar, amparará fundamental a la salud de la niña Penélope. No obstante, dado el tiempo que ha transcurrido entre la prescripción de la orden de la médica tratante y la solución de este caso y el eventual cambio en la situación de salud de la niña, la Sala considera necesario ordenar al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, que autorice y gestione a la mayor brevedad (48 horas) la consulta de control de la niña con un especialista en nefrología pediátrica. Será este especialista el que, a partir de la valoración de la historia clínica de la niña y de su situación de salud actual, establezca si hay necesidad de practicar los exámenes prescritos inicialmente por la médica tratante u otros y, además, si es necesario o no tratar la enfermedad con medicamentos y, en caso de

serlo, con cuáles. En todo caso, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander deberá disponer lo necesario para la práctica de los exámenes y para el suministro de los medicamentos que prescriba el especialista en nefrología pediátrica.

137. En atención a la conducta del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander en este caso, la Sala lo prevendrá para que: 1) responda por escrito las solicitudes de atención que se hagan, indicando con precisión los motivos por los cuales accederá o negará lo solicitado; 2) rinda de manera oportuna los informes que en el futuro le soliciten los jueces de tutela y remita los expedientes administrativos que corresponda; y 3) acate, como es su deber, la jurisprudencia en vigor de esta Corporación en lo que se refiere a la atención en salud a los niños y niñas migrantes.

138. Dado que la conducta vulneradora de los derechos fundamentales de la actora no es imputable a las entidades vinculadas por el juez de tutela, la Sala procederá a desvincularlas de este proceso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de única instancia proferida el 30 de junio de 2020 por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes, que negó la protección de los derechos fundamentales invocados y, en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la salud de Penélope, vulnerado por el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

Segundo.- ORDENAR Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice y gestione la consulta de control de la mencionada niña con un especialista en nefrología pediátrica, y ADVERTIRLE que si de esta consulta resulta la necesidad de practicar exámenes médicos y/o suministrar medicamentos a la niña, este Instituto deberá disponer lo pertinente para ello, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir del momento en que el especialista remita su informe y la orden de exámenes y/o de suministro de medicamentos.

Tercero.- PREVENIR al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander para que en lo sucesivo responda por escrito las solicitudes de atención que se hagan, indicando con precisión los motivos por los cuales accederá o negará lo solicitado; rinda de manera oportuna los informes que en el futuro le soliciten los jueces de tutela y remita los expedientes administrativos que corresponda; se abstenga de imponer barreras para el acceso a la salud de niños y niñas que sufren enfermedades crónicas en los términos de esta providencia; y acate, como es su deber, la jurisprudencia en vigor de esta corporación sobre la materia.

Cuarto.- INSTAR a la señora Morgana para que adelante los trámites respectivos para afiliarse al SGSSS, previo a la regularización de su situación migratoria, en el marco del deber que les asiste a los extranjeros sobre el particular.

Quinto.- DESVINCULAR a la ESE -Hospital Universitario Erasmo Meoz, al Ministerio de Salud y

Protección Social, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Especial -Migración Colombia-.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

-Aclaración de voto-

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General