

JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

Acción de tutela No.	867554089001-2021-00055
Accionante:	Maribel Cuatindioy Juajibioy
Accionados:	Hospital Pio XII de Colón Secretaría de Salud Departamental del Putumayo
Vinculados:	Secretaría de Salud Municipal de San Francisco o quien haga sus veces Ministerio de Salud y Protección Social Dirección Nacional de Planeación Superintendencia Nacional de Salud Administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud Ministerio de relaciones exteriores - UAEMC
Decisión:	Sentencia concede acción de tutela

San Francisco, diecinueve (19) de mayo dos mil veintiuno (2021)

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Dentro del término legal, procede el Juzgado a resolver la demanda de tutela que interpusiera la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY a nombre propio, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la igualdad.

2. ANTECEDENTES Y ACTUACIÓN PROCESAL

A nombre propio, la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY interpuso acción de tutela con el objetivo de obtener amparo a sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la igualdad que estima vulnerados por parte del HOSPITAL PIO XII DE COLÓN y de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO, como consecuencia de la ocurrencia de los hechos que a continuación se resumen.

2.1. Los Hechos

Da a conocer la tutelante quien es ciudadana venezolana, que está en estado de embarazo y que por encontrarse en condición migratoria irregular no ha podido hacerse los controles médicos prenatales para establecer en qué condición de salud se encuentra su hijo por nacer. Que no obstante los requerimientos y la petición que elevó a través de la Personería Municipal de San Francisco al HOSPITAL PIO XII DE COLÓN, se le ha negado el acceso a dichas prestaciones de salud.

2.2. La Actuación

El trámite tutelar fue presentado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de San Francisco el día 11 de mayo de 2021 y en la misma fecha se dictó auto admisorio de la demanda, en cual se ordenó la notificación a las accionadas y la vinculación de la SECRETARÍA MUNICIPAL DE SALUD DE SAN FRANCISCO o quien haga sus veces, del MINISTERIO DE SALUD Y

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

PROTECCIÓN SOCIAL, de la DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANEACIÓN, de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD.

Se dispuso además en dicho proveído la emisión de una medida provisional en atención a la calidad de sujeto de especial protección constitucional de la demandante, para lo cual se ordenó al HOSPITAL PIO XII DE COLÓN que preste a la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY todos los servicios de salud que requiere en razón a su estado de embarazo como son los controles prenatales y demás atenciones médicas que resulten pertinentes.

3. SUJETOS DE LA ACCIÓN

3.1. Accionante

La señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY, identificada con cédula de ciudadanía No. 22.039.730 expedida en Venezuela, quien actúa a nombre propio procurando la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la igualdad.

3.2. Accionados y vinculados

La demanda se dirigió contra el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN, que es una empresa social del Estado del orden departamental que presta servicios integrales de salud en el Valle del Alto Putumayo, y contra la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO, que es dependencia gubernamental que nivel del Departamento del Putumayo se encarga de la prestación del servicio de salud.

Y como se había mencionado, dada la incidencia en la afiliación al sistema de seguridad social en salud y prestación del servicio de salud a ciudadanos venezolanos, se vinculó también a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO, a la DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANEACIÓN, a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, a MIGRACIÓN COLOMBIA y a la DIRECCIÓN MUNICIPAL DE SALUD MUNICIPIO DE SAN FRANCISCO.

4. PRETENSIÓN DE LA PARTE ACCIONANTE.

Se requiere que emita orden a las entidades accionadas para que brinden a la Actora la atención en salud con el fin de iniciar los controles médicos prenatales y verificar en qué condición se encuentra su hijo por nacer, garantizando integralmente la prestación del servicio de salud y la realización del procedimiento de pomeroy al finalizar el embarazo.

5. CONTESTACIÓN DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS.

Hospital Pio XII.

No obstante fue notificado debida y oportunamente de la demanda, no se aprestó a contestar la misma. Tampoco se pronunció ni rindió informe respecto de la medida provisional dictada en el auto admisorio de la demanda de tutela.

Ministerio de Salud.

A través de apoderada judicial se precisó que el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL no tiene injerencia alguna en los hechos que originan la demanda tutela, ni ha

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSSDP

transgredido derecho fundamental alguno de la Accionante, en tanto que esa cartera actúa como ente rector en materia de salud, regulando la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, en ningún caso es el responsable directo de la prestación de servicios de salud, ni de la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS, pues la función de aseguramiento en salud está en cabeza de las aseguradoras, los prestadores de servicios de salud y las entidades territoriales. Así mismo, los procesos de regularización que deben realizar los migrantes que residen en el país son adelantados dentro del marco de sus competencias, por autoridades como la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

Se manifestó que de acuerdo a la normatividad vigente sobre la materia, el SGSSS, garantiza la atención médica a los nacionales venezolanos que se encuentran 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.

Supersalud.

La representante judicial de la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD solicitó se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva porque la violación de los derechos que se alegan como conculcados no deviene de una acción u omisión atribuible a dicha entidad. Se hizo alusión a los requisitos legales que deben cumplirse para la afiliación al sistema de salud de la población migrante venezolana.

Adres.

Con escrito firmado por el Jefe de la Oficina jurídica se refirió frente al caso en concreto que no es función de la ADRES la prestación de los servicios de salud, por lo cual existiría falta de legitimación en la causa por pasiva.

Se hizo referencia al artículo 236 de ley 1955 de 2019, que consignó que los gastos en salud que se deriven de la atención a población pobre no asegurada serán asumidos por la entidad territorial respectivo a través de su red pública y/o privada o con quien tenga contrato con cargo a los recursos de la oferta.

Se argumentó que no obstante la situación e las personas migrantes desde Venezuela es compleja, ello no los habilita para demandar prebendas de todo tipo, incluido el servicio de salud, absteniéndose de manera caprichosa de legalizar su situación y permanencia. Que al exigir la aplicación de las garantías del ordenamiento jurídico colombiano, consecuentemente se impone la obligación de cumplir los deberes previstos en las normas colombianas, por lo anterior el Juez constitucional no se puede limitar a garantizar la atención en salud de la Accionante, sino también a conminarla para que legalice su permanencia en el país y proceda a afiliarse de manera formal al sistema general de seguridad social en salud.

Departamento Nacional de Planeación.

A través de apoderado judicial se señaló que consultado en la Base Nacional Certificada y avalada por el DNP disponible en la página de esta entidad www.sisben.gov.co documento

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

de identificación allegado en el escrito de la tutela la cedula de venezolana no puede realizarse, dado que la persona debe tramitar su correspondiente Cedula de Extranjería expedida por Migración Colombia, Salvoconducto o Permiso Especial de Permanecia (acompañado obligatoriamente del pasaporte o el documento nacional de identidad, únicamente para ciudadanos venezolanos) para que pueda ser registrada con alguno de dichos documentos en el Sisbén.

Se advirtió que los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley y que, dicho reconocimiento genera al mismo tiempo la responsabilidad en cabeza del extranjero de atender cabal y estrictamente el cumplimiento de deberes y obligaciones que la misma normatividad consagra para todos los residentes en el territorio de la República. Y que en ese sentido, existe el derecho de los extranjeros a ser encuestados o incluidos en determinado núcleo familiar, siempre y cuando estén correctamente identificados, para que de esta forma puedan acceder a los programas sociales, que, como el régimen subsidiado en salud, utilizan al Sisbén como herramienta focalizadora en la selección de sus beneficiarios.

Así, una vez la Actora cuente con alguno de los documentos migratorios exigidos, puede acudir a la oficina del Sisbén del municipio en el que resida y ésta a su vez procederá a practicar una encuesta en el sitio de residencia que indique y posteriormente enviar dicha información al DNP para surtir los trámites establecidos en la resolución No. 3912 de 2019, para finalmente habilitar su afiliación a una EPS.

Por lo anterior, se solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela, o en su defecto desvincular al DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN declarando probada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Secretaría de salud departamental del Putumayo.

La Jefe de la oficina jurídica del departamento del Putumayo informó que con fundamento en el decreto No. 2408 del 24 de diciembre de 2018 y la circular 0025 de 2017, a dicha Secretaría le corresponde dar la autorización para los servicios que se consideran atención inicial de urgencias. Que el ente territorial en donde está domiciliada la Actora debe realizar las gestiones pertinentes para afiliar al régimen subsidiado a toda la población que resida en su jurisdicción y no se encuentre asegurada. Y el HOSPITAL PIO XII a través de su trabajadora social y la Secretaría de gobierno del MUNICIPIO DE SAN FRANCISCO está en la obligación de coordinar con Migración Colombia el acompañamiento a la población migrante en condición irregular para que puedan regularizar su estancia en el país y puedan acceder al sistema de salud.

Se precisó que la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY no aportó orden médica donde se prescriban procedimientos en salud catalogados como urgentes, y el CRUE de la SECRETARÍA DE SALUD DEL PUTUMAYO requiere de una orden médica generada en el servicio de algún Hospital de la red pública del Departamento para proceder a autorizar o realizar las gestiones requeridas por la paciente. Y los migrantes irregulares que busquen recibir atención médica integral adicional deben atender la normatividad vigente de afiliación al sistema de salud como ocurre con los ciudadanos nacionales, incluyéndose dentro de ello la regularización inmediata de la situación migratoria.

Se solicitó la desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Secretaría de Salud Municipal de

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

San Francisco o quien haga sus veces.

Aunque fue oportuna y debidamente notificada de la demanda, no se aprestó a manifestarse frente a la misma.

Migración Colombia.

La Jefe de la Oficina asesora jurídica solicitó se desvincule a la UAEMC toda vez que se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva y no existen fundamentos facticos o jurídicos atendibles que permita establecer responsabilidad en cabeza de dicha entidad.

Que consultado el sistema de información misional PLATINUM, la ciudadana MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY, no se encuentra registrada porque no ha tramitado ningún documento como cédula de extranjería, salvoconducto, prórroga de permanencia o PEP. En consecuencia, se encuentra en condición migratoria irregular por lo cual se le debe conminar a través del Juzgado para que adelante los trámites administrativos migratorios pertinentes a fin de regularizar su situación, lo cual podría hacer solicitando una vez cumplidos los requisitos del caso, la expedición de un Salvoconducto, que es un documento válido para afiliación al sistema de seguridad social de los extranjeros, lo cual debe hacer manera personal. O también, obtener el Permiso por protección temporal (PPT), una vez inscrita en el RUMV y realizado el registro biométrico presencial.

6. PRUEBAS RELEVANTES

A continuación se relacionan las pruebas que reposan en el expediente:

Documentales.

- Copia derecho de petición elevado 16 de abril de 2021 por la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY al HOSPITAL PIO XII DE COLÓN para que le sean realizados los controles prenatales en razón a su estado de embarazo.
- Copia cédula de ciudadanía venezolana de la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY.
- Copia oficio del 5 de mayo de 2021 por medio del cual el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN negó la petición presentada por la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY.

7. CONSIDERACIONES:

7.1. Competencia.

Este Despacho judicial es competente para conocer y fallar la presente acción de tutela, por el lugar de ocurrencia de los hechos y por el factor de competencia a prevención tratado por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991.

7.2 Legitimación en la causa por activa y por pasiva.

Las partes accionadas fueron notificadas sobre la existencia de esta tutela, en consecuencia, se ha integrado el litis consorcio, que es menester para proferir fallo de fondo.

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

Así mismo, existe legitimación en la causa tanto por activa, como por pasiva, conclusión a la que llegamos a través de la siguiente argumentación: en tratándose de una acción de amparo por los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la igualdad, presuntamente vulnerados a la señora MARIBEL CUATINDIOY JUAIJIBIOY, lo cual la legitima para que ocupe el extremo procesal de Accionante, al considerar que sus garantías fueron transgredidos.

Tanto el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN como la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO como partes accionadas, están legitimadas en la causa por pasiva en este asunto, habida cuenta que están legalmente encargadas en el lugar de los hechos, de la prestación del servicio público de salud, que es precisamente a la prestación que la Actora no ha podido acceder, lo cual indicaría una supuesta violación de las garantías fundamentales antedichas.

7.3 Problema jurídico a resolver.

En virtud de los hechos planteados, corresponde al Despacho determinar en si en el caso concreto se han afectado los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la igualdad de MARIBEL CUATINDIOY JUAIJIBIOY por parte del HOSPITAL PIO XII DE COLÓN y de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO.

La respuesta que se brindará al dilema planteado, es la emisión de una sentencia favorable a las pretensiones de la parte tutelante, en cuanto como se dilucidará más adelante, es el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN la entidad que ha actuado omisivamente frente a los derechos fundamentales de la Actora, por lo cual se dictará una orden judicial tendiente a corregir esa irregularidad. A la par, se dictarán mandatos *extra petita* con el dirigidos a la a los Accionados, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA y a la SECRETARÍA O DIRECCIÓN DE SALUD MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO o quien haga sus veces y a la Actora con el fin de garantizar la prestación integral del servicio de salud para la demandante.

7.4 Marco normativo relevante.

C.N. ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirán de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

C.N. ARTÍCULO 48. Que establece que, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

C.N. ARTÍCULO 49. Que regula que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado y se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

C.N. ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. (...).

C.N. ARTÍCULO 100. Los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSP

Ley 1751 de 2015. " Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones".

Artículo 6°. Elementos y principios del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

c) **Equidad.** El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección.

d) **Continuidad.** Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e) **Oportunidad.** La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones.

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y **mujeres en estado de embarazo** y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) **Universalidad.** Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) **Pro homine.** Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

c) **Equidad.** El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección.

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y **mujeres en estado de embarazo** y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección

Artículo 10. Derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud:

i) A la provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos.

Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, **mujeres en estado de embarazo**, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.

Decreto 780 del 6 de mayo de 2016. Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector salud y protección social.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSDP

Artículo 2.1.3.5 Documentos de identificación para efectuar afiliación y reportar las novedades. Para efectuar la afiliación y reportar las novedades, los afiliados se identificarán con uno de los siguientes documentos:

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

Capítulo 5. Adicionado por el artículo 1 del Decreto 1184 de 2016

Decreto 1184 del 19 de julio de 2016. Por el cual se adiciona el capítulo 5 al título 10, parte 1, libro segundo, del decreto 780 de 2016, decreto único reglamentario del sector salud y protección social.

Artículo 1. Adiciónese el Capítulo 5 al Título 10 1 libro 2 del Decreto de 16, Único Reglamentario del en los términos:

"Capítulo 5 Limitación a la capacidad de afiliación de las Entidades Promotoras de Salud y la afiliación. Artículo 2.1.10.5.1. Limitación de la capacidad de afiliación. La Superintendencia Nacional de podrá ordenar la limitación de la capacidad para realizar nuevas afiliaciones y para aceptar traslados, de las entidades promotoras de salud, organizaciones solidarias vigiladas por esa Superintendencia y cajas de compensación familiar, que operan en los regímenes contributivo y subsidiado, que han sido objeto de una o varias las medidas especiales o preventivas de la toma de posesión o de la intervención forzosa administrativa para administrar. Artículo 2.1.10.5.2. Excepciones a la restricción de la capacidad de afiliación. No habrá lugar a la limitación de la capacidad de afiliación cuando se trate de: 1. Beneficiarios que puedan integrar el mismo núcleo familiar. 2. Novedades de traslados cuya efectividad se produce con posterioridad a la notificación del acto administrativo que ordenó la limitación de la capacidad de la afiliación. 3. Cumplimiento de órdenes derivadas de fallos judiciales. 4. Unificación del núcleo familiar, cuando cónyuges o compañero(a)s permanentes se encuentren afiliados en EPS diferentes o cuando un beneficiario cambie su condición a la de cónyuge o compañero(a) permanente. 5. Afiliados adicionales que pueden ingresar a un núcleo familiar en calidad de tales. Artículo 2.1.10.5.3. Protección del derecho fundamental a la salud por efecto de la aplicación de la limitación de la capacidad de afiliación. Cuando la entidad objeto de la limitación a la capacidad de la afiliación sea la única que se encuentre operando el Régimen Contributivo o Subsidiado en un municipio, la Superintendencia Nacional de Salud invitará a las entidades que operan el mismo régimen en el respectivo departamento o, en su defecto, en los departamentos circunvecinos para que manifiesten su voluntad de recibir afiliados. La Superintendencia Nacional de Salud, designará mediante acto administrativo, a aquella entidad promotora de salud que cuente con el mayor número de afiliados de aquellas que hayan expresado su voluntad de recibirlos. En el evento de que ninguna manifieste su voluntad de recibir los afiliados, la Superintendencia Nacional de Salud definirá, mediante acto administrativo, la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados. El procedimiento y términos para el cumplimiento del presente artículo serán definidos por la Superintendencia Nacional de Salud. En todo caso, para los efectos previstos en el presente artículo, la medida de limitación de la capacidad de la afiliación, solo podrá ser efectiva una vez haya sido definida por la Superintendencia Nacional de Salud la entidad que deberá realizar las nuevas afiliaciones o aceptar los traslados. Artículo 2. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y adiciona el Capítulo 5 al Título 10 Parte 1 Libro 2 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social"

Decreto 216 del 1º de marzo de 2021. "Por el cual se adopta el estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos bajo régimen de protección temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria"

Artículo 4. Ámbito de aplicación. El Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal aplica a los migrantes venezolanos que deseen permanecer de manera temporal en el territorio nacional, y que cumplan alguna de las siguientes condiciones:

(...)

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

Artículo 5. Registro Único de Migrantes Venezolanos. Créase el Registro Único de Migrantes Venezolanos, el cual será administrado por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

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

4.2 Precedentes jurisprudenciales.

El derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional y la obligación del Estado de universalizar el aseguramiento al sistema de salud.¹

¹ Sentencia T-210 del 1º de junio de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSDP

5. De conformidad con los artículos 48 y 49 constitucionales, la Seguridad Social en Salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, cuyo acceso debe garantizarse **a todas las personas** en su faceta de "promoción, protección y recuperación de la salud".

Estas disposiciones constituyen una de las tantas cláusulas constitucionales mediante las cuales el constituyente recordó al pueblo colombiano que **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 esta cláusula, leída sistemáticamente con el artículo 13 de la Carta, permite inferir que, de manera especial, 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".

6. En los primeros desarrollos acerca del derecho a la salud, la Corte concluyó que éste no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que se concretara en una garantía de aplicación inmediata, como cuando, en aplicación de la tesis de la conexidad, se evidenciaba que su vulneración se materializaba en una afrenta contra el derecho a la vida o la integridad personal².

Esto se entendió así porque, "tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos –derechos fundamentales–, por una parte, y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional –derechos de segunda generación– para cuyo cumplimiento se requiere de una acción legislativa o administrativa. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa, mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho de segunda generación, conllevaba a su vez el desconocimiento de uno fundamental"³.

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional replanteó las reglas mencionadas y precisó el contenido y alcance del derecho a la salud y de otros derechos económicos, sociales y culturales. Así, a partir de la relación íntima que guarda este derecho con el principio de dignidad humana, la Corte sostuvo que sería 'fundamental' todo derecho constitucional que funcionalmente estuviera dirigido a la realización de la dignidad humana y fuera traducible en un derecho subjetivo. Para ello, sostuvo que dicho concepto de dignidad humana habría de ser apreciado en cada caso concreto, según el contexto en que se encontrara cada persona, ya que son "las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental"⁴.

7. De este modo, luego de reconocer que son fundamentales (i) todos aquellos derechos respecto de los cuales hay consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todos los derechos constitucionales que funcionalmente estuvieran dirigidos a lograr la dignidad humana y fueran traducibles en derechos subjetivos, la Corte Constitucional sostuvo que el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma "cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho"⁵.

8. De otra parte, el alcance y contenido del derecho a la salud también debe entenderse integrado por lo que dispone el derecho internacional de los derechos humanos en esta materia. En efecto, **el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales** ha sido considerado como la expresión más elaborada e integral sobre el derecho a la salud en el derecho internacional al señalar que "**es el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental**". A partir de esta disposición, la Observación General 14 del año 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipuló que como obligaciones básicas en relación con este derecho los Estados tienen la obligación de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud.

Como lo recordó la **sentencia T-760 de 2008**⁶ de esta Corte, el concepto del 'más alto nivel posible de salud' tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, por lo que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de 'buena salud', sino a garantizar "toda una gama de facilidades, bienes y servicios"⁷ que aseguren el más alto nivel posible de salud; entre ellos "la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano"⁸.

² Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992, entre otras.

³ Sentencia T-790 de 2012, MP: Alexei Julio Estrada.

⁴ Sentencia T-801 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵ Sentencia T-760 de 2008, MP: Manuel José Cepeda, en referencia a la sentencia T-859 de 2003.

⁶ MP: Manuel José Cepeda Espinosa

⁷ Observación General no. 14, párrafo 9.

⁸ Sentencia T-760 de 2008, en referencia a la Observación General no. 14.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSDP

Esta misma sentencia, este Tribunal recordó que el Comité impuso a los Estados algunas obligaciones inmediatas con relación al cumplimiento de los deberes que se derivan del derecho a la salud, tales como (i) garantizar su ejercicio sin discriminación alguna (artículo 2.2) y (ii) 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.

Pues bien, para comprender el alcance y contenido material del derecho a la salud, es preciso hacer referencia a las leyes y normas que estructuran el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia.

El cubrimiento universal en el SGSSS.

10. A partir de estos instrumentos normativos con base en los cuales se determina el contenido del derecho a la salud, el órgano político de representación popular en Colombia dispuso mediante la **Ley 100 de 1993** que el Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, y por lo tanto todas las personas tienen la posibilidad de participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud⁹; unos en su condición de afiliados al *régimen contributivo*, otros como afiliados al *régimen subsidiado*. Los primeros, son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Los segundos, son las personas sin capacidad de pago para cotizar al sistema; se trata de la población más pobre y vulnerable del país a quienes se les subsidia su participación en el SGSSS¹⁰.

Al lado de estos dos tipos de participantes del SGSSS, el Legislador también ha regulado la atención en salud de la *población pobre no asegurada* que no se encuentra afiliada ni al régimen contributivo ni al subsidiado, y que carece de medios de pago para sufragar los servicios de salud.

En un primer momento, la ley denominó "participantes vinculados" a aquellas personas que *"por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado"* (Artículo 157 literal B de la Ley 100 de 1993).

No obstante, a partir de la expedición de la Ley 1438 de 2011¹¹ que estableció la universalización del aseguramiento, se estipuló que **"todos los residentes en el país** deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud"¹² para lo cual el Gobierno Nacional deberá desarrollar mecanismos que garanticen dicha afiliación.

Así mismo, regló el trámite a seguir en los casos en que una persona no asegurada requiera atención en salud. En estos casos, la norma dispuso que si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, ésta será atendida obligatoriamente, y será afiliada por la EPSS de forma preventiva al Régimen Subsidiado mediante un mecanismo simplificado. Dentro de los 8 días siguientes, la EPSS verificará si la persona es elegible para el subsidio en salud, y en caso de no serlo se procederá a cobrar los servicios prestados. Este proceso de verificación estará dado por el cumplimiento de los requisitos de afiliación al SGSSS.

Sobre esta disposición, la Corte Constitucional se pronunció en **Sentencia T-611 de 2014**¹³ y estableció que la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 implicó no solo la desaparición de la figura de participantes vinculados del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, *"generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud"*. En otras palabras, después de esta norma, los entes territoriales tienen el deber de afiliar al Régimen Subsidiado a toda la población pobre que resida en su jurisdicción, y no se encuentre asegurada.

La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la **sentencia T-614 de 2014**¹⁴ al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del

⁹ Artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

¹⁰ Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

¹¹ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, declarada EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-791 de 2011, por el cargo examinado.

¹² Artículo 32.

¹³ En este caso, al analizar un caso de una joven que padecía de hipertensión pulmonar severa, a la que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá se negó a afiliar al régimen subsidiado de salud y a exonerarla de copagos por cada servicio que requería para atender su padecimiento, la Sala de Revisión concluyó que esa entidad vulneró el derecho a la salud de la accionante, al incumplir lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011. Lo anterior debido a que omitió realizar las gestiones correspondientes para afiliar a la actora al régimen subsidiado de salud, teniendo en cuenta que ya había sido calificada por el SISBÉN. (Sentencia T-611 de 2014, MP: Jorge Iván Palacio Palacio).

¹⁴ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSDP

Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlo en el SISBEN. En esta ocasión, el Distrito aplicó erróneamente la extinta figura de los "participantes vinculados" y, por ende, omitió dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, prolongando en el tiempo la afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado de salud.

Al lado de la anterior normativa, la **Ley 715 de 2001** reguló las competencias de los **departamentos** en materia de la prestación del servicio de salud, y señaló concretamente que, sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, les corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en su jurisdicción, para lo cual, tendrá la función de:

"43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental".

Esta es precisamente otra de aquellas disposiciones que precisó que es en los departamentos en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar el acceso al servicio de salud de la 'población pobre no asegurada' que se encuentre en su territorio.

Finalmente, en desarrollo de esta disposición, el **Concepto 2-2012-013619 de 2012 de la Superintendencia Nacional de Salud** también ha señalado que *"la población pobre no asegurada, mientras logra ser beneficiaria del régimen subsidiado, tiene derecho a la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, con recursos de subsidios a la oferta (...)"*.

Trámite de afiliación al SGSSS¹⁵.

11. Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 expedido por el Gobierno Nacional Social el 6 de mayo de 2016. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 de dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma establece que para afiliarse y acceder a la totalidad de los servicios del SGSSS, los ciudadanos deben presentar alguno de los siguientes documentos:

"Artículo 2.1.3.5 Documentos de identificación para efectuar la afiliación y reportar las novedades. Para efectuar la afiliación y reportar las novedades, los afiliados se identificarán con uno de los siguientes documentos:

- 1. Registro Civil Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses.*
- 2. Registro Civil Nacimiento para los mayores de 3 meses y menores de siete (7) años edad.*
- 3. Tarjeta de identidad para los mayores (7) años y menores de dieciocho (18) años de edad.*
- 4. Cédula de ciudadanía para los mayores de edad.*

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

6. Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad refugiados o asilados". (Negrilla fuera del texto original).

Con fundamento en lo anterior, se evidencia que esa disposición indica que todos los ciudadanos independientemente de que sean nacionales colombianos o extranjeros, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General Por lo tanto, **si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación.**

12. En este escenario, luego de haber reiterado la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la salud y hecho referencia a la normativa que estructura el Sistema de Salud, es necesario develar la forma en que, actualmente, todo lo anterior se dinamiza para la garantía del derecho a la salud de los migrantes en Colombia. Lo anterior, con el fin de comprender las complejidades que rodean la garantía del derecho a la salud de este

¹⁵ Acápite extraído de la sentencia SU-677 de 2017 de este despacho.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindiy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSDP

grupo poblacional que, como se explicará más adelante, se encuentra en condiciones de especial vulnerabilidad y merecen una atención en salud 'hasta el más alto nivel posible'.

Para ello, en primer lugar, la Corte hará referencia a los derechos de los extranjeros en Colombia, profundizando en lo que se ha dispuesto en materia del derecho a salud, en sede de control abstracto de constitucionalidad. Posteriormente, se desarrollará el alcance del derecho a la salud de los migrantes conforme el derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones mínimas del Estado colombiano en la materia. Y finalmente, se explicará el marco legal migratorio en Colombia y la forma en que el mismo influye actualmente en la garantía del derecho fundamental a la salud de los migrantes en el país.

Los derechos de los extranjeros en materia de salud y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico.

13. El artículo 100 constitucional se refiere concretamente a los derechos de los extranjeros y dispone que éstos gozan de los mismos derechos civiles y garantías que se les conceden a los colombianos. En este mismo artículo el constituyente dispuso que, por razones de orden público, el ejercicio de determinados derechos civiles de los extranjeros puede ser limitado o negado. Así mismo, estableció que el goce de las garantías concedidas a los colombianos se hará "*con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley*"¹⁶. Respecto de los derechos políticos, señaló que éstos están reservados a los colombianos, aunque contempló la posibilidad de que el Legislador reconociera a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares municipales o distritales¹⁷.

Además de estas dos disposiciones, otras cláusulas constitucionales se refieren a los derechos de los extranjeros en Colombia: el artículo 4º, por ejemplo, dispone que "*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*"; el artículo 36 constitucional establece el derecho de asilo "*en los términos previstos en la ley*"; el artículo 40 dispone que le corresponde al Legislador reglamentar en qué casos los colombianos, por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad, no podrán acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el artículo 48 establece que "*se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social*"; el artículo 49 de la Carta Política dispone, a su vez, que "*la ley señalará los términos en los cuales la atención básica [en salud] para todos los habitantes será gratuita y obligatoria*". De igual manera, la Carta Política en su artículo 96 establece, entre otras cosas, que son nacionales colombianos por nacimiento "*los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la República*".

14. Todas estas disposiciones constitucionales, así como los tratados internacionales sobre derechos humanos y los tratados multilaterales y bilaterales que sobre la materia haya ratificado el país, son fuentes que constituyen el catálogo de derechos fundamentales de los extranjeros en Colombia¹⁸. Sin embargo, pese a que estas disposiciones y, en particular, el artículo 100 constitucional hacen un reconocimiento de los derechos y los deberes de los extranjeros, no se deduce de este último que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales.

Si bien pueden hacerse distinciones, es preciso recordar que la jurisprudencia de esta Corporación también ha sido muy clara al establecer que las diferenciaciones basadas en el origen nacional, en principio, son constitucionalmente problemáticas pues se basan en un criterio sospechoso de discriminación. En otras palabras, las restricciones de los derechos de los extranjeros son inadmisibles salvo que existan suficientes razones constitucionales que las justifiquen¹⁹. En este sentido, la Corte ha advertido:

*"(...) cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones (...) por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar"*²⁰.

Como se observa, la Corte ha sostenido que no toda diferenciación por el origen genera la misma tensión ni debe ser analizada con la misma intensidad; **tanto el ámbito en el que se adopta determinada regulación, como los derechos involucrados, son criterios que deben ser evaluados para determinar en qué casos una diferenciación basada en la nacionalidad es constitucionalmente inadmisibles**²¹. Es decir,

¹⁶ Artículo 13 de la C.P.

¹⁷ Artículo 100 de la C.P.

¹⁸ Sentencia C-622 de 2013, MP: Humberto Sierra Porto.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Sierra Porto.

²¹ *Ibidem*.

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSP

el derecho a la igualdad no opera de la misma manera y con similar arraigo en todos los casos para los nacionales y los extranjeros.

Además de la anterior regla, la Corte ha fijado y reiterado otras reglas jurisprudenciales que han determinado el alcance de los derechos de los extranjeros y los criterios que deben ser evaluados al momento de efectuar diferenciaciones. En la **sentencia C-834 de 2007**²², la Corte recopiló algunas de ellas al conocer de una demanda en contra de la expresión "los colombianos" del artículo 1° de la Ley 789 de 2002²³.

En esta oportunidad reiteró las siguientes que guardan directa relación con el caso objeto de estudio:

"(...) (iii) en ningún caso el legislador está habilitado para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular en el país²⁴; (...)

(vii) la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, dado que ellos son inherentes a la persona y tienen un carácter universal²⁵;

(viii) el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión "origen nacional" contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros²⁶; (...) (xii) el reconocimiento de los derechos de los extranjeros no implica que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales²⁷;

(xiii) la sola existencia de un tratamiento legal diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros no tiene por qué reputarse inconstitucional pues la Carta Política, recogiendo el contenido que hoy se le imprime a la igualdad como valor superior, como principio y como derecho, ha contemplado la posibilidad de que se configure un tratamiento diferenciado... lo importante es, entonces, determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el Texto Fundamental²⁸;

(xiv) la aplicación de un tratamiento diferente debe estar justificado por situaciones de hecho diferentes, una finalidad objetiva y razonable y una proporcionalidad entre el tratamiento y la finalidad perseguida²⁹; (...)

(xvi) cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar si el objeto regulado permite realizar tales distinciones, la clase de derecho que se encuentre comprometido, el carácter objetivo y razonable de la medida, la no afectación de derechos fundamentales, la no violación de normas internacionales y las particularidades del caso concreto³⁰; y (xvii) el legislador no está impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen³¹ (Subrayas fuera del texto original).

15. Particularmente, con relación a las distinciones que se realizan en materia de DESC, la misma sentencia estableció que **toda persona, incluyendo a los extranjeros, tienen derecho a recibir una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana; un núcleo esencial mínimo que el Legislador no puede restringir, especialmente en materia de salud.** Señaló también que este tipo de derechos, por otra parte, tienen una zona complementaria la cual "es definida por el correspondiente órgano político de representación popular, atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales"³². Por eso, el Legislador, dentro de su margen de configuración normativa y actuando en cumplimiento de los tratados internacionales sobre DESC que incorporan un mandato de progresividad, puede ir ampliando la cobertura del sistema de protección social hacia los extranjeros³³.

Con base en lo expuesto puede concluirse, en primer lugar, que, si bien existe un mandato de igualdad expreso

²² MP: Humberto Antonio Sierra Porto

²³ En esta ocasión, se adujo que la norma realizaba una discriminación entre las personas en razón de su origen, excluyendo a los extranjeros del disfrute del derecho a la seguridad social. Al resolver sobre la constitucionalidad de la norma, la Corte estimó precisamente que la alusión a los 'colombianos' no era discriminatoria, ni atentaba contra el derecho a la seguridad social de los extranjeros, entre otras razones, porque el legislador tiene la facultad de "extender progresivamente el mencionado sistema de protección social hacia los extranjeros que se encuentren en Colombia fijando condiciones de acceso y permanencia en el mismo", debido al carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales.

²⁴ Sentencia T- 215 de 1996, MP: Fabio Morón Díaz.

²⁵ Sentencia C- 385 de 2000, MP: Antonio Barrera Carbonell

²⁶ Sentencia C- 768 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁷ Sentencia C- 1259 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sentencia C- 395 de 2002, MP: Jaime Araujo Rentería

³⁰ Sentencia C- 913 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández

³¹ Sentencia C- 070 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández

³² Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto

³³ *Ibidem*.

JUZGADO PROMISCO MUJICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

entre extranjeros y nacionales en el artículo 100 constitucional, la Carta autoriza la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales; y, en segundo lugar, que las diferenciaciones realizadas con fundamento en la nacionalidad, por basarse en un criterio sospechoso de discriminación, son inadmisibles salvo que existan suficientes razones que las justifiquen.

16. Adicional a lo anterior, como se estableció en la **sentencia SU-677 de 2017**³⁴, el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una exigencia a los extranjeros de cumplir la Constitución Política y la ley, tal como lo establece el artículo 4º constitucional al disponer *"es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades"*.

Es decir, la vinculación al SGSSS de los extranjeros está sujeta, en principio, a que los mismos cumplan con los requisitos legales contemplados en las normas que regulan el trámite de afiliación al SGSSS, de la misma manera en que le corresponde hacerlo a los nacionales.

El derecho a la salud de los migrantes conforme el derecho internacional y las obligaciones mínimas del Estado colombiano.

17. Con relación al derecho a la salud de los migrantes, las reiteradas referencias al **principio de no discriminación** en el derecho internacional garantizan a los migrantes regularizados o en situación de irregularidad el derecho a la salud³⁵.

En desarrollo de dicho principio, la Observación General no. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) señala que los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la salud de todas las personas en sus facetas preventiva, paliativa y curativa, *"incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales"*³⁶. Así mismo, indica que deben abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado, y particularmente, *"deben abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer"*³⁷.

Por su parte, la reciente Declaración del Comité sobre las **Obligaciones de los Estados con respecto a los Refugiados y los Migrantes** en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2017), determina el alcance del derecho a la salud de esta población al señalar que *"el contenido mínimo esencial de cada uno de los derechos debe protegerse en todas las circunstancias, y las obligaciones que esos derechos conllevan deben hacerse extensivas a todas las personas que se encuentran bajo el control efectivo del Estado, sin excepción"*³⁸.

El derecho a la salud de los migrantes irregulares en Colombia y las principales barreras legales para su protección efectiva.

22. Además del marco legal ya mencionado que regula la forma en que se estructura el Sistema General de Seguridad Social en Salud de forma general, es preciso hacer una breve referencia tanto a las generalidades del marco legal migratorio en Colombia, como a las regulaciones especiales en materia de salud para los migrantes expedidas recientemente y a los precedentes de esta Corporación en la materia.

23. De acuerdo con lo establecido en el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República dirigir las relaciones internacionales del Estado, lo que incluye la política migratoria del país. En desarrollo de lo anterior, se ha dispuesto que el Ministerio de Relaciones Exteriores sea el encargado, de formular, orientar, ejecutar y evaluar la política migratoria de Colombia y otorgar las autorizaciones de ingreso de extranjeros al país, en coordinación con la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia³⁹.

24. En primer lugar, es preciso referirse a la forma en que la normativa ha entendido el concepto de 'irregularidad' con relación a los extranjeros. El **Decreto 1067 de 2015** establece que se considerará que un extranjero está en situación de '**permanencia irregular**' en los siguientes casos: (1) cuando haya ingresado de forma irregular al país (por lugar no habilitado; por lugar habilitado, pero con evasión y omisión del control migratorio; o sin la documentación necesaria o con documentación falsa); (2) cuando habiendo ingresado

³⁴ MP: Gloria Stella Ortiz Delgado

³⁵ Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁶ Párrafo 34 Observación General no. 14

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Declaración del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: *"Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"*, E/C.12/2017/1, 13 de marzo de 2017, consultado en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slO6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJbFePxX56jVYNBwivepPdlwSXXq9SW9ZbgupEHPzmS%2BHfLpdYK94RGb1E0bob1qFojYcpR4KqEtEgsUR40u8nW>

³⁹ Artículo 4 numeral 17 del Decreto 869 de 2016.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindiy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSSP

legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo; (3) cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa; y (4) cuando el permiso que se le ha otorgado, haya sido cancelado por las razones que se contemplan en la ley. Un ingreso regular al país será, entonces, aquel que se haga por medio de los pasos fronterizos, y con la presentación de la debida documentación.

25. En el contexto de crisis migratoria por la que se atraviesa actualmente, desde agosto de 2016 el Gobierno Nacional ha ideado un conjunto de herramientas para facilitar la movilidad y garantizar una migración ordenada, regulada y segura en zona de frontera. En primer lugar, reguló la expedición de la **Tarjeta Migratoria de Tránsito Fronterizo** entre Colombia y Venezuela. Para obtenerla, los migrantes solo debían indicar algunos datos básicos y presentar cualquier documento que los identificara, no siendo obligatoria la presentación del pasaporte. No obstante, dicha tarjeta no les permitía afiliarse al SGSSS ni estudiar ni trabajar.

26. A partir de febrero de 2017, el Gobierno advirtió que los residentes en zona de frontera, que deseen ingresar al territorio colombiano, sin usar su pasaporte, deberían contar con la Constancia de **Pre-Registro de la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF)**, expedida por Migración Colombia. De este modo, de no contar con la Constancia de Pre-Registro, y posteriormente la **Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF)**, los extranjeros tendrían que ingresar con su pasaporte debidamente sellado por las autoridades migratorias del vecino país. La expedición de esta última estaría sujeta a la validación de la información entregada por el ciudadano extranjero al momento de realizar su inscripción.

27. Posteriormente, el Ministerio de Relaciones Exteriores creó el llamado **Permiso Especial de Permanencia –PEP–** mediante la **Resolución 5797 de 2017**, como un mecanismo de facilitación migratoria que permite a los nacionales venezolanos permanecer en Colombia hasta por dos años de manera regular y ordenada, con el cumplimiento de determinados requisitos. El PEP es un documento otorgado por Migración Colombia con el fin de autorizar la permanencia de migrantes venezolanos que se encuentren en el territorio nacional sin la intención de establecerse, razón por la cual, no equivale a una Visa, ni tiene efectos en el cómputo de tiempo para la Visa de Residencia Tipo "R"⁴⁰. A diferencia de la TMF, este documento sí permite a los migrantes estudiar y trabajar en Colombia, así como afiliarse al SGSSS.

Como medida para garantizar la afiliación de los migrantes al sistema fue expedida la **Resolución 3015 de 2017**, mediante la cual el Ministerio de Salud incorporó el PEP como documento válido de identificación en los sistemas de información del Sistema de Protección Social. Además, el Departamento Nacional de Planeación – DNP realizó modificaciones internas que desde el mes de agosto de 2017 permiten aplicar la encuesta SISBEN a nacionales de otros países⁴¹.

Sin embargo, es importante recalcar que el PEP está condicionado, pues solo es posible acceder a éste cuando las personas hayan ingresado antes del 2 de febrero de 2018⁴². Además, las organizaciones de apoyo a migrantes han manifestado que el PEP no otorga estatus migratorio, es decir, *"no permite un número de identificación dentro del territorio nacional, no permite tener cédula de extranjería, no permite crear un historial de permanencia en el país para luego considerarse la figura de domicilio, además, por el desconocimiento de las instituciones estatales, en la práctica, no permite el acceso al derecho a la salud"*⁴³.

28. De otra parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores también tiene la posibilidad de autorizar el ingreso y permanencia de un extranjero a Colombia mediante el otorgamiento de **visas**. La normativa en materia de migración que regula lo relativo al otorgamiento de visas y el control de extranjeros ha sido modificada constantemente por el Gobierno Nacional⁴⁴.

Recientemente, mediante la **Resolución 6047 de 2017** que entró en vigencia el 30 de octubre, el Ministerio modificó sustancialmente la clasificación de visas que existía y estableció tres tipos: (i) Visa de visitante o visa tipo 'V'; (ii) Visa de migrante o visa tipo 'M', y (iii) Visa de residente o visa tipo 'R'. La visa de migrante está dirigida a personas que deseen ingresar y/o permanecer en el territorio nacional, con la intención de establecerse, y no cumplan con las condiciones de la visa tipo 'R'. Para la solicitud, la norma dispuso que el extranjero que la solicite debe encontrarse en alguna de las condiciones enlistadas en el artículo 17 de dicha resolución, entre las cuales se encuentran: ser cónyuge o compañero permanente de nacional colombiano; estar reconocido como refugiado en Colombia; contar con empleo fijo en el país de larga duración; o haber registrado inversión extranjera en Colombia, entre otras.

⁴⁰ Artículo 3 de la Resolución 740 del 5 de febrero de 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores

⁴¹ Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social

⁴² Artículo 1 de la Resolución 740 del 5 de febrero de 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores

⁴³ Intervención de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES– y FUNDACOLVEN (Folios 141 al 150 del cuaderno 2, expediente principal).

⁴⁴ Ver el Decretos 4000 de 2004; Decreto 834 de 2013, Decreto 941 de 2014, Decreto 1067 de 2014, Decreto 1743 de 2015 y Resolución 532 de 2015 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindiy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSP

No obstante, si bien Colombia cuenta con múltiples visas, no se trata de visas de carácter humanitario o visas complementarias de protección, situación que se traduce en que los costos de las visas son inalcanzables para la gran mayoría de los migrantes debido a la devaluación de la moneda venezolana⁴⁵.

29. Además de que no existen visas que faciliten la entrada y permanencia por la vía regular en Colombia, lo mismo ocurre con el pasaporte; documento que actualmente necesita cualquier migrante de nacionalidad venezolana para ingresar al país, desde el momento en que se dejaron de expedir las TME. La Corte ha tenido conocimiento de que este tipo de documentos son de difícil acceso por la gran mayoría de migrantes por dos razones, principalmente:

En primer lugar, debido al grave debilitamiento institucional que se vive en dicho país, el cual somete a sus ciudadanos a múltiples barreras administrativas para su otorgamiento. Un ejemplo de ello es que las instituciones encargadas de llevar a cabo procedimientos administrativos de expedición de pasaportes o apostille, no funcionan regularmente⁴⁶.

En segundo lugar, en razón a los altos costos que los mismos tienen en el país expulsor, los cuales los hacen inaccesibles para los venezolanos que emigran, quienes, en su gran mayoría, se encuentran en situaciones de pobreza. Según Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la población en situación de pobreza en Venezuela aumentó de manera alarmante sobre todo a partir del 2015, cuando se pasó del 48% al 73% de hogares en condición de pobreza. En el 2016, alcanzó el 81,8% de hogares, de los cuales el 51,51% estaba en situación de extrema pobreza⁴⁷. Y ya "en 2017 el 87% de los hogares en Venezuela se encontraban en condición de pobreza, de los cuales 61% estaban en pobreza extrema"⁴⁸.

Según declaraciones de los mismos ciudadanos, un pasaporte podía llegar a costar 10 millones de bolívares. Teniendo en cuenta que un salario mínimo mensual está entre los 400.000 y 500.000 Bs. (bolívares); para adquirir un pasaporte, un ciudadano venezolano necesitaba, entonces, los salarios mínimos de más de un año⁴⁹.

Según información aportada por Dejusticia, actualmente, "un pasaporte vale al menos Bs. 393.000, lo que equivale al 30% del salario mínimo integral y bono de alimentación. Además, en caso de que se logre ahorrar ese monto, los venezolanos deben esperar hasta un año para sacar su pasaporte, por lo que el Gobierno creó la modalidad exprés por un valor de Bs. 390.000, con un precio total mínimo de Bs. 787.000 (pasaporte normal más monto por ser exprés), lo que es el 59,9 de un salario mínimo"⁵⁰.

Pese a que con el último incremento salarial en Venezuela "el salario quedó fijado en Bs 1.000.000 y el bono alimenticio en Bs 1.555.500, para un sueldo mínimo total de Bs 2.555.500"⁵¹, los anteriores precios elevados deben entenderse en un contexto de hiperinflación en Venezuela, que en 2018 alcanzaría el 13.864,6%⁵², y de volatilidad económica y política.

30. Finalmente, los migrantes tienen la vía de la nacionalización o naturalización para regularizar su permanencia en Colombia⁵³. Conforme a lo dispuesto en el artículo 96 constitucional:

"Artículo 96. Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego (sic) se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

⁴⁵ Intervención de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES– y FUNDACOLVEN. Folios 141 al 150 del cuaderno 2, expediente principal.

⁴⁶ Intervención de Dejusticia (versión completa), 3 de mayo de 2018, Folio 454 del cuaderno 2, expediente principal.

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), Informe 'Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela', párrafo 45, 31 diciembre 2017, Consultado en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

⁴⁸ Intervención de Dejusticia en referencia a reciente Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Folio 189 del cuaderno 2, expediente principal.

⁴⁹ Euronews (2018) 'El éxodo venezolano busca un refugio en Cúcuta', 26 de marzo de 2018. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=wD53GajiXX0>

⁵⁰ Intervención de Dejusticia (versión completa), 3 de mayo de 2018, Folio 455 del cuaderno 2, expediente principal.

⁵¹ El Nacional (2018). 'Nicolas Maduro anunció un nuevo aumento salarial', 30 de abril de 2018. Recuperado de: http://www.el-nacional.com/noticias/economia/nicolas-maduro-anuncio-nuevo-aumento-salarial_233090

⁵² Intervención de Dejusticia (versión completa), 3 de mayo de 2018, Folio 455 del cuaderno 2, expediente principal.

⁵³ Artículo 4 de la Ley 43 de 1993.

JUZGADO PROMISCO MUJICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

2. Por adopción:

a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieren, y;

c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley” (Subrayas fuera del texto original).

Además de las Leyes 43 de 1993 y 962 de 2005, se expidió el 3 de marzo del año pasado el **Decreto 356 de 2017**⁵⁴ el cual permite realizar la inscripción extemporánea de nacimiento de los colombianos nacidos en el exterior, con la presentación del registro civil de nacimiento del país de origen, en español y apostillado o legalizado. No obstante, dos meses después fue expedida la Circular 064 del 18 de mayo de 2017, en la cual la Registraduría prorrogó la anterior medida para aquellas personas que no cuentan con el requisito de registro civil extranjero apostillado, siempre que las mismas presentaran ante las oficinas con función registral dicho documento y acudieran con dos testigos. Lo anterior, en reconocimiento de la grave crisis institucional que atraviesa Venezuela y las barreras económicas que presentaban las personas para apostillar.

En este sentido, el artículo 2.2.6.12.3.1. del decreto que regula la aplicación de esta medida excepcional para los mayores de 7 años⁵⁵ estableció que en caso de no poder acreditarse el nacimiento con dichos documentos, el interesado debe presentar ante el funcionario encargado del registro civil *“una solicitud por escrito en donde relacione nombre completo, documento de identidad si lo tuviere, fecha y lugar de nacimiento, lugar de residencia, hechos que fundamenten la extemporaneidad del registro, y demás información que se considere pertinente (...) al momento de recibir la solicitud, el solicitante deberá acudir con al menos dos (2) testigos hábiles quienes prestarán declaración bajo juramento mediante la cual manifiesten haber presenciado, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento del solicitante”*.

Finalmente, mediante la **Circular 145 del 17 de noviembre de 2017**, la Registraduría amplió dichas medidas excepcionales para aquellas personas que no cuenten con el registro civil de nacimiento apostillado.

No obstante, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, han advertido que en la práctica se siguen presentando barreras asociadas a la exigencia de documentación apostillada, la cual es difícil de obtener debido a la debilidad institucional en Venezuela⁵⁶.

31. De este modo, una interpretación sistemática de la normativa en materia de salud y del marco legal migratorio permite concluir que para que un migrante logre su afiliación al SGSSS se requiere que regularice su situación en el territorio nacional, y que cuente con un documento de identificación válido en Colombia. Sobre lo anterior, en casos similares donde migrantes venezolanos en situación de irregularidad han solicitado la prestación de servicios de salud, la Corte ha sido enfática en sostener que *“el reconocimiento de los derechos de los extranjeros genera la obligación de su parte de cumplir con las normas y los deberes establecidos para todos los residentes en el país”*⁵⁷.

Por ejemplo, se requiere que el mismo haya regularizado su estatus migratorio mediante el Permiso Especial de Permanencia. Pero, además, como lo dejó claro el Ministerio de Salud en su intervención, de pretender su afiliación al Régimen Subsidiado, *“se requiere que el beneficiario demuestre que se encuentra dentro de la*

⁵⁴ Por el cual se modifica la Sección 3 del Capítulo 12 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

⁵⁵ Intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil, Folio 110 del cuaderno 2, expediente principal.

⁵⁶ Intervención de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES– y FUNDACOLVEN. Folios 141 al 150 del cuaderno 2, expediente principal.

⁵⁷ Sentencia T-705 de 2017, MP: José Fernando Reyes Cuartas.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

*población pobre y vulnerable, para lo cual debe aplicar la encuesta SISBEN y clasificarse en niveles 1 o 2, procedimiento para el cual, a su vez, requiere un documento válido de identificación en Colombia*⁵⁸.

Una lectura en perspectiva constitucional de la normativa vigente informada por los documentos presentados a este despacho por las distintas organizaciones de apoyo a migrantes, permite a la Corte develar que: debido a la crítica situación económica y política por la que atraviesa el vecino país y a la precariedad económica en la que se encuentran la gran mayoría de sus nacionales que llegan a Colombia, el cumplimiento por parte de los migrantes venezolanos de algunos deberes que impone la legislación migratoria para lograr su regularización en Colombia y la normativa en salud para lograr la afiliación, resultan ser de difícil cumplimiento.

Lo anterior, hace improbable entonces que los municipios puedan lograr la materialización del principio de universalización del aseguramiento y, por ende, conseguir la afiliación de toda esta población al régimen subsidiado (artículo 32 de la Ley 1438 de 2011).

Por otra parte, además de presentar múltiples barreras para lograr su regularización y posterior afiliación al SGSSS, la Corte advierte que los migrantes venezolanos en situación de irregularidad no afiliados, si bien generalmente son valorados como 'población pobre no asegurada', solamente reciben atención de urgencias por parte del sistema, como se explicará más adelante. Esto puede deberse también a la imposibilidad jurídica y material que actualmente tienen de establecer un domicilio, incluso aquellos migrantes que cuentan con PEP, lo cual a su vez dificulta el cumplimiento de la obligación de los departamentos de financiar con los recursos propios la atención integral en salud de toda la población pobre no asegurada, incluidos los migrantes en situación de irregularidad (artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001).

32. Ahora bien, (i) pese a que en las atenciones de urgencias, como se vio, se deberán entender incluidas las acciones en salud pública que respondan a la situación de migración masiva, y a que (ii) mediante Circular 25 del 31 de julio de 2017 del Ministerio de Salud se dispuso la intensificación de la vigilancia en salud pública; la Corte tuvo conocimiento de algunos casos en los cuales se demuestra que la forma en que se implementa actualmente la modalidad de urgencias no responde de forma eficiente en la prevención de situaciones de salubridad que podrían ser evitables con intervenciones colectivas de educación para la salud por parte de las autoridades locales:

*"Por ejemplo, en Villa del Rosario, Santander, por medio del trabajo de campo ejecutado por DeJusticia, se evidenció que la niñez está presentando condiciones prevenibles que responden a las condiciones en las que viven – desde hongos, alergias y escabiosis en la piel por bañarse en las aguas contaminadas del río Táchira o en aguas de cañerías por falta de acceso al agua, diarrea, gastritis, desnutrición y deshidratación por la falta de agua potable en el municipio, y gripas y bronquitis al dormir a la intemperie*⁵⁹.

33. Por esta razón, como se explicará más adelante, la Corte considera que todas las anteriores barreras y condiciones a las se enfrentan los migrantes para acceder a la prestación de servicios de salud deben ser criterio que informe la revisión de la normativa actual y la expedición de nuevas regulaciones por parte de las autoridades responsables. Lo anterior, sin embargo, no es óbice para que se reitere en esta sentencia que los extranjeros, incluidos los migrantes que se encuentran con permanencia irregular en el territorio colombiano, tienen la obligación de cumplir con los deberes que a la fecha contempla la política migratoria y por lo tanto, deben procurar regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación al sistema de salud en Colombia⁶⁰.

La imperiosa necesidad de adoptar medidas que dinamicen el principio de solidaridad en un contexto de crisis migratoria y la razonabilidad de la atención de urgencias' a migrantes irregulares.

39. El *principio de no discriminación* que motivó la redacción de los artículos 13 y 100 constitucionales, y de muchas otras cláusulas que en la Carta Política emplean expresiones como "*todas las personas*" o "*todos los habitantes del territorio nacional*", es el fundamento de que la garantía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no puede depender de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser persona.

Con fundamento en este principio, como se explicó arriba, tanto la jurisprudencia de esta Corte como el derecho internacional de los derechos humanos, limitan estrictamente las circunstancias en que se permiten legítimamente las diferencias de trato entre los ciudadanos y los no ciudadanos (extranjeros), o entre los distintos grupos de no ciudadanos, como los migrantes en situación regular e irregular⁶¹. Razón por la cual, las diferencias

⁵⁸ Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social.

⁵⁹ Intervención de DeJusticia (segunda entrega). Folio 453 del cuaderno 2, expediente principal.

⁶⁰ Sentencia SU-677 de 2017, MP: Gloria Stella Ortiz

⁶¹ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSP

de trato, de existir, deben ser objetivas y razonables⁶², y deben contar con razones constitucionales legítimas que las justifiquen⁶³.

40. Las conclusiones a las cuales se llegó en el acápite anterior evidencian claras diferenciaciones en materia de salud entre los nacionales colombianos y los migrantes irregulares, principalmente⁶⁴. Pues bien, lo anterior implica definir si con esta regulación el Gobierno colombiano cumple o no con sus obligaciones en materia de salud respecto de esta población y si dicho tratamiento diferente es o no razonable. Sobre el particular es preciso realizar las siguientes precisiones:

a. El derecho fundamental a la salud tiene facetas prestacionales y no prestacionales⁶⁵. Por eso, la jurisprudencia constitucional ha considerado que *algunas* de las obligaciones derivadas del derecho a la salud que tiene carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, *"bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–)"*⁶⁶. Esta Corte encuentra que la 'atención de urgencias' de toda la población migrante es una de aquellas obligaciones de cumplimiento inmediato, por lo cual puede ser exigible de forma directa.

Por el contrario, otras de las obligaciones de carácter prestacional (como en este caso la afiliación al sistema y la atención integral en salud de toda la población migrante irregular) pueden ser cumplidas de forma progresiva, debido a los recursos que se requieren para garantizar el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho y a la complejidad de las acciones que el Gobierno nacional debe llevar a cabo. Es por esto que, como se estableció con anterioridad, el Legislador, dentro de su margen de configuración normativa y actuando en cumplimiento del mandato de progresividad, tiene la facultad de ampliar gradualmente la cobertura del sistema de protección social hacia los extranjeros⁶⁷.

b. El marco legal migratorio expedido recientemente, las demás disposiciones que regulan la garantía del derecho a la salud de los migrantes y los precedentes de esta Corte han sido adoptados en un contexto en cual se ha reconocido desde el año 2008 que en Colombia existe una sistemática vulneración del derecho a la salud⁶⁸, la cual configura un *estado de cosas inconstitucional* del sector salud. Un escenario en el que, en cumplimiento a las órdenes estructurales dadas por este Tribunal, el Gobierno Nacional ya viene desplegando variados esfuerzos para mejorar la eficiencia, equidad y supervisión del sistema. Por esta razón, la adopción de medidas que permitan la atención integral en salud de toda la población venezolana migrante necesita ser progresiva, ya que requiere de esfuerzos complejos por parte del Estado y de la disponibilidad de recursos suficientes que no pongan en un mayor riesgo al sistema.

c. Garantizar, como mínimo, la atención de urgencias a los migrantes en situación de irregularidad tiene una finalidad objetiva y razonable, la cual es garantizar que *todas las personas*, incluyendo a los extranjeros, reciban una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia; una atención que permita atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana. De este modo, no se transgrede la jurisprudencia constitucional en esta materia debido a que no se restringe a los extranjeros las prestaciones mínimas en materia de salud⁶⁹. De este modo, como se vio en líneas anteriores, dicha práctica responde al texto de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) y a las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014)⁷⁰.

Además, la atención de urgencias, que incluye la adopción de medidas colectivas eficaces con un fuerte enfoque de salud pública (vacunaciones, atención de enfermedades de contagio directo), es necesaria para garantizar el propósito preventivo, proteger la salud y la salubridad pública, y promover el bienestar general no solo de quienes llegan al país, sino también de la comunidad que recibe. Lo anterior, guarda consonancia con el artículo 4º del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conforme al cual, los Estados podrán someter los derechos del pacto a limitaciones legales, *"solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática"*.

⁶² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 20 (2009), párr. 13; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gaygusuz v. Austria*, demanda N° 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996.

⁶³ Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁶⁴ También se advirtió que incluso los migrantes que han logrado regular su estatus migratorio mediante el PEP, no han logrado su afiliación al sistema de salud debido a la imposibilidad de probar su falta de capacidad de pago y al desconocimiento de la reglamentación y el alcance de dichos salvoconductos por parte de las autoridades de salud.

⁶⁵ Sentencia T-595 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁶ Sentencia T-760 de 2008, MP: Manuel José Cepeda Espinosa

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁰ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014), 'Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular', HR/PUB/14/1, Pág. 68. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

Por tanto, se observa que existen razones constitucionales legítimas que justifican que hoy se brinde un mínimo de 'atención de urgencias' a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación irregular. No obstante, – a partir de lo que fue advertido durante el proceso de revisión gracias a los múltiples informes presentados por las diferentes organizaciones que apoyan a los migrantes en Colombia y en Venezuela, y con fundamento en el deber que tiene Colombia de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional "*el disfrute más alto posible de salud física y mental*" – la Corte considera necesario advertir al Gobierno Nacional que la normativa actual sí impone unas cargas desproporcionadas al migrante que impactan la garantía de su derecho a la salud, especialmente, la de los migrantes en situación de irregularidad.

41. De este modo, la Corte considera urgente que Gobierno Nacional revise la normativa vigente que dinamiza el alcance del derecho a la salud de los migrantes irregulares en Colombia, a fin de que tomen medidas para reducir las cargas desproporcionadas que la misma impone actualmente a esta población. Por ejemplo, las ya mencionadas relativas a las inmensas limitaciones económicas que existen para ingresar a Colombia por la vía regular, y, en consecuencia, ser apto para afiliarse al sistema de salud.

Por esta razón, como se estableció en consideraciones precedentes, el Gobierno colombiano tiene la obligación de adoptar medidas eficaces para garantizar el más alto nivel posible de salud física y mental de todos los migrantes, sin importar su situación de irregularidad.

42. El Estado ha realizado diferentes labores tendientes a superar la crisis en salud debido a la migración masiva de ciudadanos venezolanos hacia Colombia, dentro de las que se encuentra la destinación de recursos específicos para asegurar que las entidades territoriales presenten los servicios de atención básica y de urgencias a nacionales de países fronterizos que no cuenten con los recursos económicos suficientes, independientemente de su estatus migratorio en el territorio nacional. Además, se evidencia que la política del Estado ha sido "*garantizar a los extranjeros con permanencia irregular en Colombia que no cuenten con los recursos económicos suficientes, la atención básica en salud con el fin de evitar un incremento en los gastos del sistema, prevenir casos de urgencias y asegurar la atención de los que necesariamente se transformen en casos urgentes*"⁷¹.

El Ministerio de Salud también informó que "*se han realizado acciones de asistencia técnica, capacitación y coordinación sectorial e intersectorial para monitorear el fenómeno migratorio en los territorios más afectados, así como gestiones para la consecución de apoyo y cooperación de la comunidad internacional*"⁷² y que se ha formulado el 'Plan Sectorial de Respuesta al Fenómeno Migratorio', el cual contiene lineamientos, prioridades y acciones que se deben adoptar o adaptar por parte de las entidades territoriales receptoras de las personas inmigrantes.

43. Sin embargo, una verdadera activación del principio de solidaridad constitucional (artículo 1° C.P) demanda un accionar del Gobierno más efectivo que tenga más conexión con las necesidades locales que afrontan los Departamentos y Municipios fronterizos receptores y que, progresivamente, responda a mayores estándares de protección de los migrantes irregulares. Lo anterior, debido a que la delicada situación humanitaria que viven los migrantes en situación irregular, los pone en una situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja que demanda la adopción de medidas especiales por parte del Estado y su tratamiento como **sujetos de especial protección constitucional**. Y, además, debido a que "*actualmente muchos departamentos y municipios del País enfrentan una crisis humanitaria originada por la migración masiva de ciudadanos venezolanos al territorio nacional*"⁷³.

44. La emergencia humanitaria en la que se encuentra Venezuela ha generado una crisis de salud de grandes dimensiones que vulnera de forma masiva y sistemática el derecho a la salud de los venezolanos, crisis que, según las organizaciones venezolanas PROVEA y CODEVIDA se caracteriza por:

"a) Privación deliberada y extrema de acceso a medicamentos y atención a la salud (incluyendo diagnóstico, atención y tratamientos); b) Muertes y daños irreversibles e irreparables a la vida e integridad física y mental de las personas a causa de la privación de medios adecuados de salud en forma prolongada; c) Aumento exponencial de riesgos para la salud por epidemias interrelacionadas y extendidas a varios estados del país y las cuales siguen en ascenso sin control alguno, y d) Desamparo de las instituciones venezolanas, denegación de justicia, desplazamientos internos, migración forzada y negación a la protección internacional por razones de salud, en la medida que el gobierno venezolano se ha negado a implementar mecanismos de asistencia y cooperación a disposición del Estado como miembro de organismos internacionales y ante los cuales debe cumplir con obligaciones en el marco del derecho internacional"⁷⁴.

⁷¹ Sentencia SU-677 de 2017, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷² Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social.

⁷³ Sentencia SU-677 de 2017, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷⁴ Intervención del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos –PROVEA y la Coalición de Organizaciones por el Derecho a la Salud y la Vida – CODEVIDA. Folios 399 al 404 del cuaderno 2, expediente principal.

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

45. Si bien dichas situaciones que imposibilitan a los ciudadanos venezolanos más pobres ingresar a Colombia como migrantes regulares, son circunstancias que se develan en la medida en que el éxodo ocurre; y si bien es cierto que dado que Colombia no ha sido receptor de migrantes históricamente sino más bien expulsor no cuenta con un marco normativo completo de protección al migrante y al refugiado, dichas situaciones no pueden servir de excusa para actuar con prontitud ante esta crisis humanitaria. La difícil realidad que afrontan los ciudadanos venezolanos en su territorio y los nuevos riesgos vienen a asumir al ingresar como migrantes a Colombia en situación de irregularidad, requieren que el Estado sea más enérgico y constante en la adopción de medidas que garanticen una efectiva garantía de su derecho fundamental a la salud.

En la **sentencia T-595 de 2002**⁷⁵, la Corte advirtió que el hecho de que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse. Con base en ello, sostuvo que a medida que pasa el tiempo "si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo". (Subrayas fuera del original)

46. Lo anterior permite a esta Corte reiterar lo dispuesto en la sentencia SU-677 de 2017 con relación al alcance que el principio de solidaridad tiene en el contexto de crisis migratorias y, a partir de ello, concluir que el país se encuentra ante la imperiosa necesidad de dinamizar dicho principio mediante la adopción de medidas que garanticen la solidaridad de los habitantes del territorio nacional y el apoyo internacional.

El artículo 1º Superior consagra que el Estado colombiano se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo **y en la solidaridad de las personas que lo integran**. Así mismo, el artículo 95 establece como deberes de las personas obrar conforme al principio de solidaridad social a través de acciones humanitarias ante situaciones donde se ponga en peligro la vida o la salud de las personas.

Adicionalmente, el artículo 356 de la Carta Política, consagra que los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, con prioridad a los servicios de salud, educación y los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, de tal forma que se garantice la prestación y cobertura a la población más pobre. Lo anterior, *"teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad"*.

En relación con los individuos, en la **sentencia T-362 de 1997**⁷⁶, la Corte resaltó el deber de solidaridad de todas las personas y determinó que éste no es exclusivo de las personas naturales, sino que también obliga a las personas jurídicas y a las comunidades organizadas. Respecto del deber de solidaridad por parte del Estado, la **sentencia T-550 de 1994**⁷⁷ indicó que *"mediante el concepto de la solidaridad (...) se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas"*.

Asimismo, en la **sentencia C-459 de 2004**⁷⁸, reiterada por la **T-413 de 2013**⁷⁹, resaltó la importancia del principio de solidaridad de la siguiente manera:

"No es de extrañar la trascendencia que la solidaridad ha tenido a través de la historia de la humanidad, propiciando mayores grados de civilización y desarrollo tecnológico, al igual que proveyendo a la solución de las imperiosas necesidades que suelen surgir de las grandes catástrofes naturales, de las enfermedades, de las hambrunas, de los incendios y de las mismas guerras" (Subrayas fuera del original).

Adicionalmente, determinó que el deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia, y en esa medida impone la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales. Además, señaló que dicho principio constituye un valor constitucional que se presenta en tres dimensiones: (i) como pauta de comportamiento de las personas; (ii) como criterio de interpretación en el análisis de acciones y omisiones de los particulares que resulten en la vulneración o afectación de derechos fundamentales y (iii) como un límite de los derechos propios.

Recientemente, la **sentencia C-767 de 2014**⁸⁰, reiteró los fundamentos anteriormente expuestos y adicionalmente señaló:

*"el principio de solidaridad "impone una serie de "deberes fundamentales" al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos". Por lo tanto, **este principio se manifiesta como deber***

⁷⁵ MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁶ MP: Carlos Gaviria Díaz.

⁷⁷ MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁷⁸ MP: Jaime Araujo Rentería

⁷⁹ MP: Nilson Pinilla Pinilla.

⁸⁰ MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSDP

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. La Carta proyecta este deber de solidaridad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros". (Negrilla fuera del texto original).

El principio de solidaridad es entonces (i) un pilar fundamental de la Constitución Política y el Estado Social de Derecho; (ii) exigible a todas las personas, y al Estado colombiano; y (iii) con fundamento en él, el Estado debe garantizar a todas las personas, en la medida de lo posible, condiciones mínimas de vida digna, de tal forma que debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad⁸¹.

El Estado tiene entonces el deber de prever mecanismos que permitan la dinamización de este principio constitucional entre todos los habitantes del territorio nacional y que reconozcan el papel fundamental que tiene la sociedad civil, y todas las demás organizaciones de apoyo a migrantes, en la búsqueda de alternativas para lograr resultados más amplios y efectivos.

Adicional a lo anterior, la Corte comparte que las migraciones y los movimientos de personas refugiadas que se han presentado en la última década de forma elevada alrededor de todo el mundo, incluyendo el éxodo de ciudadanos venezolanos hacia Colombia, *"son una responsabilidad compartida que requieren respuestas internacionales"*⁸²

La comunidad internacional ha reconocido que *"cuando se afrontan grandes corrientes de migrantes que huyen de los conflictos o la persecución, algunos Estados soportan una carga mayor que otros"*⁸³, razón por la cual el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha motivado la adopción de medidas por parte de otros Estados que faciliten la plena efectividad del derecho a la salud de los migrantes. Así, declaró recientemente:

"son necesarias la asistencia y la cooperación internacionales para que los Estados que afrontan una afluencia súbita de refugiados y migrantes puedan cumplir sus obligaciones básicas"⁸⁴ (Negrilla fuera del original).

47. Es preciso recordar que el artículo 1º del Protocolo de San Salvador señaló que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados **hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo**, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero también es preciso insistir en que el Comité DESC advirtió que *"para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas"*⁸⁵.

Por esta razón, la Corte considera que el Gobierno colombiano y todo el entramado institucional con funciones en materia de salud deben ser constantes en la labor de consecución de recursos de cooperación internacional y nacional y en la toma de cualquier otro tipo de medidas que le permitan *avanzar lo más expedita y eficazmente posible*⁸⁶ hacia la realización del derecho a la salud de los migrantes con mayores estándares a la mera urgencia médica, especialmente en tratándose de aquellos migrantes en mayor situación de vulnerabilidad. En esa medida, el Gobierno nacional deberá *esforzarse al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone* para adoptar medidas dirigidas a garantizar el derecho a la salud de los migrantes irregulares⁸⁷.

Principio de la libre escogencia.⁸⁸

⁸¹ Las anteriores consideraciones fueron extrapoladas de la sentencia SU-677 de 2017 de este despacho.

⁸² Declaración conjunta de expertas y expertos de las Naciones Unidas y regionales de cara al Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Legal a la luz de la cumbre en Puerto Vallarta, 6 de diciembre de 2017. Recuperada de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/203.asp>

⁸³ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Declaración del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: *"Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales"*, E/C.12/2017/1, 13 de marzo de 2017, consultado en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJbFePxX56jVYNBwivepPdlwSXxq9SW9ZbgupEHPzmS%2BHfLpdYK94RgB1E0bob1qFojYcpR4KqEtEgsUR40u8nW>

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Observación General núm. 3 (1990) (párr.10)

⁸⁶ Observación General no. 14, párrafos 30 y 31. Consultado en <https://www.es.cr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12>

⁸⁷ Observación General no. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 13.

⁸⁸ Sentencia T-089 del 8 de marzo de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

Este postulado responde a la garantía de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que consiste en elegir la entidad que les brindará dichos servicios de salud; esta directriz fue tratada inicialmente en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993⁸⁹ y el artículo 45 del Decreto 806 de 1998. Posteriormente, el artículo 3.12 de la Ley 1438 de 2011⁹⁰ desarrolló este principio de la siguiente manera:

"el Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo".

En la actualidad, el capítulo 7 del Decreto Único Reglamentario -780 de 2016- establece⁹¹ el propósito de este principio y prevé, por supuesto, las circunstancias excepcionales en las cuales el mismo podría encontrar limitaciones⁹².

De otro lado, el artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y el Decreto 2553 de 2015, compilado en el citado Decreto 780 de 2016 definen y desarrollan la libre escogencia como principio, derecho y característica de las EPS.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional lo ha desarrollado de la siguiente manera:

"El principio de la libre escogencia se edifica a partir de la participación que se otorga a "diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios".⁹³

Adicionalmente, se ha establecido que este principio se relaciona con varios derechos fundamentales, entre ellos, *"la dignidad humana, en ejercicio de su autonomía de tomar las decisiones determinantes para su vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social"⁹⁴.*

En suma, el principio de libre escogencia consiste en permitir que las personas puedan desvincularse de aquellas EPS que no garantizan adecuadamente el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud y, a la vez, afiliarse a aquellas entidades que presten sus servicios.

7.6 Caso bajo estudio.

Corresponde a la Judicatura analizar en esta oportunidad si deviene procedente a la luz de los pronunciamientos jurisprudenciales citados y de las disposiciones normativas referenciadas, tutelar las prerrogativas fundamentales que se ha denunciado transgredidas, y en ese sentido, concretamente es menester definir si el proceder de las entidades accionadas respecto de la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY da lugar a la intervención tuitiva del Juez de tutela.

Lo que la parte Actora denunció se circunscribe a que dada su condición de migrante en situación irregular en Colombia, no ha podido tener acceso a la atención integral en salud que por su estado de embarazo requiere.

En razón de dicha situación de urgencia que se denunció en el libelo demandatorio, el Juzgado decretó medida provisional oficiosa para que el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN preste a la Actora todos los servicios de salud por su estado de gravidez requiere. Sin embargo, llegada la fecha de emisión de la decisión de fondo, no se cuenta con un informe proveniente de tal institución que dé cuenta del cumplimiento de dicha orden, pese a que el 14 de mayo hogaño se realizó un requerimiento para el efecto.

⁸⁹ Artículos 153 num. 3.12, 156, literal g) y 159 num. 3

⁹⁰ "Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones".

⁹¹ Artículo 2.9.2.5.4 del Decreto 780 de 2016.

⁹² Artículos 2.1.11.1, 2.1.11.12 y 2.1.5.1 parágrafos 3, 2.1.5.3, 2.1.6.2 y 2.1.6.4 *ibidem*

⁹³ Auto 591 de 2016, que reitera lo dicho en sentencias T-010 de 2004, T-760 de 2008 (4.2.6.), T-448 de 2017, por ejemplo. Este principio también es desarrollado en las sentencias C-915 de 2002, T-436, de 2004, T-024 y T-207 de 2008, T-1055 de 2010 T-745 de 2013, C-313 de 2014, entre otras.

⁹⁴ T-448 de 2017 que complementa la T-126 de 2010.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

Para zanjar el dilema jurídico planteado, la premisa fáctica cardinal que debe tenerse presente es que independientemente de su ciudadanía, MARIBEL CUATINDIOY JUAJIBIOY, es una mujer en estado de embarazo. Es decir, se trata de una persona catalogada como sujeto de especial protección constitucional, cuyos derechos fundamentales deben ser atendidos y garantizados prelativamente.

Así lo contempla el artículo 43 de la Constitución nacional, que exige del Estado una especial asistencia y protección para las mujeres durante el embarazo y después del parto; y lo desarrollan el parágrafo del artículo 6º de la ley 1751 de 2015 estatutaria del derecho fundamental a la salud, cuando demanda que se adopten acciones afirmativas en beneficios de sujetos de especial protección constitucional como lo son las mujeres en estado embarazo.

En el mismo sentido y de forma específica, el inciso segundo del artículo 11 de la misma ley, establece que en el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud, anotando además que como todos los sujetos de especial protección constitucional, **su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.**

Serían suficientes estas razones de imbricación constitucional para solventar la problemática expuesta en la demanda, empero, en razón a la condición de migrante de la Actora, es menester hacer referencia a las reglas para el acceso a servicios de salud de los extranjeros en Colombia que se han trazado por la jurisprudencia.

De acuerdo con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ACNUR, los refugiados *"son personas que huyen de conflictos armados o persecución."* Los migrantes, por el contrario, *"eligen trasladarse no a causa de una amenaza directa de persecución o muerte, sino principalmente para mejorar sus vidas al encontrar trabajo o por educación, reunificación familiar, o por otras razones."*⁹⁵

Los migrantes pueden volver a sus países en cualquier momento pues no ha habido razones, diferentes a su voluntad, para salir de ellos, y, por lo tanto, continúan gozando de la protección de sus gobiernos. En cambio, la situación de los refugiados se torna tan difícil que deben cruzar las fronteras para buscar seguridad en países cercanos, y regresar a sus lugares de origen puede ser tan peligroso, que les urge buscar asilo en aquéllos. Negarles tal asilo, según ACNUR, *"puede traerles consecuencias mortales"*⁹⁶.

En razón de lo anterior, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia han previsto la garantía de derechos que debe extenderse a los extranjeros, refugiados o migrantes, como lo establece el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual el Estado colombiano es parte: *"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o*

⁹⁵ ¿'Refugiado' o 'Migrante'? ¿Cuál es el término correcto? acnur.org/noticias.

⁹⁶ Ídem.

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSDP

cualquier otra condición social”, por cuya razón, esta Corporación ha reiterado en múltiples ocasiones la necesidad de proteger a esta población especial.⁹⁷

Ahora, la Constitución Política de Colombia en su artículo 13 consagra que *“todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”*.

Cada Estado protege especialmente a sus nacionales, por virtud del artículo 13 constitucional. Las garantías, derechos y beneficios otorgados a los colombianos se extienden a los extranjeros. No obstante aquel no hace distinción para su reconocimiento, ello no significa que no pueda existir, siempre y cuando sea justificada.

Tal diferenciación fue resaltada por la Corte Constitucional en la sentencia C- 913 de 2003, cuando señaló: *“En efecto, cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar i) si el objeto regulado permite realizar tales distinciones; ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido; iii) el carácter objetivo y razonable de la medida; iv) la no afectación de derechos fundamentales; v) la no violación de normas internacionales y vi) las particularidades del caso concreto.”*

El reconocimiento de derechos a los extranjeros fue previsto por el artículo 100 constitucional, en el cual se consagró que *“los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Así mismo, los extranjeros gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. Los derechos políticos se reservan a los nacionales, pero la ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital”*.

Pero, para ser titulares de derechos, así como se exige a los nacionales el sometimiento a las normas, se precisa de ellos que asuman responsabilidades, tal como fue referido por el máximo Tribunal de control constitucional en la sentencia T-314 de 2016: *“el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una responsabilidad a los extranjeros de cumplir la misma normatividad consagrada para todos los residentes en el territorio Colombiano, tal y como lo establece el artículo 4º Constitucional el cual dispone que es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”*.

Adicional a ello, la misma Colegiatura mediante sentencia SU-677 de 2017, reiteró reglas jurisprudenciales en la materia. Al respecto señaló: *“(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*

⁹⁷ Sentencia t-421 de 2017: *“Sin perjuicio de estas categorías, todos los extranjeros gozan de ciertos derechos y prestaciones en condiciones de igualdad, bien sean migrantes o refugiados. Debe anotarse que ambos cuentan con garantías especiales, fijadas principalmente por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”*.

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSDP

*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**".⁹⁸*

Y en cuanto al punto de atención en salud el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 "*Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*", dispone que "*Todos los residentes en el país deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud*", con lo cual se prevé una garantía para que la igualdad se haga efectiva. En tal disposición se consagra el procedimiento para la prestación del servicio, en los regímenes contributivo o subsidiado, sin que la capacidad de pago o la condición de nacional o extranjero, sean factores determinantes para dejar de reconocer el derecho fundamental a la salud, pues el Estado colombiano obliga a su prestación y promueve la universalidad del aseguramiento. Así se dispuso en el artículo 2 de la misma Ley, que concordante con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política de Colombia hace referencia a "*la seguridad social en salud como servicio público obligatorio a cargo del Estado sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad*".⁹⁹

Ahora, el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 también prevé el caso de extranjeros no residentes, para hacer extensivo el beneficio de la prestación del servicio de salud fuera del Sistema: "*A quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país de ser necesario*".

Lo anterior no garantizaría el acceso al servicio ni el derecho a la salud de aquellas personas que no se encuentran vinculadas al sistema y que por una u otra razón no tienen los medios económicos suficientes para hacerlo, por lo tanto, podría incurrirse en discriminaciones. En consecuencia, la Corte Constitucional ha sido enfática al manifestar que "*(i) los extranjeros no residentes tienen el derecho a recibir atención de urgencias como contenido mínimo de su derecho a la salud sin que les sea exigido documento alguno o pago previo, siempre y cuando no cuenten con pólizas de seguros ni los medios económicos -propios o de sus familias- para asumir los costos directamente; (ii) las entidades privadas o públicas del sector salud no pueden abstenerse de prestar los servicios de salud mínimos de atención de urgencias a extranjeros que no estén afiliados en el sistema de seguridad social en salud o que estén indocumentados en el territorio colombiano; y (iii) las entidades territoriales de salud donde fue prestado el servicio al extranjero no residente, bajo el supuesto que no puede pagar directamente los servicios ni cuenta con un seguro médico que los cubra, deben asumir los costos de los servicios médicos de atención de urgencias. Lo anterior, sin perjuicio de que el extranjero no residente legalice su estadía en Colombia y cumpla con los requisitos establecidos para afiliarse al sistema de seguridad social en salud, así como también sea*

⁹⁸ MP Gloria Stella Ortiz Delgado, caso de una migrante venezolana que en estado de gestación solicitó la intervención del juez para proteger sus derechos fundamentales, por cuanto le fue negado el servicio médico de control prenatal y la asistencia al parto. En tal oportunidad se constató la evidente necesidad de proteger la vida del nasciturus, de manera que se hacía indispensable los controles médicos para evitar posibles infecciones, enfermedades tanto a la madre como al que estaba por nacer, resaltando el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Sentencia T-421 de 2017 MP Ver Sentencia C-913 de 2003 MP Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia T-314 de 2016 MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁹ Sentencia T-705 de 2017 MP José Fernando Reyes Cuartas.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSSDP

*incentivado e informado para la adquisición de un seguro médico o un plan voluntario de salud.*¹⁰⁰

Entonces, a pesar de la no vinculación al sistema de salud, cualquier persona tiene derecho a un mínimo de atención en salud, que hace referencia al servicio de urgencias, el cual debe prestarse a los extranjeros no residentes, sin importar su situación de irregularidad, con lo cual se pretende preservar la vida y los derechos fundamentales, así como continuar reconociendo la dignidad humana como valor y principio que la Constitución, normas y jurisprudencia han querido garantizar como fin del Estado Social de Derecho.

Lo anterior fue tratado igualmente por la Corte Constitucional en la sentencia T-210 de 2018 que aquí se ha traído colación, de la cual se destaca la siguiente proposición: *"el Gobierno colombiano tiene la obligación de adoptar medidas eficaces para garantizar el más alto nivel posible de salud física y mental de todos los migrantes, sin importar su situación de irregularidad"*¹⁰¹, por cuanto se hace evidente, dada la crisis humanitaria derivada de la masiva migración de ciudadanos al país, la situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja en la que se encuentran.

Así las cosas, es necesario precisar las reglas por las cuales el servicio de salud a los extranjeros no residentes no puede negarse, por cuanto se hace necesario atender sus necesidades básicas y hacer prevalecer su vida, lo cual comporta el derecho a recibir por lo menos un mínimo de servicios de atención de urgencias cuando: i) no haya un medio alternativo, ii) la persona no cuente con recursos para costearlo y iii) se trate de un caso grave y excepcional.¹⁰²

Ello no exime a los extranjeros de la obligación que tienen de adquirir un seguro médico o un plan voluntario de salud, tal y como se encuentra previsto en el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, una vez sea conjurada la situación de urgencia y, además, cumplir con los requisitos para la afiliación al sistema, a fin de obtener un servicio integral y previo a ello aclarar el estatus migratorio. Tales requisitos se encuentran establecidos en el Decreto 780 de 2016 emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Luego, garantizar, como mínimo, la atención de urgencias a los migrantes en situación de irregularidad tiene una finalidad objetiva y razonable, la cual es asegurar que todas las personas, incluyendo a los extranjeros, reciban una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia; una atención que permita que sus necesidades primarias sean cubiertas y sea respetada su dignidad humana.

En este caso en particular como se ha elucidado, la reclamante es una mujer en estado de embarazo que de acuerdo con la ley estatutaria del derecho fundamental a la salud y con las subreglas jurisprudenciales fijadas pacíficamente, es catalogada como sujeto de especial protección constitucional, por lo cual debe proporcionársele una atención en salud integral, sin condicionamientos ni dilaciones, prioritaria y urgente. Además, de conformidad con las exigencias estipuladas en los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el tema, por su estado de gravidez, puede decirse que la tutelante es una persona que no

¹⁰⁰ Sentencia T-239 de 2017 MP Alejandro Linares Cantillo.

¹⁰¹ MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁰² Sentencia T-705 de 2017 MP José Fernando Reyes Cuartas.

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSDP

cuenta con los recursos para costear los gastos de salud de su embarazo, no existe un medio alternativo para la atención en salud que necesita y, su caso, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, es grave y excepcional, por manera que el servicio de salud no puede negársele, por cuanto se hace necesario atender sus necesidades básicas y hacer prevalecer su vida y de la de su descendiente que está por nacer.

De tal manera, sabiendo que sus derechos fundamentales como mujer en estado de embarazo priman sobre cualquier disposición de tipo normativa o administrativa, no es de recibo ninguna argumentación defensiva relacionada con el cumplimiento de requisitos migratorios y legales para la afiliación al sistema de seguridad social en salud, dado que las garantías fundamentales y entre ellas el derecho a la salud de MARIBEL CUATINDIOY JUJAJIBIOY sobrepasan los ordenamientos nacionales y las restricciones legales que al efecto se hayan trazado, por lo cual sin condicionamientos se deberá prestarle la atención integral que demande por su estado de salud.

En consecuencia, habiéndose esclarecido la obligación que tiene el Estado de garantizar de manera integral la atención en salud para sujetos de especial protección constitucional a través de sus instituciones, se ratificará la determinación que desde el auto admisorio de la demanda se adoptó en relación con el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN, para que dicha empresa social del Estado, con cargo a los recursos de oferta de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO (de conformidad con el artículo 236 de ley 1955 de 2019), ofrezca, preste y garantice a la señora MARIBEL CUATINDIOY JUJAJIBIOY todos los servicios de salud para la atención y control de su embarazo. Tales servicios no pueden circunscribirse a circunstancias de urgencia o de mínima atención, que debe darse a cualquier extranjero, sino como se viene iterando, a una prestación integral sin restricciones de tipo administrativo o económico, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional valiéndose de instrumentos internacionales sobre la materia, en particular en lo atinente al derecho a la dignidad humana. Bajo ese contexto, el deber que le incumbe al HOSPITAL PIO XII DE COLÓN y a la SECRETARÍA DE SALUD DEL PUTUMAYO para garantizar el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos, y de autodeterminación que como mujer tiene la señora MARIBEL CUATINDIOY JUJAJIBIOY, es asumir coordinadamente, si hasta entonces la Accionante no se ha afiliado a ninguna EPS, la práctica del procedimiento de ligadura de trompas, esterilización tubárica o pomey, siempre que los médicos tratantes así lo determinen.

No es constitucionalmente admisible en este caso en concreto hacer ninguna clase de distinción por la nacionalidad de la Accionante, como quiera que los derechos fundamentales comprometidos como son la vida de la madre y de su hijo por nacer, además de su salud y su integridad física se encuentran en riesgo al no ser incluidos en el sistema general de seguridad social en salud. Además, por cuanto una medida protectora a este respecto se observa como objetiva y razonable al tenor de los compendios normativos supranacionales que salvaguardan los derechos de primera generación de sujetos de especial protección constitucional como son las mujeres en estado de embarazo, amén de que no se está imponiendo al Estado y a sus instituciones una carga adicional desmedida y que vaya a poner en peligro la estabilidad del sistema de salud, o que pueda resultar atentatoria a los derechos fundamentales de otras personas, por el contrario, para el Juzgado refleja la materialización del respeto a la dignidad humana y de solidaridad como principios fundantes de nuestro ordenamiento constitucional.

Amén de lo precedente, debe iterarse que notificado de la demanda de tutela, el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN se abstuvo de emitir pronunciamiento alguno frente a la misma, por lo cual debe aplicarse lo previsto por el artículo 20 del decreto 2591 de 1991 que reglamenta la acción de tutela, y que a la letra reza:

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pío XII - SSSDP

"Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el Juez estime necesaria otra averiguación previa."

Dicho proceder de conformidad con la mentada disposición normativa licencia al Juzgado a acudir a la figura de presunción de veracidad, dando por ciertos todas las afirmaciones vertidas en la demanda.

Facultades extra y ultrapetita del Juez de tutela.

Aunque de forma expresa no se invocó dentro de la causa petendi una solicitud específica para la afiliación de la Actora a una EPS, se acudirá a las facultades extra y ultrapetita que acompañan al Juez constitucional de tutela, a fin de brindar protección a los derechos fundamentales que ostenta la precitada, quien debe recordarse, por tratarse de una mujer en estado de gravidez, es catalogada como sujeto de especial protección constitucional.

Las facultades extra y ultrapetita encuentran respaldo en el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional¹⁰³ que al respecto tiene dicho lo siguiente:

"la naturaleza de la acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, reviste al Juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado por quien hace uso de este mecanismo, fallos ultra o extra petita. Prerrogativa que permite al Juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental"¹⁰⁴

Así, se ordenará a la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY que proceda en un término máximo de veinte (20) días a realizar las gestiones pertinentes para su inscripción en el RUMV - Registro único de migrantes venezolanos – y expedición del Permiso por protección temporal (PPT), que debe decirse, resulta el trámite migratorio menos oneroso y ágil, en atención a la situación económica y de salud de la Actora. Y al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA para que dada la calidad de sujeto de especial protección constitucional de la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY en razón a su estado de gravidez, despliegue de manera prelativa y urgente su inscripción en el RUMV y su obtención del Permiso por protección temporal para migrantes venezolanos (PPT) de conformidad con lo previsto por el Decreto 216 del 1º de marzo de 2021, a fin de que pueda acceder de forma integral al sistema de seguridad social en salud.

Así mismo, se librára ordenamiento a la DIRECCIÓN MUNICIPAL DE SALUD DE SAN FRANCISCO o quien haga sus veces, para que una vez realizada la inscripción de la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY en el RUMV o expedido sus PPT proceda a ejecutar las gestiones de su cargo para la inscripción en el SISBEN y afiliación a una EPS con cobertura y capacidad en los municipios del Alto Putumayo.

Finalmente, la Judicatura impondrá otras medidas de reparación en consideración a la negación de la atención hospitalaria demostrada en perjuicio de la señora MARIBEL CUATINDIOY JUIAJIBIOY al menos con anterioridad y al inicio de la tramitación de este trámite de amparo, lo cual obligó a la tutelante a soportar un contexto de invisibilidad, indiferencia y discriminación por motivos de género y nacionalidad. En este sentido, la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014¹⁰⁵ expresó:

¹⁰³ Pueden consultarse entre otras las sentencias T-532 de 1994, T-310 de 1995, T-049 de 1998, T-450 de 1998 y SU-429 de 1998,

¹⁰⁴ Sentencia T-049 de 1998. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁵ Expediente 28804. M.P. Stella Conto Díaz del Castillo

JUZGADO PROMISCO MUUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

"La no subsunción del concepto de daño a la salud en los más genéricos de "daño a la vida en relación" o "alteración grave de las condiciones de existencia" no comporta sin más la limitación del daño inmaterial a los perjuicios morales y fisiológicos. Por el contrario, en repetida jurisprudencia, que aquí se reitera y unifica, se ha reconocido la posibilidad de declarar la procedencia de medidas de reparación no pecuniarias en casos de lesión de otros bienes constitucional y convencionalmente protegidos. Se trata de reconocer, aún de oficio, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. (...) Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobando las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos)."

En el caso concreto se han encontrado motivos para ordenar la adopción de medidas adicionales de reparación integral, en la medida en que éste evidencia la proyección de una actitud de invisibilidad a la condición físico-anímica de la mujer, y por lo tanto, una forma de discriminación ajena al Estado Social de Derecho.

En efecto, el Despacho advierte que el caso sublite, lejos de constituir un episodio aislado, se inserta dentro de un patrón reiterado de deficiencias en la atención gineco-obstétrica, que evidencia una actitud de segregación, invisibilidad e indiferencia frente a la atención propia de la salud sexual y reproductiva, rezago de un modelo patriarcal y de discriminación por motivo de género, y de manera particular respecto de las mujeres que hacen parte de la población migrante venezolana, son alrededor de cinco (5) acciones de tutela que ante este estrado han interpuesto mujeres en estado de gravidez de nacionalidad venezolana que no han sido atendidas debidamente por parte de la ESE HOSPITAL PIO XII DE COLÓN y tampoco han recibido la oportuna asistencia de parte de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO.

La revisión de las cifras oficiales de mortalidad y morbilidad materna y perinatal es dable concluir que el país presenta serios problemas en sus estándares de atención en ginecología y obstetricia acentuadas en determinadas regiones. Así, por ejemplo según el Instituto Nacional de Salud "los departamentos con las mayores tasas de mortalidad perinatal son Chocó (39 por mil), San Andrés y Providencia (25 por mil), Caldas (25 por mil). La mortalidad perinatal es también relativamente alta en Huila (22 por mil), Vaupés (21 por mil), Cesar (20 por mil), Santander (20 por mil) y Córdoba (20 por mil)"

Estas cifras son alarmantes si se comparan con las los países con índices más altos de mortalidad perinatal en la zona de América Latina y el Caribe, como Haití (25 por cada 1000 nacidos vivos) y Bolivia (19 de cada 1000 nacidos vivos). Iguales consideraciones se pueden hacer en lo relativo a las tasas de mortalidad materna, frente a la cual las estadísticas revelan una notoria correlación entre este fenómeno y los índices de pobreza, siendo especialmente alarmantes los índices observables en el Chocó, los departamentos de la región amazónica y algunos de la zona Caribe, como Córdoba y el departamento de la Guajira¹⁰⁶.

Así mismo, se ha de tener en cuenta que a diferencia de otras ramas de la medicina, la ginecología guarda directa relación con la dimensión específicamente femenina de la corporalidad. Es la rama de la medicina que se encarga de la atención a la mujer en cuanto

¹⁰⁶ Ministerio de Salud y Protección Social, Política Nacional de Sexualidad, Derechos sexuales y derechos reproductivos, "Tablas y Gráficas para el análisis epidemiológico en salud sexual y reproductiva". Informe técnico. Julio de 2014.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSDP

mujer y de aspectos tan importantes en la realización del programa vital como la fertilidad y la maternidad. Que entre las muy diversas ramas de la medicina, aquella que se ocupa específica y directamente de la mujer sea justamente la que presenta fallas generalizadas (al menos regionalmente) debe alertar sobre la persistencia del menosprecio histórico hacia lo femenino.

A lo anterior, hay añadir que el descuido de la atención ginecológica no solamente no se compagina con la dignidad de la mujer, sino que, en los casos con un componente obstétrico, también resulta seriamente lesivo de los derechos del ser humano esperado y recién nacido. No se olvide, a este respecto, que el obstetra se pone en contacto con el ser humano desde la concepción y que las complicaciones en la gestación, el parto y el puerperio bien pueden repercutir indeleblemente en la vida de una persona.

Conforme lo expuesto y atendiendo los criterios de unificación, el Juzgado acoge la reciente jurisprudencia¹⁰⁷ sobre la pertinencia de la aplicación de medidas de reparación integral en los casos en los que se echa de menos el trato que la mujer requiere por su propia condición, lo que evidencia la discriminación género. Por ello, ordenará a la ESE HOSPITAL PIO XII DE COLÓN que establezca un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido digital de esta providencia.

Así mismo, tanto el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN como la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO implementarán políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos sin atención a su nacionalidad y estatus migratorio. Además, se dispondrá el envío de la copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia para mujeres migrantes de nacionalidad venezolana en estado de gravidez, y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

En mérito de lo expuesto, **JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO**, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos a la vida, a la salud, a la dignidad humana y a la igualdad de la señora MARIBEL CUATINDIOY JUJAJIBIOY por las razones puestas de manifiesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia,

SEGUNDO.- ORDENAR a la E.S.E. HOSPITAL PIO XII DE COLÓN que de FORMA INMEDIATA ofrezca y preste de manera integral el servicio público de salud a la señora MARIBEL CUATINDIOY JUJAJIBIOY para la atención y control de su estado de embarazo.

Para el cumplimiento de la presente orden el HOSPITAL PIO XII DE COLÓN tendrá en cuenta que la señora MARIBEL CUATINDIOY JUJAJIBIOY es catalogada como sujeto de especial protección constitucional, por lo cual su atención será prelativa y urgente, y no podrá someterla a dilaciones o trámites o cargas administrativas adicionales y que el competen

¹⁰⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Radicación: 190012331000200302031 02 (38888) 10 de mayo de 2018. M.P Stella Conto Díaz del Castillo

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSSDP

exclusivamente coordinar a las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud. Los servicios de salud se prestarán con cargo a los recursos de oferta de la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 236 de ley 1955 de 2019.

TERCERO.- ORDENAR a la ESE HOSPITAL PIO XII DE COLÓN y a la SECRETARÍA DE SALUD DEL PUTUMAYO realizar las gestiones coordinadas para que la señora MARIBEL CUATINDIOY JUAIJIBIOY sea sometida al procedimiento de ligadura de trompas, esterilización tubárica o pomeroy al término de su embarazo siempre que los médicos tratantes así lo determinen, si hasta entonces la Accionante no se ha afiliado a ninguna EPS.

CUARTO.- ORDENAR a la señora MARIBEL CUATINDIOY JUAIJIBIOY que proceda en un término máximo de veinte (20) días a realizar las gestiones pertinentes para su inscripción en el RUMV – Registro único de migrantes venezolanos y expedición del Permiso por protección temporal (PPT).

QUINTO.- ORDENAR al MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES – UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MIGRACIÓN COLOMBIA para que dada la calidad de sujeto de especial protección constitucional de la señora MARIBEL CUATINDIOY JUAIJIBIOY en razón a su estado de gravidez, despliegue DE MANERA PRELATIVA Y URGENTE su inscripción en el RUMV y su obtención del Permiso por protección temporal para migrantes venezolanos (PPT) de conformidad con lo previsto por el Decreto 216 del 1º de marzo de 2021, a fin de que pueda acceder de forma integral al sistema de seguridad social en salud.

SEXTO.- ORDENAR a la DIRECCIÓN MUNICIPAL DE SALUD DE SAN FRANCISCO o quien haga sus veces, para que una vez realizada la inscripción de la señora MARIBEL CUATINDIOY JUAIJIBIOY en el RUMV (Registro único de migrantes venezolanos) o expedido su PPT (Permiso por protección temporal) proceda a realizar las gestiones de su cargo para su inscripción en el SISBEN y afiliación a una EPS con cobertura y capacidad en los municipios del Alto Putumayo.

SÉPTIMO.- ORDENAR a la ESE HOSPITAL PIO XII DE COLÓN que establezca un link en su página web con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido digital de esta providencia.

OCTAVO.- ORDENAR al HOSPITAL PIO XII DE COLÓN y a la SECRETARÍA DE SALUD DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO que implementen políticas tendientes a crear conciencia sobre la necesidad de garantizar la atención médica especializada y oportuna a la mujer embarazada y a los niños recién nacidos sin atención a su nacionalidad y estatus migratorio.

NOVENO.- REMITIR copia de esta providencia a Alta Consejería para la Equidad de la Mujer con el fin de que promueva políticas que optimicen la prestación de la atención en gineco-obstetricia para mujeres migrantes de nacionalidad venezolana en estado de gravidez, y a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura-Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, para la incluya en el observatorio de política de igualdad y no discriminación con enfoque diferencial y de género.

JUZGADO PROMISCO MUNICIPAL DE SAN FRANCISCO

A.T. 2021-00055

Maribel Cuatindioy Juajibioy vs. Hospital Pio XII - SSDP

DÉCIMO.- Entérese a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991; y, en los términos previstos en el artículo 31 ejusdem, remítase la actuación a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

DÉCIMO PRIMERO.- Contra esta sentencia procede el recurso de impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de los tres (3) días siguientes a la notificación de la misma.

DÉCIMO SEGUNDO.- En firme la sentencia, remítase el expediente ante la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JAVIER ERASO VILLOTA
JUEZ