

República de Colombia



Rama Judicial

Juzgado Octavo Penal del Circuito de Conocimiento

Bogotá D. C., veintiocho (28) de octubre de dos mil veinte (2020)

Radicado en primera instancia: 110013104008202000161

Accionante: Annis Carina Suarez Gómez en representación de sus hijos Andrihut Alexander Rodríguez Suarez y Wilfranyer Enrique Molina Suarez

Accionada: EPS Salud Total, Ministerio de Salud y de la Protección Social, Secretaría Distrital de Salud y Ministerio de Relaciones Exteriores.

Objeto

Procede el Despacho en primera instancia a resolver lo pertinente en relación con la acción de tutela instaurada por Annis Carina Suarez Gómez en representación de sus hijos Andrihut Alexander Rodríguez Suarez y Wilfranyer Enrique Molina Suarez, en contra de la EPS Salud Total, Ministerio de Salud y de la Protección Social, Secretaría Distrital de Salud y Ministerio de Relaciones Exteriores.

Solicitud de tutela

Expuso la accionante que en atención a la situación que a traviesa la República Bolivariana de Venezuela, desde marzo de 2017 se encuentra en este país con sus dos hijos menores de edad Andrihut Alexander Rodríguez Suarez y Wilfranyer Enrique Molina Suarez, con el Permiso Especial de Permanencia Número 942465103011989, ostentando la condición de madre cabeza de familia.

Manifestó que se encuentra trabajando en el restaurante «Rica Lechona» y que desde el 1 de junio del año en curso fue afiliada a la EPS Salud Total, a la cual solicitó la afiliación de sus dos menor hijos, pero recibió una respuesta negativa, comoquiera que estos no cuentan con el Permiso Especial de Permanencia, aun cuando asistió a la Personería del Pueblo, Defensoría del Pueblo, Migración y la Alcaldía.

Indicó que Andrihut Alexander fue valorado por la especialidad de ortopedia, quien le ordenó una serie de exámenes y tras un estudio genético fue diagnosticado con «*distrofia muscular de Duchenne*». En vista de ello, fue valorado por una junta medica del Instituto Roosevelt, donde confirmaron el diagnostico y le ordenaron otros



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

exámenes médicos, los cuales le fueron realizados y pagados de manera particular por la Fundación Servicio Jesuita para los Refugiados, con quien se tuvo convenio hasta el 30 de agosto del año en curso.

Resaltó que la patología padecida por Andrihut Alexander, es una enfermedad huérfana y puede ocasionar la muerte prematura al no recibir manejo oportuno. Así como también, su otro hijo Wilfranyer Enrique necesita los servicios de salud.

Por lo anterior, solicitó que se tutelaran los derechos fundamentales a la salud, vida, igualdad, dignidad humana y seguridad social de sus hijos Andrihut Alexander Rodríguez Suarez y Wilfranyer Enrique Molina Suarez, ordenándosele a las accionadas garantizar la afiliación como sus beneficiarios en salud, sin dilaciones o excusas de carácter administrativo.

Competencia

La misma deviene de conformidad con las previsiones de los artículos 86 de la Carta Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1382 de 2000 que fue modificado por el Decreto 1983 de 2017, por ello este Despacho dará respuesta a las pretensiones de la accionante.

Actuación Procesal

El 16 de octubre del año que avanza, este Despacho avocó conocimiento de la acción de tutela y en consecuencia, corrió traslado de la demanda a las entidades accionadas, para que en ejercicio de los derechos de defensa y contradicción, se pronunciara sobre los hechos y pretensiones.

Respuesta de la parte accionada

- EPS Salud Total

Víctor Manuel Castañeda, Administrador suplente, manifestó que los menores no han sido incluidos como beneficiarios de la señora Annis Carina Suárez Gómez, comoquiera que ella no ha realizado el proceso que le concierne ante Migración Colombia para lograr la consecución de los documentos que se requieren para soportar la afiliación de dichos menores; máxime si a través de la Resolución 3015 de 2017, el Ministerio de Salud y Protección Social incluyó el Permiso Especial de Permanencia – PEP, como documento válido de identificación ante el Sistema de Protección Social.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Indicó que para obtener los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud es necesario inscribirse a una EPS. Por tanto, debe contar con algunos de los siguientes documentos de identificación:

1. Cedula de extranjería, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda.
2. Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad de refugiados o asilados.
3. Pasaporte para menores de siete (7) años.
4. Permiso Especial de Permanencia (PEP) expedido por migración Colombia

Que para realizar la afiliación de su núcleo familiar debe presentar los respectivos documentos de identificación, así como aquellos que acrediten el parentesco con el cotizante o cabeza de familia.

Señalo que el Decreto 064 de 202., por medio del cual se busca garantizar el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluye sin lugar a dudas a los migrantes venezolanos para que accedan al régimen subsidiado; y también los condiciona a que estén identificados con el Permiso Especial de Permanencia.

Que si bien, en el presente caso se solicita la afiliación al régimen contributivo, no es menos cierto que el Gobierno Nacional exige para cualquier régimen el Permiso Especial de Permanencia, que en los menores migrantes de 7 años puede ser reemplazado por el Pasaporte, junto con los soportes que demuestren el parentesco; sin embargo, su representada no cuenta con ninguno de estos documentos, ni con las gestiones para ello; de tal forma, encontró demostrada la falta del requisito de subsidiariedad; correspondiendo a la accionante o a Migración Colombia expedir dichos documentos para poder proceder con lo pretendido.

- Ministerio de Relaciones Exteriores

Fulvia Elvira Benavides Cotes, Directora de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano, manifestó que su representada no es prestador directo, ni indirecto de ningún tipo de servicio público social dirigido a nacionales o extranjeros que se encuentran en situación migratoria regular o irregular en el territorio nacional, por lo que no puede considerarse legítimo contradictorio, cuando dichas obligaciones se encuentran a cargo de las entidades del área social, como son, las Secretarías Departamentales de Salud, Bienestar Social, entre otras.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Hizo alusión a varias normas aplicables para la población venezolana que se encuentra en nuestro país, entre las cuales señaló:

1. CONPES 3050 de 2018, 2018, el cual estableció solicitar a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia proponer, junto con el Ministerio de Relaciones Exteriores, figuras alternativas de flexibilización migratoria, eventualmente análogas a los modelos de protección temporal existentes en otros países, que faciliten la gobernanza del flujo migratorio procedente de Venezuela y permitan resolver las limitaciones derivadas del estatus migratorio a efectos de atender la inserción económica de los migrantes y la satisfacción necesidades críticas.”
2. Resolución Número 240 del 23 de enero de 2020, mediante la cual se estableció un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia, consagrando en su artículo primero que los venezolanos que se encuentren en territorio colombiano a fecha 29 de noviembre de 2019 (y que cumplan con los requisitos establecidos en la Resolución 5797 de 2017), podrán solicitar el PEP dentro de los 4 meses siguientes a la publicación de la Resolución 240 de 2020. Permiso que le permitiría acceder a los servicios sociales de salud y educación.
3. Decreto Número 1288 de 2018, mediante el cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos; normativa que fue reglamentada por la Resolución 6370 de 2018 «*Por medio de la cual se reglamenta la expedición del Permiso Especial de Permanencia – PEP creado mediante Resolución 5797 de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, para su otorgamiento a las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1288 del 25 de julio de 2018*».
4. Resolución Número 2223 de 16 de septiembre de 2020, mediante la cual se reanuda la prestación del servicio y los términos en los procesos y procedimientos adelantados por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia.

- Ministerio de Salud y de la Protección Social

Andrea Elizabeth Hurtado Neira en calidad de Directora Jurídica dio una amplia explicación frente al marco general de la seguridad social, indicando las características del sistema y el proceso de afiliación. Luego frente a la prestación de servicios de salud a la población extranjera de nacionalidad venezolana, indicó que el Gobierno Nacional se encuentra ejecutando la política integral humanitaria, teniendo en cuenta la información relacionada en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos en Colombia; adicionalmente, extendió hasta el 27 de abril de 2019, el plazo para que dichos extranjeros tramiten el Permiso Especial de Permanencia – PEP y de esta manera puedan acceder a la oferta institucional en salud y a la afiliación a Sistema General de Seguridad Social en Salud.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcibt@cendoj.ramajudicial.gov.co

De acuerdo con la normativa reseñada, indicó que el Sistema General de Seguridad Social en Salud es aplicable como garantía de la protección de la salud a todas las personas residentes regulares en el territorio nacional, sin discriminaciones de ningún orden, teniendo carácter obligatorio e irrenunciable.

Reiteró que el Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentra previsto para todas aquellas personas que residan en el territorio nacional, entendiéndose por residente al extranjero cuya permanencia es regular; es decir, que cuente con un documento que lo acredite como tal, conforme a los requisitos legales de que trata el Capítulo 11, alusivo a Disposiciones Migratorias del Decreto 1067 de 2015.

- Secretaría Distrital de Salud

Blanca Rodríguez Granados en calidad de jefe de la Oficina Asesora Jurídica, indicó que se trata de un paciente en estado retirado del régimen contributivo y luego hizo alusión a la Ley Estatutaria de la Salud.

Indicó que en cumplimiento de la normativa vigente, el deber de la EPS accionada no es solo de autorizar los procedimientos que estén soportados en un criterio médico científico, sino garantizar todos los servicios que con ocasión al diagnóstico se deriven.

Consideraciones del Despacho

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo que permite la intervención inmediata del Juez Constitucional en aras de proteger los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares como lo prevé el artículo 3º del Decreto 2591 de 1991.

Por ser un mecanismo especial, excepcional, subsidiario, no pensado como medio para usurpar y sustituir las competencias judiciales ordinarias y naturales legalmente establecidas para la discusión y solución de conflictos a diario suscitados en medio de las relaciones entre el Estado y los coasociados, por mandato de la misma disposición superior, esta acción pública solo puede proceder ante la ausencia de otros medios judiciales de defensa al alcance del interesado, para hacer efectiva la garantía de sus derechos, salvo que la misma sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Dilucidado lo anterior, debe señalarse que el problema jurídico se circunscribe a determinar si las entidades accionadas han vulnerado los derechos fundamentales a la salud, vida, igualdad, dignidad humana y seguridad social de los menores de edad Andrihut Alexander Rodríguez Suarez y Wilfranyer Enrique Molina Suarez, al no afiliarlos como beneficiarios en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por no contar con Permiso Especial de Permanencia.

En atención a que en la presente acción constitucional se reclama la atención en salud de dos menores de edad de nacionalidad venezolana, debemos iniciar indicando que el Estado Colombiano cuenta con una normativa que permite el acceso al sistema de salud de los extranjeros residentes en el territorio nacional. Como lo ha establecido la jurisprudencia, cuando se trata de asegurar el derecho a la salud de los niños y niñas, las decisiones y medidas a implementar deben estar guiadas por el principio del interés superior de los niños y niñas como directriz que exige garantizarles el acceso al nivel máximo de salud y bienestar. De esa manera, desde su nacimiento los niños y niñas requieren de una protección especial de parte de la familia, la sociedad y el Estado, toda vez que son seres absolutamente indefensos y dependientes de su entorno.

El artículo 44 de la Constitución Política consagra el desarrollo armónico e integral de toda persona menor de edad y la protección prevalente de sus derechos fundamentales. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que este consiste en el reconocimiento de una caracterización jurídica específica para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde las órbitas física, psicológica, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad.

Véase que el Máximo Órgano Constitucional, mediante la Sentencia T-178 de 2019 con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger reiteró los diferentes pronunciamientos que se han hecho frente a la prestación de los servicios de salud para los extranjeros, así:

*«Acorde con una interpretación armónica de los artículos 13, 48, 49 y 100 de la Constitución Política, todas las personas, independientemente de su origen nacional, tienen derecho a la atención en salud. **Para ello, los extranjeros deben agotar unas cargas mínimas para regularizar su situación migratoria y adelantar los trámites pertinentes ante el sistema de salud.** La Corte ha reiterado:*

“(i) el deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado; pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados; (ii) todos los



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

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” (SU-677 de 2017).»

De otro lado, la atención inicial de urgencias como una garantía mínima se encuentra contemplada en los artículos 10 y 14 de la Ley Estatutaria de Salud (Ley 1751 de 2015) en los siguientes términos:

«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: (...) b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno (...)

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia.»

Advirtió la jurisprudencia en cita que:

«Las anteriores normas deben ser leídas a la luz de la normativa especial que se ha emitido para los nacionales venezolanos. La Resolución 3015 de 2017 incluye el Permiso Especial de Permanencia (PEP) como documento válido de identificación en los sistemas de información del Sistema de Protección Social. Por su parte, el Decreto 1288 de 2018 reconoce como oferta institucional en salud a favor de todos los venezolanos inscritos en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (a) la atención de urgencias; (b) “las acciones en salud pública, a saber: vacunación en el marco del Programa Ampliado de Inmunizaciones-PAI, control prenatal para mujeres gestantes, acciones de promoción y prevención definidas en el Plan Sectorial de respuesta al fenómeno migratorio y a las intervenciones colectivas que desarrollan las entidades territoriales en las cuales se encuentren dichas personas, tal y como se indica en la Circular 025 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social” y (c) “la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el Decreto 780 de 2016, en la parte 1, libro 2, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, así como al Sistema de Riesgos Laborales en los términos de la parte 2, del título 2, capítulo 4, del Decreto 1072 de 2015»

En la Sentencia T-025 de 2019 con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, la Corte Constitucional hizo referencia al concepto de atención en urgencia, así:

*«Según la Organización Mundial de la Salud – OMS – Urgencia es “la aparición fortuita (imprevista o inesperada) en cualquier lugar o actividad, de un problema de salud de causa diversa y gravedad variable, que genera la conciencia de una **necesidad inminente de atención** por parte del sujeto que lo sufre o de su familia” (negrilla fuera de texto original).*



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ahora, el Decreto 780 de 2016, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, en su artículo 2.5.3.2.3 trae algunas definiciones, y entre ellas, define Urgencia (numeral 1 del artículo 3 del Decreto 412 de 1992) como “la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que **genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte**” (negritas fuera de texto original).

De igual manera, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 8 de la Resolución 6408 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social (que modificó la Resolución 5592 de 2015), la atención de urgencias consiste en la “**modalidad de prestación de servicios de salud, que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad**”.

Ahora bien, el servicio de urgencia, como servicio asistencial, al tenor de lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, “debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa”.

Lo anterior significa que ninguna entidad prestadora de los servicios de salud puede abstenerse de prestar los servicios de urgencia en su fase inicial porque, con el fin de garantizar el derecho fundamental a la salud, es imperativo conjurar las causas de la alteración del bienestar que cualquier persona puede llegar a tener y “estabilizarla en sus signos vitales, para así disminuir el peligro de muerte al cual se puede ver abocada y se mantenga la vida en condiciones dignas.

A las Secretarías de Salud Territoriales, en acatamiento del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, no les es dable prestar servicios asistenciales, entre los que se encuentra el de urgencias, directamente, pero sí se les impone hacer el trámite para que a través de la **red para la prestación de los servicios de salud a su cargo tal servicio de urgencia inicial requerido sea prestado como el mínimo de atención al que tiene derecho cualquier persona, sin discriminación de ninguna índole y sin el lleno de ningún requisito previo**. Su omisión puede hacer incurrir a las entidades prestadoras de salud en conducta vulneradora de derechos y merecedoras de las sanciones que las normas dispongan por dicha causa.

En el caso de la atención de salud para la población no cobijada por el Sistema de Seguridad Social en Salud, que **incluye a la población migrante así su situación no se haya regularizado, se ha dicho que “en algunos casos excepcionales, la ‘atención de urgencias’ puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida**”. (negritas fuera de texto original.)»



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

En el caso sub examine, si bien la ciudadana Annis Carina Suarez Gómez cuenta con el Permiso Especial de Permanencia-PEP No. 942465103011989 y se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizante al régimen contributivo en la EPS Salud Total, lo cierto es que a sus dos hijos Andrihut Alexander y Wilfranyer Enrique les fue negada la afiliación en calidad de beneficiarios, comoquiera que no cuentan con Permiso Especial de Permanencia.

Revisado lo aportado por la accionante, se tiene, que Andrihut Alexander Rodríguez Suarez fue atendido en el Instituto Roosevelt donde fue valorado por la patología de «*distrofia muscular de Duchenne*», prestación a cargo de la Fundación Servicio de los Jesuitas para los Refugiados, quienes asumieron todos los costos, incluyendo los exámenes que le habían sido ordenados por su médico tratante.

Se evidencia que la EPS accionada no ha vulnerado ningún derecho fundamental a los dos menores de edad, comoquiera que estos no cumplen los requisitos para su afiliación, ya que se estableció que carecen del Permiso Especial de Permanencia, es decir, no cumplen con los requisitos establecidos por la normativa vigente. Además de ello, la accionante no demostró que esta haya negado alguna atención por urgencias, pues como ya se dijo «*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*».

Si bien el Estado Colombiano protege los derechos fundamentales de las personas extranjeras y en especial de la población venezolana que hasta la fecha ha ingresado al país de forma legal o ilegal, lo cierto es que en el presente caso, la ciudadana Annis Carina Suarez Gómez ha dejado pasar desde marzo del 2017 y no ha realizado el trámite pertinente para formalizar la situación de permanencia de sus dos menores hijos. Carga que no debe ser soportada por el Estado Colombiano, en razón a que no hay forma de cobertura especial para los extranjeros ilegales, a menos que sea atención por urgencias.

Por lo anterior, colige este Despacho que el Ministerio de Salud y de la Protección Social, la Secretaría Distrital de Salud y el Ministerio de Relaciones Exteriores tampoco han vulnerado los derechos fundamentales de los dos menores de edad.

Visto lo anterior, se debe traer a consideración el artículo 86 constitucional y lo expuesto por el máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, a través de la sentencia T-071 de 2018, con ponencia de la Magistrada Diana Fajardo Rivera donde se compilaron los requisitos de procedencia que deben observar las demandas presentadas, así:



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

«La acción de tutela resulta procedente cuando cumple 4 requisitos: (i) Legitimación por activa. Puede ser usada por todas las personas cuyos derechos fundamentales se encuentren vulnerados o amenazados, por sí misma o por quien actúe a su nombre. (ii) Legitimación por pasiva. El amparo procede contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de particulares cuando, entre otras, exista una relación de subordinación como sucede entre el trabajador y su empleador. (iii) Inmediatez. No puede transcurrir un tiempo excesivo, irrazonable o injustificado entre la actuación u omisión y el uso del amparo. (iv) Subsidiariedad. La acción de tutela resulta procedente cuando no existen otros mecanismos de defensa judicial disponibles, cuando los mecanismos disponibles no resultan eficaces para el caso concreto o cuando aun siéndolo, se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y se usa como mecanismo transitorio. (negrilla fuera del texto)»

El requisito de subsidiariedad desarrollado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-375 de 2008 con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz, de la siguiente forma:

*«En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. **Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:***

(...)

Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto, para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal, y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva (...)» (negrilla fuera del texto)

La coyuntura política, social y económica en la que se encuentra Venezuela ha generado una migración masiva de personas al territorio colombiano en busca de mejores alternativas de vida. Esto ha exigido por parte de las instituciones estatales, la formulación de una política de atención integral a favor de esta población, las cuales fueron señaladas por el Ministerio de Relaciones Exteriores en su respuesta.

Así, actualmente se encuentra vigente la Resolución Número 2223 de 16 de septiembre de 2020, mediante la cual se reanuda la prestación del servicio y los términos en los procesos y procedimientos adelantados por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, que señala:



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

«Artículo 1. Reactivación Gradual de Algunos Trámites y Servicios.

Reactivar de forma gradual y a partir del 21 de septiembre de 2020, las solicitudes de trámites y servicios que inician por canales presenciales o que iniciando por cualquier medio electrónico requieren de la presencia del ciudadano nacional o extranjero en las instalaciones de Migración Colombia a nivel nacional.

Parágrafo Primero. Trámites y Servicios Reactivados. Para efectos de lo anterior, se reactivan los siguientes trámites y Servicios:

- 1. Expedición de la Cédula de Extranjería y su duplicado;*
- 2. Registro de Extranjero tanto para menores y mayores de edad;*
- 3. Certificados de Movimientos Migratorios;*
- 4. Certificado de Movimientos Migratorios y Nacionalidad;*
- 5. Salvoconducto SC-1 y SC-2.*
- 6. Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (PEP-FF).*
- 7. Permisos Temporales de Permanencia (PTP) para prórrogas de estadía en el territorio nacional y para cambio de categoría.*

Parágrafo Segundo. El ciudadano nacional o extranjero que requiera alguno de los servicios objeto de reactivación, deberá diligenciar el Formulario Único de Trámites (FUT) y adjuntar los documentos y demás requisitos.

Parágrafo Tercero. La fecha de la realización del trámite corresponderá al día en el que Migración Colombia haya otorgado el documento objeto solicitud, ya sea de manera virtual o presencial.

Parágrafo Cuarto. La simple solicitud efectuada en línea no obliga y/o implica que la Entidad avale el otorgamiento si no se reúnen los requisitos para el trámite. En todo caso, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, mantiene la facultad discrecional de otorgar o no lo solicitado por el peticionario si éste no cumple con los requisitos legales migratorios.»

Por tanto, como queda evidenciado, no es correcto afirmar en este caso que se presente vulneración de derechos fundamentales, al no adelantar la accionante los trámites ante Migración Colombia para la legalización de la permanencia en el país de sus dos hijos menores de edad, y en ese orden de ideas no se ampararán los derechos invocados.

Aunado a ello y así como lo indicó la EPS Salud total, para obtener los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud es necesario inscribirse a una EPS, por lo cual debe contar con (i) cedula de extranjería, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda; (ii) pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad de refugiados o asilados; (iii) Pasaporte para menores de siete (7) años; (iv) permiso Especial de Permanencia (PEP) expedido por migración Colombia.



Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pccbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Además, para que la accionante pueda realizar la afiliación de su núcleo familiar debe presentar los respectivos documentos de identificación, así como aquellos que acrediten el parentesco con el cotizante o cabeza de familia. Procedimiento que hasta la fecha la demandante no ha realizado.

Se advierte que la actora indicó en su escrito de tutela que se ha presentado ante Migración Colombia, entre otras entidades para solicitar el Permiso Especial de Permanencia de sus dos hijos, sin embargo, no aportó prueba alguna que así lo demuestre, ni se evidencia retraso o mora en la solución al mismo.

Ahora, podría proceder el estudio a través de esta acción constitucional, siempre y cuando la accionante hubiere argumentado y justificado que la acción que se debe ejercer no es idónea y eficaz; o que siendo idónea ésta no impida la ocurrencia de un perjuicio irremediable, pero ello no fue sustentado ni probado si quiera sumariamente por la accionante. Aunado a ello, tampoco se evidencia que la presente acción se interponga para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En conclusión, la tutela no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecido por la Ley para la defensa de los derechos, ya que con esta no se busca reemplazar los procesos ordinario o especiales, y menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos para controvertir las decisiones que se adopten durante su trámite. Pues en principio los conflictos jurídicos deben ser debatidos por las vías ordinarias, jurisdiccionales y administrativas, y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible la acción de amparo constitucional.

Razones que sirven de sustento para argumentar que la presente acción constitucional resulta improcedente, puesto que, tratándose de un mecanismo subsidiario, sólo resulta viable en la medida en que la afectada no disponga de otro mecanismo de defensa judicial o administrativo, y en este caso, como ya se dijo, la accionante debe legalizar la permanencia en el país de sus dos hijos menores de edad y luego de ello, deberá tramitar sus inscripciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud como beneficiarios.

Por las anteriores consideraciones de orden constitucional, legal, jurisprudencial y fáctico, se declarará la improcedencia de la presente acción constitucional.

Con fundamento en las anotadas argumentaciones, el Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Radicado en primera instancia: 110013104008202000161

Accionante: Annis Carina Suarez Gómez en representación de sus hijos Andrihut Alexander Rodríguez Suarez y Wilfranyer Enrique Molina Suarez

Accionada: EPS Salud Total, Ministerio de Salud y de la Protección Social, Secretaría Distrital de Salud y Ministerio de Relaciones Exteriores.

Juzgado Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá

Carrera 28 A Número 18 A-67. Tel. 4285803. Correo electrónico: j08pcbt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Resuelve

Primero. Declarar Improcedente la acción de tutela instaurada por Annis Carina Suarez Gómez en representación de sus hijos Andrihut Alexander Rodríguez Suarez y Wilfranyer Enrique Molina Suarez.

Segundo. Notificar el presente fallo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Tercero. De no ser impugnado, remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase

Carlos Eduardo Velásquez Rodríguez
Juez

C.I.O.A.

Por las condiciones de salubridad, este documento se publica sin firma, y estará en el sitio web de la Rama Judicial, su original estará a disposición de las partes una vez cesen las condiciones especiales que afectan el territorio nacional.