



Rama Judicial

República de Colombia

Juzgado Once Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué

Ibagué, quince (15) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Acción: TUTELA
Radicación: 73001-33-33-011-2023-00316-00
Accionante: AIDA CONSTANZA FAJARDO, como representante legal de RFP CONSTRUCTORES SAS y ROBINSON ANTONIO BRICEÑO CARRILLO
Accionado: SALUD TOTAL E.P.S.
Asunto: Sentencia de primera instancia

I. LA ACCIÓN

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la solicitud de amparo de los derechos fundamentales incoados, que ha dado origen a instaurar la acción de Tutela de la referencia por la señora AIDA CONSTANZA FAJARDO, como representante legal suplente de la empresa RFP Constructores SAS, con NIT 900.896.331-2, y el señor ROBINSON ANTONIO BRICEÑO CARRILLO, identificado con permiso por protección temporal No. 6.285.828, en contra de SALUD TOTAL E.P.S.; por la presunta vulneración de los derechos fundamentales de este último y de su grupo familiar de petición, a la salud y de los niños y niñas¹.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En el escrito de tutela, los accionantes solicitaron que se amparen los derechos fundamentales cuyo amparo se persigue, así como los demás que se encuentren vulnerados por el despacho, y que se ordene a la entidad accionada que otorgue una respuesta y brinde una solución de fondo y clara a la petición elevada el día 22 de junio de 2023, radicado SIGSC 06222313407, que se active de forma inmediata por parte de Salud Total E.P.S. la afiliación del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo al igual que la de su grupo familiar y que se garantice por la accionada el servicio de salud a estos.

¹ Visto en el anexo No. 3 del expediente en SAMAI.

2. Fundamentos fácticos

Quienes interponen la acción de tutela de la referencia, indicaron que el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo labora desde el año 2020 en la empresa RFP Constructores S.A.S. como conserje, respecto de quien se ha cumplido los parámetros de ley como lo es el pago de salarios y seguridad social.

Refirieron que el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo es de nacionalidad Venezolana, motivo por el cual adelantó los trámites pertinentes para que le fuera otorgado permiso para trabajar, de manera que era un trabajador legalmente reconocido por la empresa RFP Constructores S.A.S. así como también por Migración Colombia, poniendo de presente que, al momento de la vinculación laboral de aquél, el mismo contaba con el permiso especial de permanencia No. 836245622071994, con el cual fue contratado y con el que se le realizó el pago de seguridad social.

Aclararon que, el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo debió renovar su documentación, por directrices de Migración Colombia, por lo que posteriormente se identificó con el permiso por protección temporal No. 6285828 y pusieron de presente que el permiso especial de permanencia contaba con vigencia de dos años, pero que en la Resolución No. 0971 de 2021 fue modificado el tipo y número de documento para quienes tienen la condición de migrantes de Venezuela, determinándose que el permiso por protección temporal sería válido hasta el año 2031.

Se expresó que al señor Robinson Antonio Briceño Carrillo le han sido cancelados de forma cumplida los aportes de seguridad social mediante el aplicativo *aportes en línea*, y que el mismo se afilió desde el año 2020 a Salud Total E.P.S., siendo sus beneficiarios su cónyuge y sus hijos, quienes eran menores de edad, pero que el 02 de junio de 2023, aquél informó ante la empresa en que labora que la primera no fue atendida en cita médica que le había sido programada para ese día, por lo que al comunicarse con asesora de la entidad accionada el día 5 de junio de 2023, se les señaló que desde el 29 de mayo de 2023, el señor Robinson Briceño no estaba activo por no haber actualizado datos de su documento, en tanto que ya no era válido el permiso especial de permanencia, y que al revisarse en el ADRES, éste último figuraba como retirado, pese a que la empresa donde laboraba no había reportado esa novedad.

Destacaron que lo anterior significaba una violación del derecho fundamental a la salud del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo, así como de su familia, encontrándose sin protección en este aspecto, en tanto que no podía considerarse correcto que Salud Total E.P.S. los desafiliara por no haber realizado la actualización de unos datos, de lo cual no se les avisó ni se les solicitó información al respecto, calificando ello como un comportamiento arbitrario y contrario a la Constitución, resaltando que otras administradoras como caja de compensación, de pensiones y ARL lo requirieron para actualizar su documento pero no lo desafiliaron, motivo por el que resultaba necesario reactivar su afiliación.

Expusieron que el día 22 de junio de 2023, fue radicado derecho de petición bajo el número SIGSC 06222313407 ante Salud Total E.P.S. pidiendo la reactivación de la afiliación del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo y de su núcleo familiar, pero que a la fecha no se ha obtenido respuesta de este.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La solicitud de amparo constitucional fue presentada en la Oficina de Reparto de la Administración Judicial de Ibagué el 31 de julio de 2023 y recibida por este juzgado el mismo día.

Por medio de auto calendado del 1º de agosto de 2023², se avocó conocimiento de la solicitud de amparo, ordenándose las notificaciones de rigor y se concedió a la entidad accionada el término de un (1) día para presentar informe detallado, claro y preciso sobre los motivos que originaron el ejercicio de la Acción de Tutela, así como para ejercer su derecho de defensa y contradicción, y se vinculó al agente del Ministerio Público delegado ante este Juzgado para que interviniera si a bien lo tenía.

Igualmente, se requirió a la parte actora RFP Constructores S.A.S., para que en el término de un (1) día, remita el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, así como los documentos que soporten la relación laboral que tiene con el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo y los referentes a los pagos de aportes a seguridad social de este último, especialmente los de salud, junto con el documento relacionado en el acápite de pruebas denominado certificado emitido por aportes en línea y la copia del derecho de petición con Rad. SIGSC 06222313407 del 22 de junio de 2023, elevado ante Salud Total E.P.S. y a la parte actora Robinson Antonio Briceño Carrillo, para que en el término de un (1) día, aporte el permiso por protección temporal de la menor Shantal Alejandra Briceño Brito.

Con posterioridad, en auto proferido el 09 de agosto del presente año³, se reiteró el requerimiento que se había efectuado a la parte accionante en la anterior providencia.

El expediente ingresó al despacho para fallo el 14 de agosto de 2023.

Contestación de la entidad accionada Salud Total E.P.S.⁴

La gerente y administradora principal de la entidad, sucursal de la ciudad de Ibagué, al momento de rendir el informe solicitado por el despacho, expresó, como punto de partida, que el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo figuraba como activo junto con su grupo familiar.

Al referirse sobre la medida cautelar decretada, destacó que el mencionado señor estaba activo con un contrato laboral cuyo empleador era RFP Constructores SAS, el cual tenía como mes de iniciación junio de 2023 y que la

² Visto en el índice No. 4 del expediente en SAMAI.

³ Visto en el índice No. 9 del expediente en SAMAI.

⁴ Visto en el índice No. 6 del expediente en SAMAI.

E.P.S. no podía brindar los servicios del plan de beneficios de salud, por no estar afiliado a esta.

Hizo alusión a la improcedencia de la acción de tutela cuando se daba la carencia de objeto por hecho superado y destacó que en el asunto que ocupaba lo pretendido había sido atendido por la entidad, por lo que no se daba el requisito de tratarse de una protección inmediata y eficaz.

Mencionó cuándo era improcedente la solicitud de amparo de tutela, lo cual no se materializaba en la acción de la referencia, debido a que la E.P.S. no había incurrido en la afectación de los derechos fundamentales de los accionantes, así como tampoco de su familia.

Seguidamente, abordó lo concerniente al derecho a obtener el recobro pronto y efectivo de los servicios que se ordenen y que se no se encuentren incluidos en el plan de beneficios de salud, lo cual puede ser ordenado por el juez de tutela y el que este, aparte de amparar los derechos fundamentales de los usuarios del sistema general de salud, debe verificar que lo que se ordene será cumplido y que se disponga que el Ministerio de Protección Social y la ADRES entreguen los recursos para atender los costos y gastos en que se deba incurrir para cumplir la decisión de tutela.

Finalmente, se pidió que se negara la acción de tutela que ocupa, en tanto que la misma era improcedente.

Intervención del Ministerio Público

No se presentó intervención por parte del funcionario del Ministerio Público delegado ante este Juzgado, dentro de la acción de tutela de la referencia.

CONSIDERACIONES

1. PROBLEMA JURÍDICO

A partir de los antecedentes planteados, corresponde a este Despacho Judicial determinar si ¿Salud Total E.P.S., vulneró los derechos fundamentales del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo y de su grupo familiar de petición de petición, a la salud y de los niños y niñas, al haberlos retirado de la entidad, quedando sin protección en salud, y por no haber dado respuesta a la petición radicada el día 22 de junio de 2023, habiendo lugar a que ordene la activación de su afiliación y que se dé respuesta al derecho de petición mencionado?

2. LA ACCIÓN DE TUTELA

El artículo 86 de la Constitución Política consagra que la acción de tutela es un instrumento procesal específico, preferente y sumario, cuyo objeto es la

protección eficaz, concreta e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales en una determinada situación jurídica cuando éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos consagrados por la ley, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Dicha acción judicial ostenta las siguientes características: es subsidiaria, porque sólo procede si no existe otro mecanismo de defensa judicial idóneo. Es inmediata, debido a que su propósito es otorgar sin dilaciones la protección a la que haya lugar. Es sencilla, porque no exige conocimientos jurídicos para su ejercicio. Es específica, por cuanto se creó como mecanismo especial de protección de los derechos fundamentales. Y es eficaz, debido a que siempre exige del juez un pronunciamiento de fondo. Estas condiciones se concretan en la definición de un trámite preferente y sumario⁵.

3. DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICIÓN

El derecho de petición está consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política como un derecho fundamental y, al mismo tiempo, la Norma Superior dispuso su aplicación inmediata en el artículo 85.

En desarrollo de tal postulado constitucional, se expidió la Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, y en su parte Primera –Título II se consagraron las reglas generales a seguir en cuanto a los derechos de petición que se elevaren ante las autoridades, disposiciones normativas declaradas inexecutable por la H. Corte Constitucional con efectos diferidos hasta 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso de la República, expidiera la Ley Estatutaria correspondiente (sentencia C-818 de 2011).

En consideración a lo anterior, el Legislador expidió la Ley Estatutaria 1755 de 2015⁶, “*Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*”, regulando nuevamente el tema que nos incumbe, estableciendo en el artículo 14 los términos para resolverlas distintas modalidades de peticiones de la siguiente manera:

“Artículo 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva

⁵ Corte Constitucional - Auto 053 del 30 de mayo de 2002 – M.P. Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

⁶ Norma vigente para la fecha de radicación de la solicitud bajo estudio. (Publicada en el Diario Oficial 49559 de junio 30 de 2015).

solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.” Negritillas fuera de texto.

Atendiendo a lo previamente indicado, la H. Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha definido los componentes conceptuales básicos y mínimos del derecho de petición, señalando que dicho derecho fundamental comprende la posibilidad efectiva y cierta de elevar peticiones respetuosas ante los diferentes entes del poder público, facultad que está garantizada por la correlativa obligación impuesta a las autoridades de dar trámite a la solicitud, sin que exista argumento alguno para negar su admisión o iniciar las diligencias para dar la respuesta⁷.

Los anteriores criterios tienen como fundamento los principios de suficiencia, congruencia y efectividad del derecho de petición. Así lo señaló la mentada Corporación:

“Una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario⁸; es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea⁹(artículos 2, 86 y 209 de la C.P.); y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución a lo pedido verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta¹⁰”¹¹.

Corolario de lo enunciado, el Alto Tribunal ha reiterado el sentido y alcance del derecho de petición, así como sus elementos característicos, de esta forma la Sentencia T-1160A de 2001¹² señaló:

“...a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.”

“b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la

⁷ Sentencias T-944 de 199 y T-259 de 2004.

⁸ Sentencias T-1160A/01, T-581/03.

⁹ Sentencia T-220/94.

¹⁰ Sentencia T-669/03.

¹¹ Sentencia T-259 de 2004.

¹² Véase también la sentencia T-880 de 2010.

autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.”

“c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad 2. debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.”

“d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.”

“e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.”

“f. (...)”

g). En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6º del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes”

“h) La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.”

“i) El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta. Sentencias T-294 de 1997 y T-457 de 1994.”⁴

“En la sentencia T-1006 de 2001, la Corte adicionó dos reglas jurisprudenciales más:

“j) “La falta de competencia de la entidad ante quien se plantea no la exonera del deber de responder”;⁵

“k) “Ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.⁶...”

Bajo ese contexto, el destinatario de la petición o, en otras palabras, la autoridad receptora debe:

a-Proferir una respuesta oportuna, dentro de los términos legales establecidos en el ordenamiento jurídico.

b-Resolver de fondo lo solicitado, cuestión que exige a la autoridad referirse de manera completa a los asuntos planteados, excluyendo de plano las respuestas evasivas. Y,

c-Comunicar o notificar prontamente lo decidido al peticionario, independientemente de que la respuesta sea positiva o negativa a sus pretensiones.

La Corte Constitucional ha tratado el tema en múltiples ocasiones, para decir que el núcleo esencial del derecho de petición es la resolución pronta, congruente y oportuna de lo solicitado, porque carecería de sentido dirigirse a

las autoridades si éstas no deciden o, habiendo adoptado la determinación correspondiente, se abstienen de comunicarla al interesado; dicha respuesta ha dicho la Corte, no implica aceptación de lo solicitado.

4. LOS MENORES COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

Al expedirse la Constitución Política de 1991, la Norma Superior otorgó la categoría de sujetos de especial protección por parte del Estado a los menores de edad, motivo por el cual, a través del diverso desarrollo jurisprudencial constitucional que se ha dado, y de la normativa expedida al respecto, así como de lo contenido en el bloque de constitucionalidad, se comenzó a hablar sobre el interés superior de los menores, debiéndose propender en todo momento por la protección y salvaguarda de sus derechos en aras de que garantice el pleno ejercicio y desarrollo de los mismos.

Sobre este asunto, podemos traer a colación lo señalado en la Sentencia T-468 del 2018, que estableció:

“(…)4. La protección especial de la niñez y la promoción del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección constitucional reforzada

4.1. La familia, la sociedad y el Estado están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de protección constitucional

4.1.1. De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3°, Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado[52] y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. En este sentido, el actual Código de la Infancia y la Adolescencia[53] señala que se debe “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” donde “prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”[54]. En ese orden, el principio del interés superior del niño, es un criterio “orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia”[55], además de ser un desarrollo de los presupuestos del Estado Social de Derecho y del principio de solidaridad[56].

4.1.2. Estas disposiciones armonizan con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera que “por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”[57]. Así, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en

la Convención sobre los Derechos del Niño[58]. Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos[59], en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24[60]), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10[61]) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Es importante tener en cuenta que, por remisión expresa del artículo 44 constitucional, el ordenamiento superior colombiano incorpora los derechos de los niños reconocidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado. En igual sentido, el artículo 6° del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia y, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño, hacen parte integrante de dicho Código y orientarán, además, su interpretación y aplicación, debiendo aplicarse siempre la norma más favorable al interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

(...)

4.1.3. Por su parte, la jurisprudencia de esta Corte, al interpretar tales mandatos, ha reconocido que los niños tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les concierna[64]. En este sentido, se han establecido unos criterios jurídicos relevantes a la hora de determinar el interés superior de los niños, en caso de que sus derechos o intereses se encuentren en conflicto con los de sus padres u otras personas que de alguna manera se vean involucradas[65]. Reglas que fueron sintetizadas por la Sentencia T-044 de 2014[66], como se detalla a continuación[67]:

- a. “Deber de garantizar el desarrollo integral del niño o la niña;
- b. Deber de garantizar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de los derechos del niño o la niña;
- c. Deber de proteger al niño o niña de riesgos prohibidos;
- d. Deber de equilibrar los derechos de los niños y los derechos de sus familiares[68], teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños;
- e. Deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño o la niña; y
- f. Deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales.
- g. Deber de evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados[69].” [70]

4.1.4. En conclusión, los niños, niñas y adolescentes no sólo son sujetos de derechos, sino que sus intereses prevalecen en el ordenamiento jurídico. Así, siempre que se protejan las prerrogativas a su favor, tanto las disposiciones

nacionales como las internacionales, deben ser tenidas en cuenta en su integridad, eludiendo la hermenéutica descontextualizada de las normas aisladamente consideradas. Lo que significa que tan solo “cuando las decisiones del estado están siendo acompañadas de principios” es cuando, “el derecho está justificado y se estaría actuando con integridad”. “[71](...)”¹³

5. DEL CASO CONCRETO

La señora Aida Constanza Fajardo, como representante legal suplente de la empresa RFP Constructores SAS, y el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo, interpusieron el presente mecanismo de defensa constitucional por la presunta amenaza y/o vulneración de los derechos fundamentales de éste último y de su grupo familiar de petición, a la salud y de los niños y niñas, con el fin de que la entidad accionada, Salud Total E.P.S, procediera a dar respuesta a la solicitud que presentaron el día 22 de junio de 2023, así como que se ordenara a la referida entidad, por el despacho, que se activara inmediatamente la afiliación del señor Robinson Briceño y de su grupo familiar, quienes son de nacionalidad venezolana, de manera que se les garantice el servicio de salud.

En este orden de ideas, dentro del expediente se encuentran las siguientes pruebas:

- Copia del Permiso Especial de Permanencia de la menor Shantal Alejandra Briceño Brito (folio 17 del documento del índice No. 3 de SAMAI).
- Copia del resultado de la consulta en la página web de la ADRES sobre la afiliación del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo (folios 18 y 19 del documento del índice No. 3 de SAMAI).
- Copia del Permiso por Protección Temporal del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo, de la señora Karla Alejandra Brito Rincones y del menor Robinson Yael Briceño Brito (folios 20 a 25 del documento del índice No. 3 de SAMAI).
- Pantallazo del ADRES (folios 18 y 19 del documento del índice No. 3 de SAMAI).
- Copia del una página del derecho de petición con Rad. SIGSC 06222313407 del 22 de junio de 2023 (folio 27 del documento del índice No. 3 de SAMAI – documento incompleto).

En primer lugar, es pertinente poner de presente que la parte accionante RFP constructores S.A.S., no atendió el requerimiento que fue efectuado por el Juzgado en el auto que avocó conocimiento de la presente acción constitucional, referente a que allegara *el certificado de existencia y representación legal de la sociedad, así como los documentos que soporten la relación laboral que tiene*

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-468 del 07 de septiembre de 2018, M.P. DIANA FAJARDO RIVERA.

con el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo y los referentes a los pagos de aportes a seguridad social de este último, especialmente los de salud, junto con el documento relacionado en el acápite de pruebas denominado certificado emitido por aportes en línea y la copia del derecho de petición con Rad. SIGSC 06222313407 del 22 de junio de 2023, elevado ante Salud Total E.P.S., lo cual fue reiterado mediante auto proferido el 9 de agosto de 2023.

Al respecto, se resalta que el anterior requerimiento fue atendido fuera del término otorgado por el despacho. Sin embargo, revisado el derecho de petición al que se hace mención en el escrito de tutela, se tiene que las peticiones elevadas en este fueron las siguientes:

“PRIMERO. Activar de manera inmediata la afiliación al señor ROBINSON ANTONIO BRICEÑO CARRILLO identificado con el documento y tipo de PEP 836245622071994 junto con todo su núcleo familiar.

SEGUNDO. Responder la queja de forma clara, de fondo y oportuna según lo establece la Ley.

TERCERO. Se nos notifique en debida forma.

CUARTO. En caso de que la respuesta que usted emita sea negativa a nuestras peticiones, señalar las razones de hecho y de derecho que dieron lugar a ello.”

Junto con la respuesta dada por Salud Total E.P.S., se anexó el oficio calendado del 04 de agosto de 2023, Ref: M-PYGA-Fo65. SOLICITUD INFORMACIÓN - AFILIACIÓN SALUD TOTAL EPS S.A.¹⁴, suscrito por la Gerencia de Operaciones Comercial de Salud Total E.P.S.-S S.A., en el que se le informó al actor que en la base de datos de la entidad se encontraba la afiliación de este en el régimen contributivo desde el 27 de enero de 2020, siendo su aportante RFP Constructores S.A.S., con el contrato No. 6285828, de tipo dependiente, con estado vigente, relacionando los usuarios que tenía inscritos en razón de su afiliación, en los siguientes términos:

En relación con el asunto de la referencia, y atendiendo su solicitud, nos permitimos informarle que a la fecha de expedición de la presente comunicación consta en nuestra base de datos que su afiliación al régimen contributivo de Salud Total EPS S.A. se realizó a partir de Enero 27 de 2020. Los usuarios inscritos en su afiliación son:

Nombre	Documento	Tipo	Afiliación	Sem cot	Sem Ant	Parentesco	Estado Afiliación	Fecha de desafiliación EPS	Estado Actual	Discapacidad
BRICENO BRITO SHANTAL ALEJANDRA	841349525052010	PE	Feb-25-2020	53	0	HUJO MENOR DE 18 AÑOS	NO VIGENTE	May-29-2023	Exclusión por falta de documentos	Ninguna
BRICENO BRITO ROBINSON Yael	6126812	PT	Jul-27-2023	0	0	HUJO MENOR DE 18 AÑOS	VIGENTE			Ninguna
BRITO RINCONES KARLA ALEJANDRA	6229479	PT	Feb-20-2020	53	0	COMPANERO(A)	VIGENTE			Ninguna
BRICENO CARRILLO ROBINSON ANTONIO	6285828	PT	Ene-27-2020	53	0	COTIZANTE	VIGENTE			Ninguna

De acuerdo con los registros de la base de datos, su grupo familiar presenta la siguiente relación laboral:

Razón social del aportante	Usuario en contrato	Tipo de contrato	Estado de contrato
GRUPO CONSTRUCTOR RFP SAS	6285828	Dependiente	CERRADO
ODEN S A S	6285828	Dependiente	CERRADO
RFP CONSTRUCTORES SAS	6285828	Dependiente	CERRADO
RFP CONSTRUCTORES SAS	6285828	Dependiente	CERRADO
RFP CONSTRUCTORES SAS	6285828	Dependiente	VIGENTE

Es así como se tiene que el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo, su compañera la señora Karla Alejandra Brito Rincones y su hijo Robinson Yael Briceño Brito tienen su estado de afiliación vigente, a excepción de su hija, la menor Shantal Alejandra Briceño Brito, quien fue desafiliada el día 29 de mayo

¹⁴ Visto a folio 15 del índice No. 6 del expediente en SAMAI.

de 2023, indicándose que su exclusión era por falta de documentos.

Así las cosas, sobre la petición de activación de la afiliación en Salud Total E.P.S. del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo, su compañera la señora Karla Alejandra Brito Rincones y su hijo Robinson Yael Briceño Brito, no hay lugar a acceder a amparo alguno, pues como se avizora en la respuesta dada por la accionada, estos tienen afiliación vigente.

Sin embargo, en cuanto a la afiliación de la menor Shantal Alejandra Briceño Brito, se desconocen los documentos a los que hace alusión Salud Total E.P.S., evidenciando este Juzgado que no se atendió la solicitud de activar su afiliación requerida en el derecho de petición radicado ante la entidad el día 22 de junio de 2023, puesto que la entidad accionada no se refirió a ello en su oficio, ni fue clara la razón por la cual no procedía a ello, no indicando de forma clara qué debía realizar el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo para que se reactivara la afiliación de la menor.

Se precisa que fue allegado dentro de las pruebas del escrito de tutela el permiso especial de permanencia de la mencionada menor, y a pesar de requerirse al señor Robinson Briceño que remitiera la copia del permiso por protección temporal de ésta, no se recibió por Juzgado en el curso del trámite dicho documento, por tanto, solamente se tiene que este se encuentra vencido desde el año 2022, como consecuencia de que, como se lee en este, tenía una vigencia de dos años.

Sobre los permisos especiales de permanencia, el Ministerio de Relaciones Exteriores determinó que estos, de forma general, no serían renovados y que estarían vigentes solo hasta el 28 de febrero de 2023, según lo previsto en el Decreto 216 de 2021, y que en el evento de que quisieran acogerse al Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, debían tramitar el permiso por protección temporal¹⁵.

Es así como se advierte que por la desatención de los requerimientos realizados por este Juzgado relacionados con que se remitiera el permiso por protección temporal de la menor Shantal Alejandra Briceño Brito, solo obra en el expediente copia del permiso especial de permanencia que le fue expedido a esta, el cual ya no tiene vigencia y no es válido en la actualidad, situación que pudo haber llevado que Salud Total E.P.S. la exclusión de su afiliación, desconociéndose con claridad la situación migratoria de aquélla.

No obstante lo anterior, no puede perder de vista este administrador de justicia que están de por medio derechos fundamentales de una menor de edad, quien es considerada como sujeto de especial protección, quien, junto con su familia hace parte de una población vulnerable, y quien cuenta con un interés superior (artículo 8 de la Ley 1098 de 2006), por lo que al ser el derecho fundamental a la salud de la connotación de un derecho humano reconocido por distintos instrumentos de derecho internacional (artículo 25 de la Declaración Universal

¹⁵ Visto en la página web: <https://petro.presidencia.gov.co/prensa/Paginas/Migracion-Colombia-lanza-plan-Aun-estas-a-tiempo-para-finalizar-entrega-del-230228.aspx#:~:text=Se%20debe%20tener%20en%20cuenta,del%20Decreto%20216%20de%202021.>

de los Derechos Humanos, artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” y artículo 24 de la Convención Sobre los del Niño), que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad por ser Colombia Estado parte de distintas organizaciones internacionales como la ONU y la OEA, debe observarse en todo tiempo la prevalencia de sus derechos, no habiendo sido esto considerado por la entidad accionada al excluirla de la prestación del servicio de salud, a lo que se agrega que no obra constancia de que Salud Total E.P.S. hubiera adelantado gestión alguna para informar al padre de la menor sobre documentos que se necesitaba para mantener activa su afiliación.

Adicionalmente, tal como lo consagró la Ley 1098 de 2006, aplicable a todos los niños, niñas y adolescentes, tanto nacionales o extranjeros que se encuentran en el territorio colombiano, en su artículo cuarto, debe garantizarse el acceso a los servicios de salud de estos.

“ARTÍCULO 27. DERECHO A LA SALUD. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.

En relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación.

Incurrirán en multa de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores.

PARÁGRAFO 10. Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes. (...)

El artículo arriba transcrito responde a lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Política, que a su tenor dispone:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Es así como se recuerda lo preceptuado en el artículo 9 de la Ley 1098 de 2006, que consagra:

“ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

Adicionalmente, en la Ley 143 de 1994 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1990.”, se estableció que:

“ARTÍCULO 28. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.”

En atención a esto, en el decreto 216 de 2021, anteriormente señalado, en sus considerandos, determinó:

“Que en materia de salud, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 49 de la Constitución Política (modificada por el Acto Legislativo 002 de 2009) y los artículos 168 de la Ley 100 de 1993, 67 de la Ley 715 de 2001, 20 de la Ley 1122 de 2007 y 14 de la Ley 1751 de 2015, la atención de urgencias debe ser prestada a toda persona nacional o extranjera, sin ninguna exigencia ni discriminación.

(...)

Que en concordancia con lo anterior y en materia de migración laboral, fue promulgada la Ley 146 de 1994 “Por medio de la cual se aprueba la “Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares”, la cual define como trabajador migratorio a toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional.

Que la citada ley establece en su artículo 28 que los trabajadores migratorios y sus familiares tienen derecho a recibir atención médica urgente para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud, en condiciones de igualdad, y que este servicio no podrá negarse por motivos de irregularidad de su situación de permanencia o laboral.”

Es, por tanto, que, frente al derecho a la salud, es deber garantizar a la menor Shantal Briceño la atención médica de urgencias, e inclusive, una atención integral en los casos en que sea requerido en virtud de sus padecimientos, puesto que su

padre, como fue acreditó, es un trabajador migratorio quien cuenta con un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa RFP Constructores S.A.S., desde el 13 de enero de 2022, a quien su empleador le ha efectuado los aportes a seguridad social, afiliado al régimen contributivo y quien cuenta con permiso por protección temporal, a lo que se suma que dicha atención deberá ser brindada aunque la menor se encuentre eventualmente en una situación migratoria de tipo irregular, tal como la ha advertido la Corte Constitucional:

“(…) 5. Acceso a los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud colombiano para los niños, niñas y adolescentes migrantes en condición irregular. Reiteración jurisprudencial

Sustento normativo y jurisprudencial

5.1. Los extranjeros tienen una serie de derechos y obligaciones que se establecen tanto en la Constitución Política como en los distintos instrumentos internacionales. Estos contemplan disposiciones orientadas a garantizar, sin discriminación alguna, el goce efectivo de sus libertades y la posibilidad de acceso a diferentes oportunidades. Todo ello, bajo el absoluto apego a los parámetros que la ley interna establezca para tales efectos[66].

5.2. Como punto de partida, el artículo 4° de la Constitución impone a los extranjeros que se encuentren en territorio nacional un deber de sometimiento a la “Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Más adelante, el artículo 13 superior, al hacer alusión al derecho a la igualdad, indica 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”.

5.3. El artículo 100 superior complementa el anterior mandato, estableciendo que los extranjeros “disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos”. Y que estos “gozarán, en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley”. La sentencia T-390 de 2020 citando la sentencia SU-677 de 2017 estableció que “El reconocimiento de derechos a los extranjeros, genera la obligación de cumplir todos los deberes que les sean exigibles en dicha calidad”.

5.4. Como se mencionó en la sección 4.6, el artículo 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, junto con el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, prevén el principio de igualdad de todas las personas ante la ley. Esta Corte ha reconocido la titularidad en cabeza de los extranjeros de iguales derechos y garantías reconocidas a los colombianos, salvo las excepciones y limitaciones establecidas en la Constitución y la ley. Una de esas excepciones precisamente es la política migratoria que de manera discrecional define el Estado en virtud de su poder de soberanía[67].

(…)

5.6. Con todo lo expuesto, no se puede perder de vista que se trata del acceso al derecho a salud de menores de edad que se encuentran en situación migratoria irregular; y si bien en algún momento pasado la jurisprudencia trató a la salud acorde a su ubicación en el texto constitucional, como un derecho económico,

social y cultural (DESC), hoy en día dicha discusión debe considerarse superada, al no quedar duda de la fundamentalidad del derecho a la salud. Frente a este aspecto, la sentencia T-210 de 2018[69], de manera acertada señaló:

“De acuerdo con el derecho internacional, los Estados deben garantizar a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, no solo la atención de urgencias con perspectiva de derechos humanos, sino la atención en salud preventiva con un enérgico enfoque de salud pública”.

5.7. A partir de las anteriores premisas, cabe destacar que el derecho a la salud de los migrantes, aún en condición irregular, idealmente debe progresar para ir mucho más allá de la simple atención de urgencia y comprender toda la atención integral en salud. Así lo reafirma la sentencia en cita cuando dice:

“Sobre el contenido mínimo esencial del derecho a la salud de los migrantes, se ha establecido con fundamento en el principio de no discriminación, que (i) el derecho a la salud debe comprender la atención integral en salud en condiciones de igualdad e ir mucho más allá de la urgencia. Por eso, de contar con estándares más bajos, (ii) pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la “obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas; especialmente y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atentan contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud”.

5.8. En consecuencia, es deber del legislador, como órgano de representación popular, “atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales”[70], en el marco de sus facultades de configuración normativa y en cumplimiento de los tratados internacionales sobre DESC que incorporan un mandato de progresividad, adoptar las medidas que resulten pertinentes para extender la cobertura del sistema de protección social hacia la población migrante, eliminando toda barrera discriminatoria y/o que suponga una carga constitucionalmente inadmisibles[71].

(...)

De la prestación de servicios en salud a niños, niñas y adolescentes en condición migratoria irregular, diferente a la atención inicial de urgencia.

5.15. El artículo 2.1.3.5. del Decreto 780 de 2016 “Único Reglamentario del sector salud” contempla como requisito de afiliación para menores de tres meses a siete años, el registro civil de nacimiento. Pero si se trata de un extranjero, el documento requerido podrá ser el pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda. Así pues, la afiliación al SGSSS, conforme los artículos 2.1.3.1., 2.1.3.2. y 2.1.3.4. del Decreto 780 de 2016, es “un acto que se realiza por una sola vez, por medio del cual se adquieren los derechos y obligaciones que del mismo se derivan, mediante la suscripción del formulario físico o electrónico que adopte el Ministerio”. Ahora bien, son varias las alternativas que nuestra legislación ha dado a aquel sector específico de los migrantes del vecino país, como la de la Resolución 5797 de 2017 que creó el Permiso especial de Permanencia, PEP, alternativa a la que accederán únicamente los extranjeros que ingresen de manera regular, por un punto de control migratorio. En su momento esta Corporación afirmó que “los migrantes irregulares que busquen recibir atención médica integral

adicional, en cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por el orden jurídico interno, deben atender la normatividad vigente de afiliación al SGSSS, tal como ocurre con los ciudadanos nacionales”[80].

5.16. Adicionalmente, mediante los Decretos 542 y 1288 de 2018, por los cuales se creó y modificó, respectivamente, el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, RAMV[81], el PEP fue definido como un documento de identificación válido para los venezolanos en territorio colombiano, permitiéndoles permanecer temporalmente en condiciones de normalidad migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes[82]. La oferta institucional en salud del referido decreto adicionalmente estableció que los venezolanos inscritos en el RAMV tienen derecho a ser atendidos por urgencias, programas de vacunación y control prenatal, entre otros[83].

5.17. En el sentir de la Corte, el Decreto 1288 de 2018 “es una medida para regular la situación de los migrantes que están de forma ilegal en el país. Con ello, se pretende que los ciudadanos venezolanos al registrarse gratuitamente en el RAMV puedan afiliarse a la seguridad social y recibir una atención integral en salud. Quien no regularice, no podrá acceder al servicio integral de salud, limitando la atención únicamente a la unidad de urgencias de las entidades prestadoras de salud”[84]. Así pues, para los extranjeros de paso y/o que no han regularizado su situación migratoria dentro del país, el SGSSS no prevé una cobertura especial que se extienda más allá de la “atención de urgencias”. Ello significa que, en principio, para acceder a un servicio integral en salud se requiere que, previamente, los migrantes venezolanos se presenten ante la autoridad migratoria a fin de obtener un documento válido de identificación que les permita su afiliación al sistema[85].

Recategorización jurisprudencial relacionada con la atención en salud de la población venezolana en situación migratoria irregular con énfasis en los menores de edad

5.18. La sentencia T-452 de 2019 menciona una línea jurisprudencial que inicia con la sentencia T-314 de 2016[86] y continua con la sentencia SU-677 de 2017[87], en tratándose de casos en los cuales los accionantes, extranjeros en situación irregular, han solicitado atención médica de algún tipo más allá del servicio de urgencias, en donde se les insiste en el deber que les asiste de normalizar su condición migratoria, a fin de tramitar la afiliación al SGSSS y así, tener pleno acceso al Plan de Beneficios en Salud (PBS) para tratar íntegramente una enfermedad específica. Recalca esta jurisprudencia que el proceso de afiliación tiene una serie de requisitos, sin que exista trato discriminatorio alguno, para nacionales y para extranjeros.

5.18.1. De la línea jurisprudencial en comento, la Corte inicialmente conoció casos donde no habían menores de edad y de situación migratoria diferente a la venezolana, como el de la sentencia T-314 de 2016, en que se analizó el caso de un extranjero con diabetes que procedía de Argentina, que después de practicársele una cirugía de urgencias en el brazo y la pierna derecha a causa de su enfermedad solicitó la autorización de terapias integrales y la entrega de medicamentos, los cuales fueron negados por el Fondo Financiero Distrital de Salud y la Secretaría de Planeación Distrital de Bogotá porque no se encontraba afiliado al SGSSS; en esa ocasión se negó el amparo pues el accionante podía regularizar su situación migratoria a través de varios mecanismos y no lo había hecho.

5.18.2. Por otro lado, la sentencia SU-677 de 2017 analizó el caso de una migrante venezolana en estado de embarazo, a quien le negaron los controles prenatales y la asistencia al parto por no encontrarse afiliada al Sistema de Salud, ello por estar en situación irregular. En dicho fallo se concluyó que el embarazo no era una urgencia, pero sí requería atención de urgencias, porque su salud se encontraba en un alto riesgo por las afecciones físicas y psicológicas derivadas de su estado y de un proceso de migración masiva irregular. En esa oportunidad, la Corte unificó las reglas sobre la materia al establecer:

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

Así mismo, precisó que si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el país, “tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación”. En este caso la Corte declaró la carencia actual de objeto por hecho superado debido a que comprobó que las entidades accionadas suministraron los controles prenatales y atendieron el parto de la accionante[88].

5.18.3. La sentencia T-705 de 2017 conoció el primer caso de un menor de edad venezolano en condición irregular, diagnosticado con un Linfoma de Hodgkin[89], que cruzó la frontera junto a sus padres, con el único fin de recibir atención por el servicio de urgencias en una ciudad fronteriza, pues en su país no se garantizaba su salud. En esa ocasión, la decisión de primera instancia había concedido de manera transitoria la tutela, garantizándole todo el tratamiento; sin embargo, la Sala de Revisión revocó para amparar parcialmente el derecho, en parte porque los servicios de alojamiento, transporte y alimentación de la madre, no hacían parte de esa ‘atención inicial de urgencias’.

5.18.4. En la sentencia T-210 de 2018, la Corte estudió dos casos acumulados de migrantes venezolanos, en permanencia irregular en Colombia, quienes pedían acceso al sistema de salud. En el segundo de ellos, se analizó el caso de un niño venezolano, que tenía una hernia inguinal y una hernia umbilical, por lo que requería de valoración y atención por cirugía pediátrica. En el fallo citado, la Corte sostuvo que “la ‘atención de urgencias’ puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida”. En consecuencia, la Corte accedió al amparo solicitado porque la atención mínima a la que tienen derecho los migrantes regularizados o no va más allá de preservar los signos vitales y puede cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de quimioterapias o cirugías, siempre y cuando se demuestre la urgencia de las mismas.

5.18.5. La sentencia T-348 de 2018 estudió el caso de un adulto venezolano con permanencia irregular en territorio nacional, quien solicitaba la entrega de

medicamentos antirretrovirales para tratar su VIH. La Corte le negó el amparo deprecado, por no cumplir con las reglas trazadas; pues la entrega de medicamentos excede la atención inicial en urgencias a que tienen derecho los extranjeros. No obstante, recordó que el concepto de urgencias puede llegar a incluir en casos especiales procedimientos o intervenciones médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente[90].

5.18.6. También se encuentra la sentencia T-197 de 2019, en donde la Corporación amparó los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud de un venezolano, porque la secretaría de salud municipal y la respectiva secretaría de salud departamental no brindaron la atención médica para tratar su cáncer. En este caso se reiteraron las reglas jurisprudenciales ya descritas y se destacó que sin perjuicio de la atención urgente, los migrantes irregulares -que busquen recibir atención médica integral adicional-, en cumplimiento de los deberes y obligaciones impuestos por la Constitución y la ley, deben atender la normativa vigente de afiliación al sistema de salud como ocurre con los ciudadanos nacionales, para lo cual es necesaria la regularización inmediata de la situación migratoria.

5.19. De esta línea jurisprudencial, no cabe duda que la protección dada por la Corte se otorga en virtud del concepto de persona y de la definición de atención inicial de urgencias y todo lo que se derive de esta; como por ejemplo en el caso del niño de dos años con la hernia inguinal escrotal gigante, a quien se le autorizó la cirugía por urgencia vital[91].

5.20. Ahora bien, la sentencia T-705 de 2017 (ver supra 5.18.3) es la que inicia una sublínea para el caso de menores de edad en condición migratoria irregular, donde es indudable la conceptualización del derecho a la salud, en razón al principio de solidaridad en el marco de la crisis humanitaria por la masiva migración de ciudadanos venezolanos a territorio colombiano, incluyendo por primera vez el análisis de la prevalencia del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, siendo prioridad absoluta la participación solidaria de las entidades y la sociedad[92].

5.21. En este repaso jurisprudencial, se presentan otros casos en los que, que por efecto de la acumulación de expedientes, a pesar de la unidad de materia, no pueden ubicarse dentro de una categoría específica, porque estudia indistintamente casos de menores con adultos; como por ejemplo en las sentencias T-210 de 2018 (ver supra 5.18.4) y T-452 de 2019. Esta última analizó bajo las mismas reglas jurisprudenciales cuatro casos, uno de ellos que involucró a un menor de edad de 12 años en situación irregular, al que se le diagnosticó un tumor de comportamiento incierto o desconocido del labio, de la cavidad bucal y de la faringe, que requería la práctica de un TAC de senos paranasales, con el fin de determinar la conducta a seguir. En esa oportunidad, la Corte declaró la carencia actual del objeto al constatar que el tratamiento se venía brindado en cumplimiento de otro fallo de tutela; de todas formas, se advirtió que una adecuada atención de urgencias supone, en algunas situaciones concretas, emplear “(...) todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender sus necesidades básicas”[93].

5.22. En conclusión, tal como se sostuvo en la sentencia T-021 de 2021 que reitero el fallo T-390 de 2020, para el caso de los adultos migrantes en situación irregular que tienen la intención de hacer uso de los servicios en salud en territorio nacional, las reglas de contenido normativo aplicables son una carga constitucionalmente admisible y razonable a la luz de su calidad de migrantes. No obstante, en el caso

de los menores de edad extranjeros irregulares que padecen una enfermedad que requiere un tratamiento, dicha carga resulta desproporcional, no solo por su condición de menores, sino también por el estado de vulnerabilidad en que se encuentran a causa de: (i) su patología y (ii) haber salido repentinamente de su lugar de origen. Al respecto, recuerda la Sala que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional y que la garantía de sus derechos es prevalente, máxime cuando, por sus condiciones físicas o mentales, se hallan en situación de debilidad manifiesta[94].

5.23. Por ende, a partir de la sentencia T-178 de 2019[95], que conoció el caso de un bebe de algunos meses, al que se le negó la afiliación debido a que sus padres se encontraban en situación migratoria irregular, se afirmó que no es imputable a los menores extranjeros su condición de “irregular” en el territorio colombiano y que, como consecuencia de ello, carezcan del correspondiente permiso que exige la ley para ser afiliados al SGSSS. En otras palabras, no es dable endilgar algún tipo de responsabilidad a los niños, niñas y adolescentes por la situación que provocaron sus padres o representantes legales, que por la falta de diligencia o cuidado no gestionaron oportunamente los trámites administrativos de regularización de su condición migratoria y la de sus hijos. Situación que no puede traer como consecuencia el menoscabo de los derechos a la vida, la salud, la integridad física y la dignidad humana de los menores. Pues, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Corte, en tratándose de niños, niñas y adolescentes, resulta inadmisibles culparlos por los efectos adversos derivados de una mala gestión en la defensa de sus derechos[96].

5.24. Finalmente, la jurisprudencia ha sido consciente de situaciones “límite” y “excepcionales” que han permitido avanzar en una línea de protección que admita una cobertura médica que sobrepase la atención de urgencias para el caso de los extranjeros en situación de irregularidad que padecen de enfermedades graves. Y para el caso de niños, niñas y adolescentes extranjeros no regularizados, que se ven menoscabados en su salud física y mental, no es deber de los menores asumir una carga pública que, por razones de su edad y su condición de vulnerabilidad derivada de su afección, le es atribuible a sus representantes legales, sin que la falta de diligencia de estos últimos, en lo que se refiere a la legalización de su estado migratorio, pueda proyectarse negativamente en el goce efectivo de los derechos fundamentales de sus hijos[97]. (...)”¹⁶

Con motivo de lo anterior, se amparará el derecho fundamental a la salud de la menor Shantal Alejandra Briceño Brito, como sujeto de especial protección por el Estado colombiano, y el derecho fundamental de petición del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo, en el sentido de que la entidad accionada Salud Total E.P.S., deberá informarle de forma precisa al señor Robinson Antonio Briceño Carrillo los documentos que requiere la entidad para reactivar la afiliación de la primera, para que, una vez se cuente con ellos, proceda en este sentido, si hay lugar a ello, precisándose que deberá brindársele a la menor la atención de urgencias que requiere o la atención integral que necesite en razón a padecimientos que tenga, hasta que su padre allegue los documentos ante Salud E.P.S. que sean indispensables para activar la afiliación de esta.

En mérito de lo expuesto, el Juez Once Administrativo del Circuito de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-090 del 14 de abril de 2021, M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR el derecho fundamental a la salud de la menor Shantal Alejandra Briceño Brito, como sujeto de especial protección por el Estado colombiano, y el derecho fundamental de petición del señor Robinson Antonio Briceño Carrillo, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Presidente de la E.P.S. Salud Total, o quien haga sus veces, que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la presente providencia, proceda dar una respuesta, de fondo, clara, precisa y debidamente notificada al señor Robinson Antonio Briceño Carrillo a la petición que elevó el 22 de junio del año en curso, en donde se le informe de forma precisa los documentos que requiere la entidad para reactivar la afiliación de la menor Shantal Alejandra Briceño Brito, para que, una vez se cuente con ellos, efectúe la afiliación correspondiente.

Si para otorgarse la anterior respuesta por parte de Salud Total E.P.S. se necesita que el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo adelante algún trámite migratorio o es necesario que allegue algún documento, la entidad deberá resolver de fondo la solicitud en un término de los tres (3) días siguientes a que el señor Robinson Antonio Briceño Carrillo allegue toda la documentación y/o efectúe tales trámites.

TERCERO: ORDENAR al Presidente de la E.P.S. Salud Total, o quien haga sus veces, que, mientras se materializa la anterior orden, se garantice y brinde a la menor Shantal Alejandra Briceño Brito, la atención de urgencias que llegue a requerir o la atención integral que necesite en razón a padecimientos que tenga, puesto que es esta en la cual estaba afiliada y a la que la empresa empleadora de su padre le realiza las cotizaciones de salud.

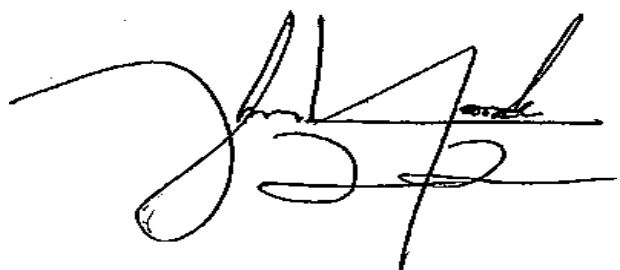
CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en precedencia.

QUINTO: EXHORTAR al señor Robinson Antonio Briceño Carrillo a que, una vez la entidad accionada cumpla la orden dada en el inciso primero del numeral segundo de la parte resolutive de esta providencia, atienda el requerimiento que le sea efectuado por Salud Total E.P.S.

SEXTO: Dese cumplimiento a esta sentencia en los términos del artículo 27 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO: Si este fallo no es objeto de impugnación, envíese el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, Notifíquese a los interesados conforme al procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y Cúmplase.

A stylized, handwritten signature in black ink, featuring a large, sweeping initial 'J' and 'A' followed by 'L. A. F.' and a horizontal line.

JOHN LIBARDO ANDRADE FLÓREZ
Juez