El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto : Sentencia de tutela – Segundo grado

Accionante (s) : Jacobo Morales Aguilera

Accionada : Alcaldía de Dosquebradas y otros

Radicación : 66170-31-10-001-2022-00040-01

Despacho de origen : Juzgado de Familia de Dosquebradas

Magistrado Ponente : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta número : 120 de 25-03-2022

**TEMAS: DERECHO A LA SALUD / CARÁCTER FUNDAMENTAL / PRINCIPIOS QUE LO RIGEN / ACCESIBILIDAD, UNIVERSALIDAD, CONTINUIDAD / EXTRANJERO IRREGULAR / DEBE FORMALIZAR SU RESIDENCIA EN EL PAÍS Y AFILIARSE A UNA EPS, SALVO PARA URGENCIAS / EXCEPCIONES / NO SE CUMPEN EN ESTE CASO.**

Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de asegurar a todas las personas “(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (…)”. La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad.

Así entiende el legislador con la Ley 1751, regulatoria de este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de accesibilidad, universalidad, equidad, continuidad y oportunidad…

En tratándose del servicio de salud para extranjeros, la CC en reiterada jurisprudencia (2021) explica que es obligatoria su afiliación al sistema de seguridad social y su acceso está condicionado a la acreditación previa de un documento de identidad válido, pues, es requisito que incluso se exige a los nacionales…

Sin perjuicio de lo expuesto, se advierte que todos los extranjeros irregulares tienen acceso al servicio de urgencias, según el artículo 10º, Ley 1751, D.780/2016, D.866/2017 y Resolución 5269/2017…

En síntesis, para acceder al servicio general de salud, es necesario que los extranjeros regularicen su residencia y se afilien al sistema en cualquiera de sus regímenes; en su defecto, solo podrán acceder al servicio de urgencias, salvo que padezcan enfermedades catastróficas, esté en riesgo su vida e integridad, o medie concepto médico…; o, cuando el paciente sea un menor de edad…



REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0076-2022**

**Veinticinco (25) de marzo de dos mil veintidós (2022).**

1. **El asunto a decidir**

La impugnación en el trámite reseñado, luego de finiquitada la primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Se explica que el actor es un inmigrante venezolano, sin permiso de permanencia en el país, con pérdida de la visión del ojo izquierdo y padece *“catarata encapsulada”* en el ojo derecho.

El optómetra ordenó gafas para mejorar su visibilidad y recomendó que fuera examinado por especialista en oftalmología; y, debido a la falta de recursos, acudió a la ESE Hospital Santa Mónica, que negó el servicio por no ser una urgencia vital y faltar afiliación al sistema de salud.

Se agrega que ningún centro médico brinda la asistencia por consulta externa porque no tiene los permisos necesarios para afiliarse al régimen subsidiado, pese a que requiere el servicio para evitar la pérdida total de la vista (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **Los derechos invocados y su protección**

La salud, la vida y la dignidad humana. Solicita ordenar a las autoridades accionadas: **(i)** Autorizar consulta externa con especialista en oftalmología; y, **(ii)** Brindar el tratamiento integral (Cuaderno No.1, pdf No.02).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

El 03-02-2022 se admitió la acción (Cuaderno No.1, pdf No.03); el 14-02-2022 se falló (Ibidem, pdf No.10); y, el 23-02-2022 se concedió la impugnación (Ibidem, carpeta *“IMPUGNACIÓN”,* pdf No.02). Esta Sala con auto del 02-03-2022 decretó pruebas de oficio y el actor respondió el cuestionario (Carpeta No.2, pdf Nos.06 y 09 a 15).

La sentencia fue estimatoria y ordenó a la Secretaría de Salud Departamental de Risaralda, autorizar la consulta con especialista en oftalmología y brindar el tratamiento integral. Razonó que la condición de persona de especial protección y la situación actual de los migrantes venezolanos, impone a las autoridades, en aplicación de los principios de solidaridad y universalidad, garantizar el servicio de salud más allá del servicio inicial de urgencias (Cuaderno No.1, pdf No.10).

Impugnó la dependencia departamental y pidió imponer la orden al Ministerio de Salud para que pague la asistencia en salud con los recursos de la subcuenta ECAT y a la Secretaría de Salud Municipal para que afilie al SISBEN al actor y asigne una EPS, habida cuenta de que el juez dispuso brindar un servicio diferente al de urgencias que debe garantizar a los extranjeros irregulares, conforme al D.866/2017 (Ibidem, pdf No.13).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional*.* La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver. ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Juzgado de Familia de Dosquebradas, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa. Por activa, el actor porque solicitó a la ESE Hospital Santa Mónica de Dosquebradas brindar el servicio de salud (Cuaderno No.2, pdf No.09). En el extremo pasivo, la **(i)** ESE referida porque negó la asistencia (Cuaderno No.2, pdf No.09) y las **(ii)** Secretarías de Salud Municipal de Dosquebradas y Departamental de Risaralda porque les compete garantizar el servicio de salud de extranjeros que no estén afiliados al sistema (Ley 715 y D.866/2017).

Distinto es frente al **(iii)** Ministerio de Salud y Protección Social, **(iv)** el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y **(v) la** Unidad Administrativa Especial deMigración Colombia, habida cuenta de que no están en la obligación de brindar la asistencia requerida. Se adicionará la sentencia para declararlo improcedente su contra, por faltar legitimación.

* + 1. La inmediatez*.* El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como mecanismo protector e inmediato de los derechos fundamentales de toda persona, siempre que sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular.

Este requisito: *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-2). Aquello porque: *“(…) el transcurso de un lapso importante entre la presunta violación de derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela «es indicativo de la menor gravedad de la vulneración alegada o de la poca importancia que tendría el perjuicio que ella causa (…)”* (2021)[[2]](#footnote-3). Criterio reiterado por la CC (2022)[[3]](#footnote-4).

Se satisface, pues la acción se formuló (02-02-2022) (Ib., pdf No.01) dos (2) meses después de que la ESE Hospital Santa Mónica de Dosquebradas negara la prestación del servicio de salud (diciembre de 2021) (Cuaderno No.2, pdf No.09, folio 3), es decir, dentro del plazo general de los seis (6) meses, fijado por la doctrina constitucional[[4]](#footnote-5), como razonable.

* + 1. La subsidiariedad. Procede la acción siempre que el afectado carezca de otro instrumento defensivo judicial (2022)[[5]](#footnote-6). Empero, hay dos (2) excepciones que guardan en común la existencia del medio ordinario: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; y **(ii)** La ineficacia de la herramienta regular para salvaguardar los derechos.

En el sub *examine*, la accionante no cuenta con otro mecanismo diferente a esta acción para procurar la defensa de sus derechos. Por consiguiente, superado el test de procedencia, puede examinarse el fondo del asunto.

* 1. El derecho a la salud.Al tenor del artículo 49 de la CP, el Estado tiene la obligación de asegurar a todas las personas *“(…) el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud (…)”.* La CC en su jurisprudencia reconoció su carácter fundamental y señaló que a toda persona se le debe garantizar el acceso efectivo a todos los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad[[6]](#footnote-7).

Así entiende el legislador con la Ley 1751, regulatoria de este derecho fundamental, instituyó su carácter autónomo e irrenunciable y fijó los principios de accesibilidad, universalidad, equidad, continuidad y oportunidad (2022)[[7]](#footnote-8). Por ende, la acción de tutela es el medio judicial idóneo para defenderlo.

En tratándose del servicio de salud para extranjeros, la CC en reiterada jurisprudencia (2021)[[8]](#footnote-9) explica que es obligatoria su afiliación al sistema de seguridad social y su acceso está condicionado a la acreditación previa de un documento de identidad válido[[9]](#footnote-10), pues, es requisito que incluso se exige a los nacionales: *“(…) independientemente de la nacionalidad, se hace necesario agotar una carga dual: (i) identificarse a través de uno de los documentos previstos por ley; y (ii) acreditar el trámite legal para afiliarse al Sistema (…)”*. La identificación y afiliación se reclama a todos los residentes en Colombia, a efectos de que puedan acceder al servicio (2019)[[10]](#footnote-11):

*… si bien se establece la salud como derecho fundamental para la existencia del ser humano en condiciones dignas, no es menos cierto que los ciudadanos venezolanos migrantes que buscan que se les garantice el derecho a la salud de forma plena tienen que cumplir con los prerrequisitos de obtener los documentos que los identifiquen, bien sea, pasaporte, cedula de extranjería, el carné diplomático, el salvoconducto de permanencia o el permiso especial de permanencia -PEP, según corresponda (…)”* (Resaltado extratextual).

Sin perjuicio de lo expuesto, se advierte que todos los extranjeros irregulares tienen acceso al servicio de urgencias, según el artículo 10º, Ley 1751, D.780/2016, D.866/2017 y Resolución 5269/2017. Así razonó la CC (2021)[[11]](#footnote-12): *“(…) que ésta “incluye a toda la población colombiana no asegurada o migrante sin importar su situación de irregularidad, [y] debe prestarse siempre que el médico tratante determine ese estado de necesidad o urgencia” (…)”*; y, extendió su alcance a tres (3) casos excepcionales[[12]](#footnote-13): *“(...) (i) una enfermedad catastrófica; (ii) el riesgo para la vida o integridad del paciente; y (iii) el concepto técnico del médico que justifica la necesidad (…)”*. Con miras a evitar la discriminación y *“(…) bajo el entendido de que, una vez termine la situación de urgencia, los extranjeros deben adquirir un seguro médico o un plan voluntario de salud y cumplir con los requisitos de afiliación al SGSSS (…)”[[13]](#footnote-14)*.

Finalmente, aquellas premisas jurisprudencias no son aplicables cuando se trata de niños, niñas y adolescentes migrantes en condición de irregulares porque, según recientes decisiones de la CC (2021)[[14]](#footnote-15): *“(…) 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* *(…)”*.

En síntesis, para acceder al servicio general de salud, es necesario que los extranjeros regularicen su residencia y se afilien al sistema en cualquiera de sus regímenes; en su defecto, solo podrán acceder al servicio de urgencias, salvo que padezcan enfermedades catastróficas, esté en riesgo su vida e integridad, o medie concepto médico (Se preserva la obligación de afiliación); o, cuando el paciente sea un menor de edad, en este caso no hay restricciones.

1. **El caso concreto analizado**

Se revocará la sentencia opugnada porque es diáfano que ninguna de las autoridades trasgredió los derechos del inmigrante venezolano accionante.

Aun cuando el interesado es una persona de especial protección por avanzada edad (76 años)[[15]](#footnote-16) y es de escasos recursos económicos, según la prueba recolectada en esta sede (Cuaderno No.2, pdf No.09), son circunstancias insuficientes para concluir que deba ser beneficiario del servicio de salud, como quiera que no ha normalizado su residencia en el país, ni gestionado la afiliación en cualquiera de los regímenes existentes. Exigencias mínimas que también deben atender los nacionales (Identificación y afiliación).

Tampoco es del caso que las autoridades provean la atención de urgencia, por la potísima razón de que padece una enfermedad general: *“DISMINUCIÓN DE AGUDEZA VISUAL, HIPERTENSIÓN ARTERIAL”* (Cuaderno No-2, pdf No.13); y, menos que de forma excepcional acceda al servicio, sin restricción alguna, puesto que es un evento que *solo cubre a los menores extranjeros irregulares*.

Está entonces en la obligación de agotar **(i)** los trámites de legalización de su estado migratorio ante la Unidad Administrativa de Migración Colombia, **(ii)** encuesta SISBEN en la Alcaldía de Dosquebradas y **(iii)** afiliación al régimen subsidiado de salud. Ante la Corporación informó que realizó de forma infructuosa tales gestiones, sin pruebas, pese al requerimiento expreso (Cuaderno No.2, pdf Nos.06 y 09). No es una afirmación indefinida eximente de la carga probatoria, puesto que se trata de hechos ubicables en modo, tiempo y lugar.

Así las cosas, imposible razonar que los entes territoriales accionados vulneraron o amenazaron su derecho *iusfundamental*, ya que por la falta de afiliación, inexistencia de los padecimientos específicos reseñados por la CC y ser un adulto extranjero irregular (Ley 1751), no estaban en la obligación de garantizar el servicio de salud deprecado.

Discrepa la Sala del raciocinio de primera sede, fundado parcialmente en la T-090 de 2021 porque en esa decisión la CC, pese a referir los principios de universalidad y solidaridad que deben garantizar los Estados, circunscribió de forma excepcional la prestación del servicio de salud a los menores de edad extranjeros irregulares, en modo alguno lo extendió a personas de la tercera edad: *“(…) 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 (…)”*** (Negrilla fuera del texto)*.*

Nótese además que evitó inmiscuirse en asuntos de estricta competencia del poder legislativo, pues, expuso que (2021) [[16]](#footnote-17): *“(…) es deber del legislador, como órgano de representación popular, “atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales”, 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 inadmisible (…)”* (Resaltado a propósito).

No aplicó la excepción de inconstitucionalidad[[17]](#footnote-18), sugirió al legislador regular la atención en salud de los extranjeros y determinó como excepción la prestación a menores de edad.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil -Familia, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. REVOCAR el fallo proferido el 14-02-2022 por el Juzgado de Familia de Dosquebradas y, en su lugar, NEGAR la tutela propuesta por el señor Jacobo Morales Aguilera contra las Secretarías de Salud Municipal de Dosquebradas y Departamental de Risaralda.
2. ADICIONAR un numeral para DECLARAR improcedente el amparo contra el Ministerio de Salud y Protección Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia, por carecer de legitimación.
3. REMITIR este expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese,

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-2)
2. CC. T-131 de 2021. [↑](#footnote-ref-3)
3. CC. T-005 de 2022. [↑](#footnote-ref-4)
4. CC. SU-037 de 2019 y [SU-499 de 2016](http://www.corteconstitucional.gov.co/sentencias/2016/SU499-16.rtf). [↑](#footnote-ref-5)
5. CC. T-003 de 2022, T-034-2021, [T-053 de 2020](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-053-20.htm), T-422 de 2019, T-359 de 2019, C-132 de 2018, T-015 de 2016, T-162 de 2010 y T-099 de 2008. [↑](#footnote-ref-6)
6. CC. T-405 de 2017, T-081 de 2019, T-117 de 2019 y T-207 de 2020. [↑](#footnote-ref-7)
7. CC. T-013 de 2022. [↑](#footnote-ref-8)
8. CC. T-247 de 2021, T-197 de 2019 y SU-677 de 2017, entre otras. [↑](#footnote-ref-9)
9. (i) el Permiso Especial de Permanencia (Resolución 3015/2017); (ii) la Visa tipo “M” (Resolución 6047/2017); (iii) el pasaporte, la cédula de extranjería, el carné diplomático, el salvoconducto o el pasaporte expedido por la ONU en materia de refugio (D.780/2016); (iv) la carta de nacionalización; y, (v) el Permiso por Protección Temporal (D.216/2021). [↑](#footnote-ref-10)
10. CC. T-452 de 2019. [↑](#footnote-ref-11)
11. CC. T-197 de 2019 y SU-677 de 2017, reiteradas en la T-247 de 2021. [↑](#footnote-ref-12)
12. CC. T-210 de 2018 y T-247 de 2021. [↑](#footnote-ref-13)
13. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-14)
14. CC. T-021 de 2021, reiterada en la T-090 de 2021. [↑](#footnote-ref-15)
15. CC. T-013 de 2020, T-015 de 2019 y T-004 de 2015. [↑](#footnote-ref-16)
16. CC. T-021 de 2021, reiterada en la T-090 de 2021. [↑](#footnote-ref-17)
17. CC. SU-132 de 2013. [↑](#footnote-ref-18)