

Análisis estático de la sentencia T-565 de 2019 de la corte constitucional de Colombia: principio de universalidad del servicio de salud en favor de migrantes en Colombia

Elkin Centeno Cardona ¹

John Fernando Restrepo Tamayo ²

1. Introducción

El servicio de salud para migrantes en Colombia es un asunto jurídico que tiene un alto nivel de complejidad, hecho por el cual, cada vez más se están seleccionando estos casos para ser revisados por la Corte Constitucional. En esta materia, la Sala novena de revisión toma la acción de tutela interpuesta por una madre venezolana que busca el amparo de derechos fundamentales para su hija, menor de edad, que padece enfermedades graves, en cuyo caso la demanda es negada por el *a quo* en sentencia de única instancia. El juez argumentó que identificó incumplimientos de la familia en el tema migratorio, por lo que madre e hija ostentaban una situación irregular de la estadía en el territorio nacional; de tal manera que no era procedente acceder al amparo más allá de la atención médica de urgencia ofrecida, en el entendido de que, los otros servicios médicos como el tratamiento y la rehabilitación ordenada por el médico tratante, se concretarían cuando se cumpliera con los requisitos de la afiliación al sistema general de seguridad social. El fenómeno de la migración ha conllevado a que en los últimos años se masifique de manera significativa el número de familias que buscan refugio en otros países, a los que se llega, muchas veces en condiciones jurídicas irregulares, con el anhelo de acceder a mejores oportunidades de vida. Esta realidad significa en términos generales que la política interna ostenta evidentes expresiones autoritarias y despóticas a lo largo y ancho del orbe.

¹ Profesor de la Institución Universitaria Tecnológico de Antioquía, Abogado, Magister en Derecho Penal, Especialista en Derecho Penal, Especialista en Derecho Administrativo, Medellín – Colombia. Correo electrónico: elkin.centeno@tdea.edu.co

² Profesor de la Universidad de Medellín, Abogado, PhD. En Derecho, Politólogo, Magister Filosofía Política, Medellín – Colombia. Correo electrónico jfrestrepo@udem.edu.co

Sobre este asunto, aparece un tema superlativo, referido a las garantías de los principios constitucionales que se afectan de forma abrupta, en especial los derechos de la niñez, como el derecho a la salud, a la nutrición, al techo, a la educación y al desarrollo psicoemocional. El bien jurídico de la población infantil se pone en eminente riesgo con la gravedad que significa desatender a la generación que, en cuestión de años, serán quienes tendrán la responsabilidad de liderar el desarrollo pleno de la sociedad.

Para los padres de familia, la situación es similar, en el entendido de que como núcleo esencial de la sociedad, la condición de migrantes, refugiados, población flotante en territorios extranjeros bajo la precariedad de condiciones de vida y estado de vulnerabilidad disminuye ostensiblemente la capacidad fáctica de ofrecer a los menores las condiciones para alcanzar una vida digna: mandato máximo del Estado social de derecho.

En consecuencia, la decisión que toman estas personas de marcharse hacia países vecinos en calidad de migrantes, como ciudadanos marginados, en las condiciones más inhumanas y vulnerables, sin ninguna posibilidad concreta y real de conquistar una mejor condición de vida, obliga a las naciones del mundo a preparar al Estado, con toda su organización institucional, para ayudar humanitariamente a quien por diversas circunstancias llega clamando justicia y alivio básico para sus necesidades primarias.

A raíz de esta descripción introductoria, este estudio detalla la ratio decidendi y línea jurídica propuesta por la Corte Constitucional en Sentencia T-565 de 2019³, a partir de la revisión del expediente que configuró la acción de tutela, interpuesta por una madre venezolana que petitionó el amparo de derechos fundamentales para su hija; demanda que tuvo dos definiciones que contraponen diferentes formas de concebir el orden jurídico con base en un único supuesto fáctico.

El diseño metodológico que sigue el presente estudio, parte del reconocimiento y análisis del problema jurídico, construido por la Corte Constitucional de Colombia, mediante la revisión de la acción de tutela. En correspondencia con el problema jurídico, la investigación es de tipo sistemática-crítica y, el enfoque es cualitativo. El método es el hermenéutico, con el cual se busca comprender, a la luz de las máximas constitucionales, los elementos del escrito de la acción de tutela interpuesta por la

³ Corte Constitucional de Colombia (2019), p. 3.

madre venezolana, las contestaciones que allegan al juez de tutela las partes vinculadas, y la argumentación jurídica realizada por la Sala de la Corte Constitucional.

2. Encuadramiento fáctico

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, sentó las bases y el precedente vertical y vinculante en materia de atención en salud para la niñez migrante y refugiados, con el desarrollo jurisprudencial a partir de la Sentencia T-565 de 2019, relacionada con las garantías y protección derechos constitucionales para venezolanos que residen o transitan por Colombia. En este fallo, la alta corporación, parte de una comprensión de derecho constitucional emergente, por el fenómeno migratorio, y hace un avance en la cultura jurídica que debe seguir el operador judicial encaminado a la formulación de providencias que reflejen al derecho vivo, derecho polivalente y amplio en el sentido de la protección de los derechos que le asisten a la niñez, en correspondencia con los retos que se tienen en materia de protección efectiva de los derechos fundamentales. En esta Sentencia la Corte Constitucional interpretó el sentido de las reglas de la acción de tutela para determinar su procedencia en los términos definidos en los artículos 86⁴, inciso 3 y 241 # 9 Superiores, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991⁵. En este análisis, la Corte Constitucional desarrolló el estudio presentando una estructura dualista entre reflexiones jurídicas y compendios legales.

La Corte Constitucional sometió el análisis de viabilidad jurídica⁶ de la procedencia de la acción de tutela al aspecto formal de la solicitud de amparo, que contiene: (i) legitimación en la causa por activa, (ii) legitimación en la causa por pasiva, (iii) inmediatez y, (iv) subsidiaridad. (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2019). El resultado de la valoración de las reglas constitucionales de la acción de tutela condujo a configurar coherencia con la dogmática del recurso jurídico, en el entendido de que la causa por activa encuentra admisibilidad porque la acción de tutela es un medio de defensa de derechos fundamentales que todo sujeto puede formular por sí mismo o por quien actúe a su nombre. No es necesario que el titular de los derechos instaure directamente el amparo, lo puede hacer un tercero que revista el rol de agente oficioso, en los términos consagradorios de la Sentencia SU-677 de

⁴ Asamblea Constituyente de Colombia (1991), p. 15.

⁵ Congreso de la República (1991), pp. 7-8.

⁶ Carrera (2011), pp.72-94.

2017⁷, en virtud del amparo del bien jurídico por excelencia (la vida) frente a la situación de vulnerabilidad⁸.

Según la Corte Constitucional se constató que el extremo demandante de la presente acción de tutela lo conforman dos personas que, por ese solo hecho, son titulares de derechos fundamentales, sin importar que sean de nacionalidad venezolana, lo cual en este caso basta para que mediante el ejercicio de la solicitud de amparo se reclame la protección de los derechos a la salud, a la vida digna y los de los niños, que se consideran lesionados⁹.

En referencia a la legitimación en la causa por pasiva, la Corte Constitucional destacó que por mérito del artículo 5 del Decreto 2591 de 1991¹⁰, la acción de tutela procede contra: (i) toda acción u omisión de las autoridades públicas que vulnere o amenace lesionar cualquier derecho fundamental y, (ii) las acciones u omisiones de los particulares.

En cuanto a la regla de inmediatez, la Corte Constitucional identificó que el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador o constitutivo de la amenaza de algún derecho fundamental y, el día en que se formuló la acción de tutela cumplía con la razonabilidad de solicitud del amparo.

Con respecto al carácter subsidiario de la acción de tutela formulada por extranjeros en condición de vulnerabilidad, se constató que constituye un medio de protección residual y subsidiario, que puede utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa, o existiendo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Respecto al fenómeno jurídico de la *carencia actual de objeto por el acaecimiento de una situación sobreviniente*, la Sala de revisión comprobó que es imposible fáctica y jurídicamente ordenar adelantar las gestiones que materialicen el objeto por el cual se formuló la acción de tutela, en el entendido de que, en sede de revisión la Unidad Administrativa Migración Colombia —UAEMC—, informó que la madre y la niña salieron de territorio colombiano hacia Quito - Ecuador, el 11 de mayo de 2019, por el puesto de Control Migratorio de Rumichaca - Nariño; hecho por el cual no hay lugar a la atención por

⁷ Corte Constitucional de la República de Colombia (2017), pp. 1-3.

⁸ La Corte Constitucional en Sentencia SU677/17, hay que reiterar que de conformidad con lo establecido en el artículo 100 Superior, “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos

⁹ Corte Constitucional de Colombia (2019), p. 13.

¹⁰ Congreso de la República (1991), pp. 1-2.

cuanto no está la persona jurídica que lo requiere. De tal suerte que la Corte Constitucional procedió a revocar el fallo de tutela proferido en única instancia que negó el amparo solicitado, y en su lugar, declaró la carencia actual de objeto.

3. Encuadramiento constitucional

La Sala de revisión de la Corte Constitucional planteó la exégesis para la construcción del problema jurídico, teniendo presente los detalles argumentados en la acción de tutela, las explicaciones legales que ofreció la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud — ADRES—, la Secretaría de Bienestar Social de la Alcaldía Municipal de Cali, la Alcaldía Municipal de Cali, el Hospital Universitario del Valle, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el Ministerio de Salud y Protección Social, el de Relaciones Exteriores y el del Interior, que fueron las instituciones públicas vinculadas en la demanda por parte del juez, y considerando la resolución del fallo de única instancia por el *A quo*, que negó el amparo reclamado, al estimar que no existió vulneración a los derechos fundamentales de la agenciada.

En razón de la complejidad del asunto jurídico, la Sala novena de revisión constitucional optó por reconstruir el problema, partiendo del aspecto endógeno de la acción de tutela, que consistió en la negación a la prestación del tratamiento y continuidad de los procesos de rehabilitación prescritos por el médico tratante para la menor venezolana, cuya decisión fue motivada por el asunto de la permanencia irregular de la familia en Colombia, y su no afiliación a la seguridad social, que a juicio del juez de tutela, imposibilitó dar cumplimiento a la prestación de los servicios adicionales en favor de la menor. Por consiguiente, la Sala formuló el siguiente problema jurídico: ¿La Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca vulneró los derechos fundamentales de la menor venezolana a la salud, a la vida digna y los de los niños, ante la negativa de autorizar y suministrar las consultas de control, seguimiento, terapias integrales y demás servicios e insumos que el médico tratante le ordenó con ocasión de la enfermedad estructural que padece, frente al asunto de la irregular estadía de la familia en el país, que conllevó a no estar afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud?

La Corte Constitucional en Sentencia T-565 de 2019 consideró abordar los asuntos relacionados con: (i) el alcance, contenido y universalidad del derecho fundamental a la salud de los habitantes del territorio nacional y las obligaciones mínimas del Estado constitucional y social de derecho nuestro; (ii) el marco jurídico y jurisprudencial del derecho a la atención de urgencias de los migrantes en

condición irregular y, (iii) el derecho de los niños, menores de un año, que habitan el territorio colombiano a disfrutar del más alto nivel posible de salud.

La Corte Constitucional orientó el énfasis de la *ratio decidendi*, coadyuvada por la intención de mantener incólume la prevalencia, sin discriminación, de los derechos de los niños, lo cual incluye la población infantil que reside en el territorio nacional que ostentan nacionalidad venezolana con o sin los requisitos legales de permanencia, y que además, se encuentran en una clara condición de vulnerabilidad de la cual no son responsables, puesto que han llegado al territorio colombiano por decisión de sus padres, quienes abandonaron la patria materna por razones que incluye el régimen político, falta de garantías constitucionales, incumplimiento del deber de proteger los derechos humanos y el menoscabo de acceso a servicios esenciales como la salud, la alimentación o el alojamiento, entre otros.

Se hace énfasis en que los esfuerzos que hacen diferentes naciones en el mundo para atender a los migrantes deben tener como fin último el amparo y la protección de la niñez y la población más vulnerable ante situaciones calamitosas que amenacen el bien jurídico de la vida. Uno de los factores esenciales para la protección de la población infantil consiste en la materialización del principio de universalidad en el derecho fundamental a la salud, ante las situaciones de contingencias que se presenten para esta población.

En concreto, sobre el alcance, contenido y universalidad del derecho fundamental a la salud de los habitantes del territorio nacional, y las obligaciones mínimas del Estado colombiano en este asunto, la Corte Constitucional verificó que el texto superior¹¹ consagra en los artículos 48 y 49 la seguridad social en salud como un servicio público obligatorio a cargo del Estado, regido bajo los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, cuyo acceso debe ser garantizado, sin excepción, a todas las personas en sus aspectos de promoción, protección y recuperación de la salud.

Afirma categóricamente la Corte Constitucional que el desarrollo de nuestro sistema normativo ha previsto que la seguridad social en salud es, en tanto derecho fundamental, una responsabilidad positiva en los términos de la Sentencia T-210 de 2018¹², por cuanto la vinculación al Sistema General de Seguridad Social en Salud —SGSSS— de los extranjeros está sujeta, en principio, a que los mismos

¹¹ Asamblea Constituyente (1991), p. 8.

¹² Corte Constitucional de Colombia (2018), p. 1.

cumplan con los requisitos legales contemplados en las normas que regulan el trámite de afiliación al SGSSS, de la misma manera en que le corresponde hacerlo a los nacionales.

La Corte Constitucional, en Sentencia T-565 de 2019, hace valer el marco normativo superior al afirmar el sentido dogmático expuesto en el artículo 13 Superior¹³, en el que se expresa de manera inequívoca que la garantía de los derechos fundamentales no está supeditada a la condición normativa que acredite la ciudadanía sino a una expresión fáctica de la condición de ser humano, de ser persona que habita el territorio nacional y, de manera especial, se debe garantizar el derecho a la salud de aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

Esta perspectiva y garantía constitucional del derecho fundamental a la salud se concilia con la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁴, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵ y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁶, fundamentos legales que prescriben la indemnidad para el acceso a la salud en condiciones dignas y prioritarias; de tal forma que la correspondencia con estos enunciados derivados del derecho internacional confirman la coherencia y desarrollo del accionar del poder judicial en atención a la aplicación, validez y uso del Bloque de constitucionalidad (Sentencia C-1068 de 2002).¹⁷

Sobre el marco jurídico y jurisprudencial existente en Colombia del derecho a la atención de urgencias de los migrantes en condición irregular, se tiene además de los preceptos constitucionales del artículo 49, y la regulación prevista en la Ley 715 de 2001 (Ley estatutaria de salud)¹⁸, artículo 43.2.1 que señala que se debe *gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda*.

La Ley 1438 de 2011¹⁹, expresa en el artículo 32 la universalización del aseguramiento, que exige la responsabilidad de la afiliación; el artículo 32.3-1 declara que a quienes ingresen al país, no sean residentes y no estén asegurados, se los incentivará a adquirir un seguro médico o Plan Voluntario de Salud para su atención en el país en caso de ser necesario.

¹³ Asamblea Constituyente de Colombia (1991), p. 4.

¹⁴ Naciones Unidas (1948), pp. 1-4.

¹⁵ Naciones Unidas (1966), pp. 1-13.

¹⁶ Naciones Unidas (1966), pp. 1-7.

¹⁷ Corte Constitucional (2002), p. 5.

¹⁸ Congreso de la República (2001), p. 20.

¹⁹ Congreso de la República (2011), p. 14.

El Decreto 866 de 2017²⁰, con el cual determinó que el Ministerio de Salud y Protección Social debe poner a disposición de las entidades territoriales los recursos excedentes de la Subcuenta del FOSYGA²¹ o quien haga sus veces, para cubrir el pago de las atenciones iniciales de urgencia prestadas a los nacionales de países fronterizos; tales recursos se podrán utilizar siempre y cuando se observen las condiciones que determina la precariedad de quien requiere la atención, y que este servicio sea solicitado en las instituciones de salud estatales.

En cuanto al desarrollo de jurisprudencia, la Corte Constitucional ha tratado algunos temas afines al que se interpreta en este estudio, a través de la Sentencia T-705 de 2017²², se definieron los aspectos prevalentes del derecho a la salud en favor de niños, niñas y adolescentes; en la Sentencia SU-677 de 2017, se definió el acceso a la salud para quienes ocupan una permanencia irregular en el territorio colombiano, detallando el contenido y alcance normativo y, en la Sentencia T- 210 de 2018, se reiteró el precedente jurisdiccional que desarrolla el principio de universalidad del servicio de salud y la cobertura para los residentes en todo el territorio nacional.

Por último, en referencia al derecho de las niñas y niños menores de un año que habitan el territorio colombiano a disfrutar del más alto nivel posible de salud, la Corte Constitucional encontró que, es dable en el bloque de constitucionalidad por la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)²³. Conforme a lo previsto en la Convención, uno de los derechos del niño reconocido y protegido desde el ámbito internacional es el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Condiciona la norma que todo Estado se esforzará en asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Según esa reivindicación del Bloque de constitucionalidad, es deber de Colombia asegurar la plena aplicación de dicho derecho y, particularmente, adoptar las medidas adecuadas para reducir la mortalidad infantil; asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria necesarias en favor de todos los niños y, combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud. Lo anterior implica introducir una propuesta jurídica de vanguardia, que contiene

²⁰ Congreso de la República (2017), pp. 1-3.

²¹ El Fondo de Solidaridad y Garantía —FOSYGA— fue creado por el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 como una cuenta adscrita al Ministerio de Salud

²² Corte Constitucional (2017), pp. 1-2.

²³ Naciones Unidas (1989), pp. 1-14.

los presupuestos dogmáticos del *formalismo jurídico* y *la ética judicial*, en lo que aquí se propone como *derecho constitucional emergente*.

4. Jurisprudencia y derecho constitucional emergente

El derecho constitucional emergente es una cultura jurídica amplia y pragmática que consiste en el desarrollo de dos líneas doctrinales del derecho que han constituido una base significativa desde el punto de vista socio jurídico. Estas dos escuelas son el formalismo jurídico que reposa en las ideas de Kelsen²⁴, y la ética judicial propuesta por Vigo²⁵, que hace una profunda revisión doctrinal a tratadistas constitucionalistas del derecho. Ambas corrientes permiten ubicar al *derecho constitucional emergente* como una escuela jurídica interesada en asuntos complejos de la actualidad, tales como la calidad de vida de los refugiados y migrantes, donde se brindan las orientaciones procesales y de argumentación jurídica necesarias para que el operador judicial, al momento de fallar, se revista de autonomía jurídica y amplíe su interpretación más allá de la norma fáctica, con el objeto de aplicar justicia en la solución a las controversias jurídicas.

Partiendo de las problemáticas posmodernas que atraviesan las naciones, *el derecho constitucional emergente* se caracteriza por tener coherencia e identidad con los fines superiores contenidos en los derechos humanos, y al mismo tiempo, orienta al juez para que resuelva las controversias considerando las ideas innatas de una ética judicial innovadora. Por estas mismas razones, en esta escuela emergente jurídica, se hace alusión al hecho de ver y comprender al derecho como un sujeto vivo, un derecho polivalente y amplio, que permite resignificar la norma para garantizar la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales del niño y de la población vulnerable.

En tal sentido, los elementos sustanciales del *derecho constitucional emergente* son: formalismo jurídico, la ética judicial y el derecho humano constitucional.

En referencia al formalismo jurídico, Kelsen distingue que la norma fundamental cumple el papel de una hipótesis básica, partiendo de que la norma es válida para resolver los problemas jurídicos, esto quiere decir que es el carácter y la facultad de interpretación del Juez que hace que la norma sea viva y amplia. Para Kelsen²⁶, la teoría pura muestra que la hipótesis de la norma fundamental se encuentra en la base de todos los juicios jurídicos, ya se refieran a la competencia de un órgano o a los deberes,

²⁴ Kelsen (2009), p. 19.

²⁵ Vigo (2006), pp. 273-294.

²⁶ Kelsen (2009), p. 112.

responsabilidades y derechos subjetivos de un sujeto de derecho; es decir, que todos los juicios que atribuyen un carácter jurídico a una relación entre individuos solo son posibles con la condición general de suponer la validez de una norma fundamental. Así, la validez que la ciencia jurídica puede atribuir al derecho no es absoluta, sino condicional y relativa.

Dentro de esta comprensión, el formalismo no es sinónimo de los aspectos pragmáticos procesales del derecho, sino que hace referencia a que la hipótesis jurídica es un criterio importante para la resolución de los problemas jurídicos, por lo que aplicar la norma de manera genérica puede conllevar a negar el amparo de los derechos fundamentales, incluso a la población infantil. Bajo esta perspectiva, la Corte Constitucional presenta la *ratio decidendi*, en los siguientes términos:

Para respetar, proteger y hacer efectivo el derecho fundamental a disfrutar del más alto nivel posible de salud que les asiste a todas las niñas y niños menores de un año que habitan y/o transitan irregularmente en Colombia, se debe garantizar de forma gratuita lo siguiente: (i) la atención de urgencias en los términos más amplios fijados en la materia por el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional; (ii) la autorización, suministro y prestación de todos los insumos, exámenes y demás servicios prescritos por el médico tratante para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de su salud física o mental; (iii) la autorización y prestación de todos los servicios sanitarios de calidad que necesiten, incluidos servicios de prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y atención paliativa; (iv) la afiliación a la seguridad social sin barreras u obstáculos desproporcionados e irrazonables y, (v) todo aquello que tienda por alcanzar un nivel de vida apropiado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.²⁷

La *ratio* presentada por la alta corporación, permite inferir que acceder al amparo constitucional de la menor venezolana, que padece problemas graves de salud que comprometen seriamente su vida, no afecta el principio de racionalización del gasto público, en el entendido de que, si bien es cierto que el servicio o el derecho fundamental a la salud requiere de unos procedimientos administrativos por los costos que este genera al Estado, el ordenamiento interno tiene previsto en el marco normativo las formas de disponibilidad financiera para atender tales circunstancias, dentro de la estructura estatutaria de la Ley 715 de 2001, y además, la política de cooperación internacional, tiene en cuenta la carga económica que representa para Colombia la atención de la población migrante o refugiada.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia (2019), p. 2.

En lo que respecta a la ética judicial, Vigo²⁸ señala que, bajo la realidad y perspectivas actuales, es necesario la superación del juridicismo y de la aplicación mecánica de las normas, por eso se reclama un nuevo perfil de juez que no solo atienda al conocimiento y habilidades jurídicas sino también a consideraciones éticas.

Lo señalado por Vigo significa una apertura hacia el reconocimiento de derechos para la niñez que se encuentra en situación de vulnerabilidad que incluye a la población extranjera de países vecinos, más allá de si se cumple o no con aspectos administrativos de los progenitores.

En relación con el derecho humano constitucional, en el *derecho constitucional emergente*, este constituye un conjunto de consignas y criterios jurídicos que están orientados a la salvaguarda de los derechos humanos como una condición inescindible de la regla constitucional prescrita en nuestra Constitución. Esto quiere decir que en virtud del cumplimiento a las exigencias sociales, cuyo rol de la rectoría les corresponde a las ramas del poder (legislativa, judicial y ejecutiva), se tiene la obligación de ampliar las prerrogativas sociales a todas las personas, en función del cumplimiento de los derechos humanos, para lo cual, de manera articulada deben buscarse las alternativas para la creación de nuevos derechos por las vías existentes, y la resignificación de algunos ya creados al rango de *derechos fundamentales* (Restrepo, 2020, p. 69), por las exigencias y necesidades sociales y humanas.

Esta tarea judicial de revisión de los problemas jurídicos actuales mediante el recurso de la acción de tutela se ha convertido en un asunto de constante estudio por parte de la Corte Constitucional, lo que ha conllevado a que algunas sentencias de tutela y de unificación, desarrollen nuevos derechos o redefinan otros al rango de fundamentales. A manera de ilustración podemos citar los siguientes ejemplos: (i) Sentencia T-760 de 2008²⁹: derecho fundamental a la salud; Sentencia T-740 de 2011³⁰: derecho fundamental al agua; Sentencia T-779 de 2011³¹: derecho fundamental a la educación; Sentencia T-057 de 2015³²: derecho fundamental a que sea intentado; Sentencia T-006 de 2020³³: derecho a la nacionalidad para extranjeros que se encuentren en riesgo.

Con todo esto, el *derecho constitucional emergente* obtiene de la teoría del derecho humano constitucional, los presupuestos jurídicos para el cumplimiento de derechos del rango previsto en la

²⁸ Vigo (2006), p. 273.

²⁹ Corte Constitucional (2008), pp. 1-4.

³⁰ Corte Constitucional (2011), pp. 1-2.

³¹ Corte Constitucional (2011), pp. 19-20.

³² Corte Constitucional (2015), pp. 1-5.

³³ Corte Constitucional (2020), pp. 1-2.

declaración de los derechos humanos y al bloque de constitucionalidad, como el debido proceso, la salvaguarda de las libertades y demás derechos que constituyen protección a la niñez, independientemente de la norma aplicable en la resolución del problema jurídico.

Tal como lo manifiesta Díez-Picazo:

Ciertamente, el concreto régimen jurídico y, en especial, los mecanismos de protección de los derechos variarán según cual sea la norma en que estén reconocidos; pero ello no autoriza a olvidar que se trata siempre de derechos tendentes a salvaguardar unos mismos valores que, desde un punto de vista moral y político, se consideran básicos para la convivencia humana³⁴.

Por consiguiente, las tres escuelas anteriormente descritas que fundamentan la naciente teoría del *derecho constitucional emergente*, doctrina que apenas está abriéndose paso en el mundo jurídico, están en coherencia sobre la necesidad de establecer una nueva cultura jurídica, por lo que se busca que el operador jurídico, mediante una comprensión autónoma del ordenamiento jurídico, al momento de tomar sus decisiones en un determinado problema legal, donde la parte reclamante sea menor de edad o población vulnerable, haga posible el goce efectivo de los derechos fundamentales para la población que se encuentra en una situación de riesgo inminente.

5. Conclusiones

Se concluye que la ratio decidendi de la Sala novena de revisión de la Corte Constitucional se ajusta a derecho, derecho constitucional emergente, debido a que por las circunstancias concretas que vivió la menor venezolana y su madre, quienes hacen parte del amplio número de población migrante, refugiada de manera irregular en el territorio colombiano, constituían mérito para el amparo a los derechos fundamentales reclamados.

La Corte Constitucional encontró que la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca vulneró el derecho fundamental de la niña a la salud, porque no se aplicaron los preceptos constitucionales, la Ley de bloque de constitucionalidad, la normativa en materia migratoria, de salud, y la doctrina jurisprudencial que ha desarrollado la Corte Constitucional a la hora de atender este tipo de situaciones complejas. Para la alta corporación, la Secretaría de salud no respetó, ni protegió y tampoco hizo efectivo el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le asiste a la niña menor de un año que habitó y/o transitó irregularmente el territorio colombiano, al no acceder al amparo demandado a través de acción de tutela y no haber garantizado la autorización y suministro

³⁴ Aguilar (2010), p. 26.

de las consultas de control o de seguimiento, terapias integrales y demás servicios e insumos que el galeno tratante le ordenó.

De otra parte, la argumentación que ofrecieron las instituciones vinculadas por el a quo, al correr traslado de la demanda, demuestra la necesidad que existe en el interior del orden jurídico nacional, de adoptar una cultura jurídica en los términos del *derecho constitucional emergente*, de tal manera que se puedan tener en cuenta las consignas y criterios del Derecho migratorio, formalismo jurídico, la ética judicial, para hacer viva la norma, en la perspectiva del establecimiento del derecho desde un marco polivalente y amplio. Para la Corporación no son de recibo las razones por las cuales la Secretaría demandada se negó a autorizar y suministrar lo ordenado en favor de la niña, especialmente, la concerniente a que es una extranjera con permanencia irregular en Colombia, toda vez que, la única condición a partir de la cual se determina la garantía y efectividad del derecho fundamental de las niñas y niños menores de un año al disfrute del más alto nivel posible de salud, es la de ser humano, y no la nacionalidad colombiana, menos la permanencia regular en este país, como equívocamente lo estimó la accionada.

Finalmente, es importante destacar la congruencia jurídica de la Sala de revisión de la Corte Constitucional, al revocar la sentencia adoptada en única instancia por el Juzgado, que negó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela, y en su lugar declaró la carencia actual de objeto, por cuanto la persona al momento de proferirse la Sentencia no residía en el territorio colombiano. Pero se advierte que tal circunstancia no exime de responsabilidad legal a la entidad demandada, por cuanto, debe alinear su postura hacia el cumplimiento de derechos fundamentales que posibiliten en goce efectivo de derecho a la población infantil en situación de vulnerabilidad.

Asistimos entonces mediante la Sentencia T-565 de 2019 a una Sentencia hito, fundacional de línea jurisprudencial y arquimédica a la hora de entender la aplicación del derecho para atender una necesidad esencial descrita en el marco de protección de los derechos fundamentales de población vulnerable más allá del formalismo legal. Porque la esencia del derecho constitucional emergente es asegurar la defensa de la dignidad de la población vulnerables sin atender las excusas institucionales que aleguen exigencias de nacionalidad, sostenibilidad fiscal o posibilidades institucionales.

Bibliografía citada

Aguilar Cavallo, Gonzalo (2010): Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (N.º 127), pp. 15-71. [Disponible en: <https://bit.ly/3MRt8Fo>]. [Fecha de consulta: el 22 de abril de 2021].

Carrera Silva, Liliana (2011): La acción de tutela en Colombia. *Rev. IUS* [online] (Vol.5, N.º 27), pp.72-94. [Disponible en: <https://bit.ly/3w1x0Nj>].

Colombia, Asamblea Constituyente. *Constitución política de 1991*. En Leyes 1991, p. 13.

Colombia, Congreso de la República. *Decreto 2591 de 1991*. Bogotá D.C., Diario Oficial No. 40.165, 1991. pp. 1-2.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1068/02*. En Diario Oficial. [base de datos en línea]. 2002. p. 5.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-760 de 2008*. En Diario Oficial. 2008. [consultado el 15 de abril de 2021, pp. 1-4. [Disponible en: <https://bit.ly/3vFsFR5>].

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-740 de 2011*. En Diario Oficial. 2011, pp. 1-4. [Disponible en: <https://bit.ly/38TcKp6>].

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-779 de 2011*. Bogotá D.C., Diario Oficial, 2011, pp. 19-20.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-057/15*. Bogotá D.C., Diario Oficial, 2015, pp. 1.3.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU677/17*. Bogotá D.C., Diario Oficial, 2017, pp. 1-3. [Disponible en: <https://bit.ly/3w6T9Kj>].

Corte Constitucional. *Sentencia T-705 de 2017*. En Relatoría [base de datos en línea]. 2017, p. 3. [Disponible en: <https://bit.ly/3kDfERR>].

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-565 de 2019*. En Diario Oficial. [base de datos en línea]. 2019, p. 3. [Disponible en: <https://bit.ly/3MMxDBe>].

Corte Constitucional de *Sentencia T-006 de 2020*. En Diario Oficial. [base de datos en línea]. 2020, pp. 1-2. [Disponible en: <https://bit.ly/3yigwmK>].

- Congreso de la República. *DECRETO 866 DE 2017*. Bogotá D.C., Función Pública, 2017, pp. 1-3.
- Congreso de la República. *LEY 100 DE 1993*. Bogotá D.C., Diario Oficial N.º 41.148 de 23 de diciembre de 1993, p. 2.
- Congreso de la República. *LEY 1438 DE 2011*. Bogotá D.C., Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011, p 14. [Disponible en: <https://bit.ly/3seb2WI>]. [Fecha de consulta: 23 de abril de 2021].
- Congreso De La República. *Ley 715 de 2001*. Bogotá D.C., Diario Oficial N.º 44.654 de 21 de diciembre de 2001, p. 20.
- Kelsen, Hans (1997): *Teoría Pura del Derecho* (Eudeba).
- Naciones Unidas. Resolución 217 A (III), *La Declaración Universal de Derechos Humanos* [en línea]. París, Naciones Unidas, 1948, pp. 1-4. [Disponible en: <https://bit.ly/3yfw0Du>]. [Fecha de consulta: 9 de abril de 2021].
- Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI), *árabe | francés | inglés | ruso Texto en formato PDF Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [en línea] Ginebra - Suiza: Naciones Unidas, 1966, pp. 1-13. [Disponible en: <https://bit.ly/37ei0mT>].
- Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI), *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Ginebra - Suiza: Naciones Unidas, 1966, pp. 1-7. [Disponible en: <https://bit.ly/3sbL4mn>].
- Naciones Unidas. Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, *Convención Sobre Los Derechos Del Niño* [en línea] New York, 1989, pp. 1-14. [Disponible en: <https://bit.ly/3OZQUBa>].
- Restrepo Tamayo, John Fernando (2018): *Estructura constitucional del Estado Colombiano, en Ciencias Sociales y Educación ER (Universidad de Medellín)*.
- Vigo, Rodolfo Luis (2006): *Ética judicial e interpretación jurídica*, en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* (N.º 29), pp. 273-294.