

Bogotá, 6 de marzo de 2019

Honorable Magistrada
Cristina Pardo Schlesinger
Corte Constitucional
E. S. D

Referencia: intervención ciudadana en el proceso T-7.087.478, correspondiente a la acción de tutela interpuesta por Andrés Alejandro Alfonso Rodríguez, en calidad de personero municipal de Aguachica (Cesar) y como agente oficioso del niño JJHM, en contra del Departamento Nacional de Planeación.

Asunto constitucional en discusión: vulneración del derecho fundamental a la salud y la seguridad social de un recién nacido en territorio colombiano, hijo de migrantes venezolanos.

Diana Rodríguez Franco, Mauricio Albarracín Caballero, Lucía Ramírez Bolívar, Silvia Ruiz Mancera, Valentina Rozo Ángel, Jesús David Medina Carreño y Juan Sebastián Pinzón Cadena, respectivamente subdirectora, investigadores y pasante del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), y Christian Visnes, director de país del Consejo Noruego para Refugiados (NRC), identificados como aparece al pie de nuestras firmas y actuando como ciudadanos, presentamos la siguiente intervención dentro del proceso de la referencia.

En este documento partimos de dos premisas para conceptuar acerca del caso: por un lado, que los recién nacidos en territorio nacional, incluyendo los hijos de padres extranjeros domiciliados en Colombia, tienen derecho a ingresar al Sistema de Seguridad Social en Salud (en adelante SGS-SS); y, por otro lado, que el estatus migratorio de sus padres no debe ser impedimento alguno para aplicar al Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (en adelante SISBEN). De manera que el hecho de negar al niño JJHM la afiliación al SGS-SS y la aplicación al SISBEN por el estatus migratorio de sus padres, no solo afecta las garantías especiales y prevalentes que cobijan a los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en nuestro régimen constitucional,

sino que constituye un claro acto de discriminación por la nacionalidad de su familia. Esta situación demuestra además que en algunas circunstancias las barreras administrativas que enfrentan las familias migrantes provenientes de Venezuela para acceder a derechos o programas sociales constituyen actos de discriminación.

Con el fin de dar alcance a nuestros argumentos el texto se dividirá en tres secciones. En la primera resumimos los hechos que dieron origen a la acción de tutela, la respuesta del Departamento Nacional de Planeación (en adelante DNP) como entidad demandada y la decisión de única instancia, para posteriormente presentar los problemas jurídicos del caso. En la segunda sección resolvemos los problemas jurídicos de acuerdo a la siguiente estructura que contiene cuatro partes: i) resaltamos la especial protección que ampara a los NNA en nuestro régimen constitucional y la prohibición de discriminación en su contra por el origen nacional de sus padres; ii) abordamos el primer problema jurídico, el cual es la posibilidad o no de negar la afiliación de un recién nacido hijo de extranjeros al régimen de salud por el estatus migratorio de sus padres; iii) abordamos el segundo problema jurídico, a saber, la posibilidad o no de negar la aplicación del SISBEN al núcleo familiar de un recién nacido por el estatus migratorio de quienes componen su hogar; y iv) planteamos una conclusión en donde hacemos una síntesis de los argumentos expuestos y resaltamos que las barreras administrativas que deben enfrentar las familias migrantes provenientes de Venezuela para acceder a sus derechos constituyen actos de discriminación. Finalmente, en la tercera sección, exponemos nuestras solicitudes.

1. SOBRE EL PROCESO DE TUTELA Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

La acción de tutela del proceso de referencia fue interpuesta por Andrés Alejandro Alfonso Rodríguez, Personero municipal de Aguachica, Cesar, en representación del menor JJHM. Esta acción buscaba amparar sus derechos fundamentales a la *salud, vida digna, dignidad humana e igualdad*.

Aunque JJHM tiene un registro civil de nacimiento que lo acredita como ciudadano colombiano, en la actualidad no está inscrito en el SGS-SS. Sus padres, de nacionalidad venezolana y quienes al momento de interponer la tutela no contaban con el Permiso Especial de Permanencia (PEP) u otro tipo de documentación que acreditara su estatus migratorio regular, se han acercado en varias oportunidades a la oficina del SISBEN con el objetivo de que se le realice la encuesta al niño y así poderlo incluir en los programas focalizados. Sin embargo, esta solicitud ha sido negada, pues desde el SISBEN en Aguachica alegan que no se puede realizar la encuesta a menos que uno de los habitantes del hogar sea mayor de edad y cuente con un estatus migratorio regular.

En primera y única instancia, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) respondió que la institución no es la encargada de aplicar la encuesta, sino que esa responsabilidad recae en las entidades territoriales. Frente al caso concreto, afirmó que teniendo en cuenta que el menor es colombiano se le debe solicitar a un mayor de edad que viva en el hogar y esté registrado en el SISBEN que incluya al niño en la ficha, para acceder a los programas focalizados y al SGS-

SS. Después de instaurada la acción de tutela, ambos padres del menor regularon su estatus migratorio a través del PEP.

En este caso la Corte se debe enfrentar a dos problemas jurídicos. En primer lugar, si se le puede negar o no el acceso al SGS-SS a un niño colombiano con base en el estatus migratorio de sus padres. En segundo lugar, si se le puede o no negar la aplicación del SISBEN a la familia de un niño colombiano de padres extranjeros por el estatus migratorio de estos.

2. EL ESTADO COLOMBIANO DEBE GARANTIZAR EL ACCESO AL SGS-SS Y A LA ENCUESTA DEL SISBEN A TODOS LOS NIÑOS Y NIÑAS INDEPENDIENTEMENTE DEL ESTATUS MIGRATORIO DE SUS PADRES

En esta parte del texto explicamos, en primer lugar, la protección constitucional reforzada que cobija a los NNA, por lo cual sus derechos son prevalentes y su aplicación merece un enfoque diferencial. En segundo lugar, exponemos el primer problema jurídico, el cual es la posibilidad o no de negar a un recién nacido la afiliación al régimen de salud por el estatus migratorio de sus padres. Frente a esto sostenemos que ello no es posible, pues, de acuerdo con los artículos 44, 48, 49 y 50 constitucionales, es obligación del Estado garantizar el derecho a la salud de todos los habitantes y especialmente a todo niño menor de un año; una solución en contrario configuraría una clara vulneración a los derechos a la salud y la seguridad social de los niños y niñas. En tercer lugar, exponemos y resolvemos el tercer problema jurídico, que es la posibilidad o no de negar la aplicación de la encuesta SISBEN al hogar de un niño colombiano por el estatus migratorio de quienes lo conforman. Con respecto a esto sostenemos que el Estado debería admitir cualquier documento de identificación válido, incluido el PEP, para la aplicación de la encuesta. Finalmente, en cuarto lugar, realizamos una síntesis de lo expuesto y resaltamos que en algunas situaciones el exceso en las formalidades administrativas impuestas a migrantes para acceder a derechos constituye actos de discriminación.

2.1 Todos los niños y niñas, sin distinción alguna, son sujetos de especial protección constitucional

En Colombia, los niños y las niñas son sujetos de especial protección constitucional y por lo tanto su derecho fundamental a la salud y el acceso pleno a los servicios médicos debe ser garantizado por el Estado, sin discriminación alguna. El artículo 44 de la Constitución establece la protección especial debida a los niños y las niñas, reconociendo el carácter fundamental de sus derechos, garantizando su protección y su desarrollo integral por parte de la familia, la sociedad y el Estado como actores corresponsables, y estableciendo la prevalencia de los derechos y del interés superior de la niñez sobre cualquier otra consideración.

En virtud el artículo 93 de la Constitución, los diferentes tratados ratificados por Colombia referentes a los derechos de los niños y la protección especial de esta población forman parte de la normatividad constitucional, a través de la figura del bloque de constitucionalidad, y

deben ser utilizados como parámetros para interpretar el artículo 44 y las protecciones que se le debe proporcionar a este sector de la población¹.

Así, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas y adolescentes cuentan con el estatus de *sujetos de especial protección constitucional reforzada*, lo que significa que “*la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objeto primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna*”². Esta protección especial constitucional reforzada debe ser interpretada a la luz de los principios generales establecidos por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), los cuales han sido desarrollados y explicados por el Comité de los Derechos del Niño, el órgano encargado de la interpretación y aplicación de la CDN, y han sido incorporados en la normativa nacional. Estos principios incluyen: el principio del interés superior del niño o niña (y la prevalencia de sus derechos), el principio de no discriminación, y el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

El principio del interés superior del niño como la consideración fundamental en la toma de decisiones públicas y privadas que afecten sus derechos y libertades está consagrado en el numeral 1 del artículo 3 de la CDN, al igual que en el Principio II de la Declaración de los Derechos del Niño³. Acorde con estos instrumentos internacionales, la Corte Constitucional ha establecido cinco características del interés superior del niño: que es **concreto**, es decir, que únicamente se puede determinar tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada niño o niña⁴; que es **relacional**, es decir, que cuando entra en tensión con los derechos de otros, los derechos de los niños son relevantes y prevalecen⁵; que **no es excluyente**, es decir, que no necesariamente son absolutos al ser prevalentes⁶; que es **autónomo**, por lo que se entiende que aunque contradiga los intereses de terceros, como los padres, la situación específica del niño es el criterio determinante; y que es **obligatorio para todos**, vinculando a la familia, a la sociedad y al Estado y haciéndolos responsables de la protección de los niños y de las niñas⁷.

Estos principios de prevalencia de los derechos y del interés superior del niño han sido incorporados en la legislación nacional. Según el artículo 6 de la Ley 1098 de 2006, mediante

¹ En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen que los niños y las niñas precisan de **todas las medidas necesarias** para garantizar su protección y su bienestar tanto por parte de la familia, de la sociedad y del Estado y de un trato especial para el cumplimiento de ellas.

² Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo; sentencia T-884 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.

³ Según el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño “*constituye una consideración de primer orden en todas las acciones que afecta a la infancia*” y “*debe determinarse en función de sus necesidades físicas, emocionales y educativas, la edad, el sexo, la relación con sus padres y cuidadores y su extracción familiar y social y tras haberse escuchado su opinión*”. Comité de los Derechos del Niño. Observación General #15 (derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud). CRC/C/GC/15, párr. 12.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Corte Constitucional, sentencia T-514 de 1998. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo.

la cual se expidió el Código de Infancia y Adolescencia, las normas constitucionales y aquellas consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte de este Código, y sirven como guía interpretativa y aplicativa. Asimismo, establece en los artículos 8, 9 y 203, en concordancia con el artículo 44 de la Constitución, que se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño o niña, y que esto obra como principio rector de la creación e implementación de políticas públicas⁸. El Código define el interés superior como “*el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes*”⁹. Del mismo modo, en el ámbito de salud, la Ley Estatutaria 1751 de 2015 considera la prevalencia de los derechos de los niños como un principio del derecho fundamental a la salud¹⁰.

Con respecto al principio de no discriminación, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia establece 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 (...) origen nacional o familiar (...)*”¹¹ (negrilla fuera del texto). Esta protección concuerda además con el artículo 5 de la Constitución que obliga al Estado a reconocer “*sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona*”.

Paralelamente, el derecho internacional de los derechos humanos establece que las personas no serán sujetas de discriminación en razón a su origen nacional o familiar. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “*toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción de (...), origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”¹² (negrilla fuera del texto). Por su parte, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹³ como en el Protocolo de San Salvador, el Estado Colombiano se comprometió a garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian en estos instrumentos “*sin discriminación alguna por motivos de (...) origen nacional (...) nacimiento o cualquier otra condición social*”¹⁴ (negrilla fuera del texto). En virtud de lo anterior, el Estado colombiano tiene la obligación de garantizar

⁸ Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), art. 203 (principios rectores de las políticas públicas).

⁹ Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), art. 8 (interés superior de los niños, las niñas, y los adolescentes) y art. 9 (prevalencia de los derechos).

¹⁰ Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud), art. 6, literal f (prevalencia de los derechos de los niños y de las niñas como principio del derecho fundamental a la salud).

¹¹ Constitución Política de Colombia, artículo 13 (Derecho a la igualdad).

¹² Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2.

¹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2. Aprobado por el estado colombiano mediante ley 74 de 1068.

¹⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 3ro (Obligación de no discriminación). Aprobado por el estado colombiano mediante ley 319 de 1996.

los derechos fundamentales a todas las personas, independientemente del origen familiar o las condiciones de su nacimiento, incluyendo a niños y a niñas cuyos padres sean extranjeros.

De acuerdo con el artículo 2 de la CDN, el Estado debe a su vez respetar los derechos de los niños y niñas enunciado en él, independientemente del origen nacional, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o *de sus familiares*¹⁵. También los Principios I y X de la Declaración de los Derechos del Niño disponen que los niños y niñas disfrutarán de sus derechos sin excepción alguna y serán protegidos de prácticas discriminatorias.

Uno de los principios esenciales del derecho fundamental a la salud, codificado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, es la accesibilidad. Esta comprende la no discriminación en el acceso a los servicios y tecnologías de salud a todas las personas¹⁶. Por su parte, la Ley 100 de 1993, “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, garantiza la igualdad y no discriminación como principio del SGS-SS, con especial consideración a la prevalencia constitucional de los derechos de los niños y las niñas¹⁷.

Además, respecto a niños y niñas que puedan requerir atención particular por otras condiciones de vulnerabilidad, en las Observaciones Generales número 5 y 11, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la obligación de no discriminación requiere que “*los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos*”. Para poder combatirla, contempla que los Estados introduzcan cambios en la legislación, en la administración, en medidas educativas y en la asignación de recursos.

En relación con el ámbito de protección de los niños y niñas migrantes o refugiados, tanto la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, como el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (o Pacto de Marrakech), señalan que, dada la vulnerabilidad de la niñez, el interés superior del niño es una consideración fundamental en todas las políticas pertinentes¹⁸. Por esto, se brindará a la niñez acceso a servicios básicos psicosociales, de salud y educación, de conformidad con una perspectiva especial¹⁹.

¹⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2, núm. 1 “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

¹⁶ Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud), art. 6, literal c (la accesibilidad como elemento esencial del derecho fundamental a la salud).

¹⁷ Ley 100 de 1993 (Sistema de Seguridad Social), art. 153 (principios del sistema general de seguridad social en salud).

¹⁸ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, adoptado el 15 de diciembre de 2016, punto 32, A/71/150.

¹⁹ Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, adoptado entre el 10 y 11 de diciembre de 2018, punto 15 literal h, A/CONF.231/3.

Actualmente, en Colombia la niñez migrante, así como los nacidos en el territorio nacional hijos de personas migrantes provenientes de Venezuela, enfrentan múltiples obstáculos para gozar de sus derechos fundamentales, especialmente si ellos o sus padres se encuentran en situación migratoria irregular. En este sentido, el Estado debería reconocer las necesidades especiales de esta población y adoptar respuestas diferenciales para proteger a los niños y niñas que hacen parte de ella, tal como lo ha hecho la Corte Constitucional frente a otro tipo de casos en donde se evidencian circunstancias de vulnerabilidad. Por ejemplo, en las sentencias T-466 de 2016²⁰, T-302 de 2017²¹ y T-080 de 2018²², la Corte reconoció las múltiples barreras que impiden el goce pleno de los derechos a la niñez indígena y ordenó, como consecuencia, medidas especiales para garantizar la salud y a la alimentación adecuada de los niños y niñas pertenecientes a la etnia Wayuu y a varias comunidades emberá, wounaan y tule del Chocó.

El precedente desarrollado por la Corte en la sentencia T-210 de 2018²³, en la que se pronunció sobre el derecho a la salud de un niño migrante, puede servir como punto de partida para establecer medidas diferenciales a favor de la niñez migrante o cuyos padres se encuentran en situación migratoria irregular. En esta providencia la Corte resaltó que el Estado “*debe garantizar a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, no sólo la atención de urgencias con perspectiva de derechos humanos, sino la atención en salud preventiva con un enérgico enfoque de salud pública*”. Además, instó al Gobierno a adoptar medidas “*dirigidas a la consecución de recursos de cooperación internacional y nacional que permitan la plena realización del derecho a la salud de los migrantes sin importar su estatus migratorio, especialmente a los más vulnerables: niños, niñas, madres cabeza de hogar*”. En consecuencia, esta Corporación advirtió a las instituciones oficiales tener en cuenta las barreras que enfrentan los migrantes para acceder a la prestación de servicios de salud, con el fin de expedir nuevas regulaciones que reduzcan las cargas desproporcionadas que actualmente se imponen a esta población.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo es otro de los principios rectores de la CDN y se encuentra consagrado en su artículo 6. En este se establece la responsabilidad del Estado de garantizar la supervivencia y desarrollo del niño en la máxima medida. La protección

²⁰ M.P. Alejandro Linares Cantillo. En este caso la Corte Constitucional ordenó proteger los derechos fundamentales de la niñez wayúu, especialmente la salud y la alimentación culturalmente adecuada, e instó la adopción de medidas intersectoriales con respecto a la crisis alimentaria y de salud que padece las comunidades indígenas en el departamento de La Guajira.

²¹ M. P. Aquiles Arrieta. En este caso, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en La Guajira, por la afectación masiva y generalizada de los derechos de los NNA del pueblo Wayúu. En consecuencia, ordenó medidas estructurales y de seguimiento para superar la crisis multifactorial que afecta especialmente a los niños, mujeres y adultos mayores indígenas.

²² M.P. Carlos Bernal Pulido. En este caso, la Corte Constitucional tuteló los derechos fundamentales de los niños y niñas indígenas del Chocó y ordenó a las entidades oficiales de este departamento elaborar una respuesta coordinada para atender la desnutrición y las barreras que afectan el acceso al agua y la atención en salud.

²³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de estos derechos es una condición necesaria y prerequisite esencial para el ejercicio de los demás derechos de los menores de edad²⁴.

Respecto al derecho a la vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *“el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”*²⁵, y que *“todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece”*²⁶.

Frente al derecho a la salud, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que este incluye no solamente la prevención y la promoción de la salud, sino también *“el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud.”*²⁷ El Comité también reconoce que la salud de los niños y niñas puede verse afectada por muchos factores que están en constante evolución, tales como la situación económica mundial, la pobreza, la migración y los desplazamientos de población, así como la discriminación y la marginación, entre otros factores²⁸; y reitera la importancia de la realización del derecho a la salud de los niños por su relevancia para el disfrute de los demás derechos²⁹.

Respecto a las posibles afectaciones que la falta de atención médica adecuada puede tener sobre la salud de los niños, la Corte Constitucional ha subrayado que *“cualquier retraso o negación en la prestación del servicio puede llegar a afectar de manera irreversible su condición médica y proyectar sus procesos relacionales con su entorno, su familia y la sociedad en general, así como sus ciclos de formación académica y cognitiva”*³⁰.

En el caso de la primera infancia y, en particular, de los menores de un año, el acceso a servicios médicos es trascendental para promover su correcto desarrollo cognitivo, lo cual está íntimamente desarrollado con las garantías establecidas en el artículo 44 de la Constitución. Se ha documentado que el primer año de vida es fundamental para el desarrollo de funciones

²⁴ Su protección está garantizada explícitamente por el artículo 2 (protección de la vida de todas las personas por parte del Estado), artículo 11 (derecho a la vida), artículo 44 (derecho fundamental a la vida de los niños y niñas, garantía de su desarrollo integral) y artículo 366 (bienestar general como finalidad del Estado) de la Constitución, el artículo 4 (derecho a la vida) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 6 del PIDCP (derecho a la vida).

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999, p. 40. Disponible http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

²⁶ Ibid. P. 49.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General #15 (derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud). CRC/C/GC/15, párr. 2.

²⁸ Ibid. Párr. 5.

²⁹ Ibid. Párr. 7.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-678 de 2017. MP: Carlos Bernal Pulido. Sentencia T-069 de 2018. MP: Alejandro Linares Cantillo.

básicas, tales como la visión y audición, el lenguaje y las funciones cognitivas y superiores (gráfico 1)³¹.

Gráfico 1. Desarrollo de funciones básicas



Fuente: Presidencia de la República (s.f)

Esta evidencia ha sido adoptada por el Estado colombiano, en primer lugar, a través del CONPES 109 de 2007, en el que se documentan los distintos argumentos para construir una política focalizada en la primera infancia. Dentro de las distintas razones que se analizan en el CONPES se incluyen los de índole científica; por ejemplo, que *“el cerebro a los 6 años posee ya el tamaño que tendrá el resto de la vida, convirtiéndose en un período determinante para las posibilidades de desarrollo del individuo. Los dos primeros años de vida son definitivos para el crecimiento físico, la nutrición, la interconexión neuronal, así como para la vinculación afectiva con las figuras materna y paterna”*³².

A los argumentos de índole científica se suman los sociales y culturales, importantes en este caso, pues las condiciones ambientales en las que se desarrolla la primera infancia son un determinante del desarrollo cognitivo y socioemocional. De hecho, *“las perturbaciones de estos ambientes reflejadas en situaciones de desplazamiento forzado poseen significativas*

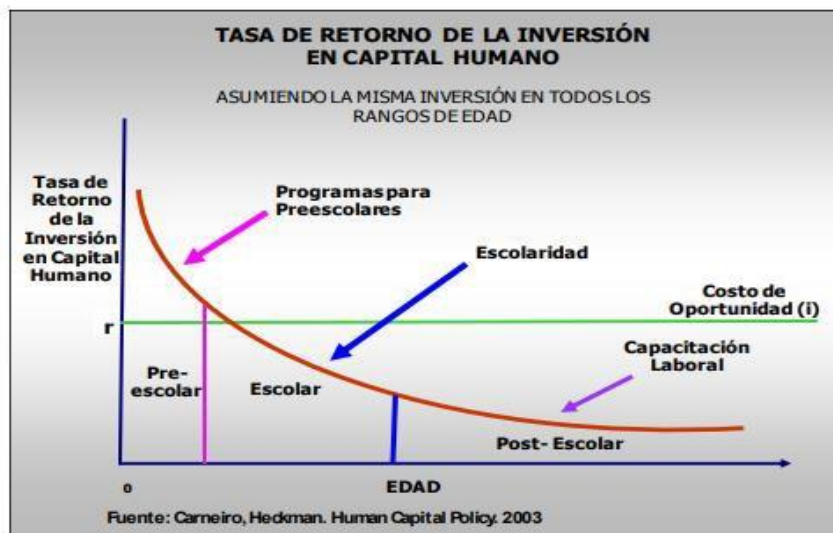
³¹ Presidencia de la República. Estrategia de Cero a Siempre. En <http://www.deceroasiempre.gov.co/QuienesSomos/Documents/Presentacion-estrategia-De-Cero-a-Siempre.pdf>. S.f. Consultado el 22 de febrero de 2019.

³² Ministerio de la Protección Social et al. Documento Conpes Social 109. Política Pública Nacional de Primera Infancia “Colombia por la primera infancia”. 2007. En <http://www.deceroasiempre.gov.co/QuienesSomos/Documents/Normativa/Conpes%20109.pdf>. Consultado el 20 de febrero de 2019. Pp 4-5.

consecuencias en términos de la ruptura de vínculos, así como en la pérdida de seguridad física y emocional”³³.

Por su parte, los estudios sobre desarrollo humano han mostrado que la tasa de retorno a la inversión en capital humano es mayor en los primeros años de vida (gráfico 2). Lo anterior significa que es más rentable invertir en el capital humano en la primera infancia, pues los beneficios futuros son mayores. Esto se explica por el desarrollo de las distintas funciones de los niños y niñas en las distintas edades, como se mostró en el gráfico 1. Es decir, que las inversiones que se hagan en materia de salud, nutrición y educación son más rentables entre más joven sea la persona a la que se le está invirtiendo. Por lo tanto, invertir en la primera infancia no solo es un imperativo constitucional, sino que también es costo-eficiente.

Gráfico 2. Tasa de retorno de la inversión en capital humano.



Fuente: Ministerio de la Protección Social (2007)

Nueve años después de publicado el CONPES de Primera Infancia, fue aprobada la Ley 1804 de 2016, “Por la cual se establece la política de estado para el desarrollo integral de la primera infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones”. En esta se busca “fortalecer el marco institucional para el reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y las niñas de cero a seis años de edad, así como la materialización del Estado Social de Derecho”³⁴. Aquí se señala que dar atención en la primera infancia es la inversión más eficiente para la reducción de las desigualdades

³³ Ibíd. P.6.

³⁴ Congreso de Colombia. Ley 1804 de 2016. Artículo 1.

sociales³⁵, ya que “lograr corregir las desigualdades allí, permite reducir de manera significativa las brechas sociales en el futuro”³⁶.

Como se argumentó en esta sección, todos los niños y niñas, sin distinción alguna, son sujetos de especial protección constitucional y por lo tanto sus derechos prevalecen por encima de los demás. Así pues, los Estados deben tomar todas las medidas necesarias y diferenciales para proteger sus derechos fundamentales y promover su desarrollo integral, lo que incluye garantizar el acceso pleno al sistema de salud. La adopción de medidas que promuevan el desarrollo cognitivo de los niños a través de un adecuado servicio médico, de nutrición u otros aspectos resulta no solo imperativo de acuerdo al texto constitucional, sino también costo-eficientes para la sociedad, particularmente si se hacen en la primera infancia y en particular, en el primer año de vida.

2.2 Todo recién nacido hijo de extranjeros debe estar afiliado al régimen de salud, independientemente del estatus migratorio de sus padres

El primer problema jurídico del caso particular es si JJHM debería o no estar afiliado al régimen de salud. Frente a esto, el Decreto 780 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*” establece en su artículo 2.1.3.11 la afiliación del recién nacido de padres no afiliados. A partir de allí se desglosan tres posibles situaciones: i) que los padres sí tengan las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, ii) que los padres no tengan las condiciones para pertenecer al régimen contributivo, pero estén clasificados en los niveles I y II del SISBEN, o iii) que los padres no cumplan las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y tampoco se encuentren en los niveles I y II del SISBEN o no se les haya aplicado la encuesta.

Teniendo en cuenta que en este caso a los padres del menor no se les ha aplicado la encuesta se trata del tercer escenario, frente al cual el Decreto señala, refiriéndose al prestador de servicios de salud, que

“Cuando los padres no cumplen las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y tampoco se encuentran clasificados en los niveles I y II del Sisbén o no les ha sido aplicada la encuesta SISBEN, registrará al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional y lo inscribirá en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Una vez los padres se afilien el menor integrará el respectivo núcleo familiar” (negrillas fuera del texto)³⁷.

³⁵ Presidencia de la República de Colombia. . Comisión Intersectorial de Primera Infancia. Atención Integral: Prosperidad para la Primera Infancia. En <http://www.deceroasiempre.gov.co/Prensa/CDocumentacionDocs/ATENCI%C3%93N%20INTEGRAL%20Prosperidad%20para%20la%20Primera%20Infancia.pdf>. 2012. Consultado el 22 de febrero de 2019. P. 11.

³⁶ *Ibíd.* P. 11.

³⁷ Ministerio de Salud y Protección Social. Decreto 780 de 2016. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. P. 20.

Por lo anterior, JJHM debió haber sido registrado en el Sistema de Afiliación Transaccional (SAT) y estar inscrito en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. El deber de registrar, según el artículo 2.1.3.11, correspondía al prestador de servicios de salud, es decir, al Hospital Regional de Aguachica, y debió hacerse una vez que los padres del recién nacido declararan ante la IPS que la encuesta del SISBEN no les ha sido aplicada. Independientemente de que los padres hayan o no cumplido con el requisito de comunicar por escrito esta situación, el hecho de no inscribir al menor al SGS-SS, sobretodo en esta etapa en la que se desarrollarán al máximo sus habilidades cognitivas, representa una vulneración a sus derechos a la salud y al desarrollo integral, los cuales son prevalentes en el ordenamiento jurídico nacional.

2.3 No se puede negar la aplicación de la encuesta del SISBEN al núcleo familiar de un menor de edad en razón al estatus migratorio de quienes componen su hogar

De acuerdo con el Decreto 441 de 2017, que modificó el Decreto 1082 de 2015, el SISBEN es una herramienta que, a través de puntajes, permite clasificar a la población de acuerdo con sus condiciones socioeconómicas. Su finalidad es facilitar a las entidades territoriales la focalización del gasto y las políticas sociales en la población más pobre y vulnerable. Luego, el SISBEN no constituye una política social en sí, pero permite que estas se dirijan a quienes deben ser sus beneficiarios.

De conformidad con las modificaciones del Decreto 441, el registro del SISBEN consiste en “*el conjunto organizado de datos suministrados por un informante calificado, de acuerdo con las variables establecidas en la ficha de caracterización socioeconómica*”³⁸. Estos datos son tomados por un encuestador que se dirige a la residencia de quien solicitó la aplicación de la encuesta y no tiene ningún costo. Por su parte, un informante calificado se define como “*cualquier persona mayor de edad integrante del hogar y que conozca las condiciones socioeconómicas, tales como, características de la vivienda, relaciones de parentesco y condiciones de salud, educación y trabajo de todos los miembros que lo conforman*”³⁹. Es el informante entonces la persona que refleja la situación social y económica actual del hogar, la cual permite luego calcular el puntaje SISBEN.

La página electrónica del SISBEN⁴⁰, por su parte, establece un grupos de requisitos para las personas extranjeras que soliciten la aplicación de la encuesta, entre estos: ser residente del hogar, ser mayor de 18 años y contar con cédula de extranjería y salvoconducto para refugiado.

³⁸Departamento Nacional de Planeación. Decreto 441 de 2017. Por el cual se sustituye el Título 8 del Libro 2 de la Parte 2 del Decreto 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Planeación Nacional, con el fin de reglamentar el artículo 24 de la Ley 1176 de 2007 respecto del instrumento de focalización de los servicios sociales, y se dictan otras disposiciones. Artículo 2.2.8.1.4 *Registro*.

³⁹Ibíd. *Informante calificado*.

⁴⁰Disponible en el siguiente enlace: <https://www.sisben.gov.co/paginas/preguntasfrecuentes7.aspx>

En el artículo 2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social se establecen los documentos de identificación requeridos para efectuar la afiliación y reportar las novedades en el SGS-SS. Estos son la cédula de extranjería, el pasaporte, el carné diplomático o el salvoconducto de refugiado. Adicionalmente, la Resolución 3015 de 2017 del mismo Ministerio estableció en el artículo 1° que el PEP es un documento válido de identificación ante el SGS-SS. Por lo anterior y teniendo en cuenta que para acceder al régimen subsidiado de salud es requisito contar con una clasificación en el SISBEN, sería ilógico no aceptar el PEP como documento válido de identificación para aplicar la encuesta en el hogar.

De conformidad con lo anterior, la oficina encargada del SISBEN en el municipio de Aguachica debió aceptar para la aplicación de la encuesta cualquiera de los documentos de identificación anteriormente mencionados (incluido el PEP), y no someter a cargas excesivas a los padres de JJHM para que su hijo pueda obtener un puntaje que le permita ser parte del régimen subsidiado de salud.

2.4 Conclusiones

El hecho de que a JJHM, niño colombiano menor de un año, se le haya negado la afiliación al SGS-SS y la aplicación de la encuesta del SISBEN por el estatus migratorio de sus padres, quienes provienen de Venezuela, constituye un claro acto de discriminación institucional que además amenaza gravemente sus derechos fundamentales.

Por un lado, el niño debió haber sido incluido al SGS-SS desde el momento de su nacimiento, tal y como lo indica el Decreto 780 de 2016, sin importar el estatus migratorio de sus padres. El no haber realizado esta afiliación implica que el niño no puede acceder a servicios de salud básicos (como por ejemplo visitas de control, vacunas, actividades de prevención y reducción de enfermedades) para que su crecimiento y desarrollo puedan ser monitoreados. Además, significa que no puede acceder a servicios médicos a menos de que sean de urgencia. Por lo tanto, se está afectando el desarrollo físico y cognitivo del menor, quien con 8 meses está en el periodo de vida en el que se desarrollarán al máximo sus funciones básicas: la visión y audición, el lenguaje y las funciones cognitivas y superiores. En suma, por la falta de afiliación al SGS-SS, el niño se encuentra en circunstancias que vulneran gravemente sus derechos fundamentales consagrado en el artículo 44 de la Constitución.

Adicionalmente, al niño se le debería aplicar la encuesta del SISBEN independientemente del estatus migratorio de sus padres. En el Decreto 441 de 2017 se establece que el informante calificado debe ser un mayor de edad integrante del hogar, requisito con el que cumplen sus padres. Si bien en la página electrónica del SISBEN está estipulado que para que personas extranjeras realicen la encuesta deben ser residente del hogar, mayores de 18 años y contar con cédula de extranjería o tener salvoconducto para refugiado, el privar la encuesta al núcleo familiar de un menor de edad por el estatus migratorio de sus integrantes, o porque estos no cuenta con un documento de identificación en particular, constituye un claro acto de

discriminación y además representa una carga desproporcionada para las personas que salieron de su país de origen debido a crisis económicas o políticas.

Con respecto a este punto, vale resaltar que la discriminación se puede presentar de manera directa o indirecta. Directa, cuando se establece frente a un sujeto determinado un tratamiento diferenciado, injustificado y desfavorable, basado en criterios como la raza, el sexo, la religión, entre otras razones⁴¹. Indirecta cuando de tratamientos formalmente no discriminatorios se derivan consecuencias fácticas desiguales para algunas personas, lo que produce lesiones y vulneraciones de sus derechos fundamentales o limitan el goce de estos⁴². En este caso estamos ante una situación de discriminación indirecta, pues si bien se puede alegar la existencia de unos requisitos formales que deben cumplir las personas extranjeras para la aplicación del SISBEN, los migrantes venezolanos, especialmente aquellos que cuentan con un estatus migratorio irregular, por su situación muchas veces no tienen acceso a los documentos de identificación exigidos específicamente por el Estado. Esto fue reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia T-210 de 2018⁴³, cuando señaló que *“debido a la crítica situación económica y política por la que atraviesa el vecino país y a la precariedad económica en la que se encuentran la gran mayoría de sus nacionales que llegan a Colombia, el cumplimiento por parte de los migrantes venezolanos de algunos deberes que impone la legislación migratoria para lograr su regularización en Colombia y la normativa en salud para lograr la afiliación, resultan ser de difícil cumplimiento”*.

En el proceso de la referencia, además, los padres del niño cuentan con PEP, documento que debería admitirse para la aplicación de la encuesta del SISBEN en su hogar. Esto, teniendo en cuenta que el PEP es reconocido por el SGS-SS como un documento de identificación válido y que el SISBEN es un requisito para afiliarse al régimen subsidiado de salud.

Por tanto, este es un caso en el que no se le está garantizando el derecho a la salud a un niño de 8 meses en razón de la nacionalidad de sus padres. Esta discriminación ha llevado a que el menor no acceda a servicios de salud y, de esta forma, se vean amenazados su crecimiento y desarrollo, su salud y su vida.

3. SOLICITUDES

Con base en lo expuesto, respetuosamente solicitamos a la Corte Constitucional:

- **REVOCAR** la sentencia del 11 de septiembre de 2018 del Juzgado Promiscuo de Familia de Aguachica, Cesar;
- **AMPARAR** los derechos fundamentales a la salud, vida digna, dignidad humana e igualdad de JJHM;

⁴¹ Ver, entre otras providencias, Corte Constitucional, sentencias C-112 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-140 de 2009, M. P. Mauricio Gonzales Cuervo.

⁴² Ver, Corte Constitucional, sentencia T-140 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁴³ M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- **ORDENAR** la afiliación del menor al SGS-SS, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016 del Ministerio de Salud y Protección Social; y
- **ORDENAR** la aplicación de la encuesta del SISBEN al niño JJHM y a sus padres, considerando que estos cuentan con el Permiso Especial de Permanencia, documento de identificación suficiente para solicitar la aplicación de esta encuesta y con el cual podrían acceder al SGS-SS, de acuerdo con la Resolución 3015 de 2017 del Ministerio de Salud.
- **ORDENAR** al Departamento Nacional de Planeación dictar un acto administrativo con instrucciones claras dirigidas a las oficinas territoriales del SISBEN para que apliquen la encuesta a los hogares donde se encuentren niños nacidos en Colombia, independientemente del estatus migratorio de quienes componen su hogar. Adicionalmente, esta orden deberá reconocer el Permiso Especial de Permanencia como un documento válido y suficiente de identificación para la aplicación de la encuesta del SISBEN de acuerdo a la Resolución 3015 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social.

De manera atenta,

Diana Rodríguez Franco
Subdirectora
Dejusticia

Mauricio Albarracín Caballero
Director de litigio
Dejusticia

Christian Visnes
Director de país
Consejo Noruego para Refugiado (NRC)

Lucía Ramírez Bolívar
Investigadora
Dejusticia

Silvia Ruiz Mancera
Investigadora
Dejusticia

Valentina Rozo Ángel
Investigadora
Dejusticia

Jesús David Medina Carreño
Investigador
Dejusticia

Juan Sebastián Pinzón Cadena
Pasante
Dejusticia

