

El Derecho Fundamental a la Salud como un Derecho Humano: El Caso de la Población
Migrante venezolana en Colombia

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



El Derecho Fundamental a la Salud como un Derecho Humano: El Caso de la Población
Migrante Venezolana en Colombia

Autoras

Karla Dahiana Quintero Pabón-Mariana Herón Mesa

Universidad Autónoma Latinoamericana

Asesora

Dora Cecilia Saldarriaga Grisales

Universidad Autónoma Latinoamericana

Facultad de Derecho

Medellín – Antioquia

22 de febrero

2023

Dedicatoria

Este trabajo queremos dedicarlo a nuestras familias que han estado de la mano nuestra desde el día inicial en que elegimos ser abogadas. Gracias a nuestras familias, madres, padres, y todos y todos (as) nuestros profesores por su constante apoyo.

Agradecimientos

A Dios, por darnos la sabiduría y emprendimiento para realizar esta carrera y hoy en día poder ver los frutos de nuestros esfuerzos.

A nuestras familias, por su apoyo en el estudio, tanto económico, moral y sobre todo, su compañía en todo momento.

A la Universidad Autónoma Latinoamericana, por la educación que nos ha brindado y permitimos pensar libremente.

Resumen

El derecho a la salud en Colombia ha tenido diferentes conceptualizaciones desde lo largo de los años, pues antes de la expedición de la Constitución de 1991 no se entendía que este fuera un derecho, sino un posible servicio público encargado el Estado de prestarlo.

En la Constitución de 1991 se encuentra la génesis del derecho a la salud en el artículo 49, donde se prescribe que será un servicio público esencial, y donde se hace la promesa de garantizar la atención a todas y todos los ciudadanos. (Pretelt, 2017)

En Colombia, es justo a través de las decisiones de la Corte Constitucional donde se comienza a hablar de que la salud tiene que ser un derecho fundamental, y que debe ser garantizado y protegido. Que este no puede ser solamente un servicio público esencial pues, el análisis de la Corte se enfocó en un control de convencionalidad, al aplicarse la Convención Americana de los Derechos del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.(Sentencia, T-760 de 2008)

La Ley 100 de 1993 no previa tampoco el acceso a la salud para ciertas comunidades como la población afro, palenquera y raizal, la población ROM y los pueblos y comunidades indígenas. Era entonces necesario que se incluyeran en esta nueva reforma y pudiera también en igualdad de condiciones prestarse el servicio a la salud como un derecho fundamental.

Como se puede observar el derecho a la salud aún no cumplía con las expectativas de ser un derecho fundamental autónomo sino que se encontraba visto como un servicio público esencial, de tal forma que es en el año 2015 que se expide la Ley 1751 que consagra la salud como un derecho fundamental.

Palabras claves: salud, migración, derechos humanos, garantía, acceso a la salud

Abstract

The right to health in Colombia has had different conceptualizations over the years, since before the issuance of the 1991 Constitution it was not understood that this was a right, but rather a possible public service entrusted to the State to provide it.

In the 1991 Constitution, the genesis of the right to health is found in article 49, where it is prescribed that it will be an essential public service, and where the promise is made to guarantee care to all citizens. (Pretelt, 2017)

In Colombia, it is precisely through the decisions of the Constitutional Court that people begin to talk about the fact that health has to be a fundamental right, and that it must be guaranteed and protected. That this cannot only be an essential public service, since the Court's analysis focused on conventionality control, by applying the American Convention on Human Rights and the Universal Declaration of Human Rights. (Judgment, T-760 of 2008)

Law 100 of 1993 did not provide for access to health for certain communities such as the Afro, Palenquera and Raizal population, the ROM population and indigenous peoples and communities. It was then necessary that they be included in this new reform and that the health service could also be provided under equal conditions as a fundamental right.

As can be seen, the right to health did not yet meet the expectations of being an autonomous fundamental right, but was seen as an essential public service, in such a way that it is in 2015 that Law 1751 is issued, which consecrates the health as a fundamental right.

Keywords: health, migration, human rights, guarantee, access to health

Tabla de contenido

1. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA	11
1.1 El derecho a la salud de las personas que presentan estatus de extranjeros en el territorio colombiano.	28
1.2 El derecho a la salud de los migrantes según las normas de Derechos Humanos y las obligaciones del Estado.....	31
2. DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN COLOMBIA ENTRE LOS AÑOS 2019-2021.....	41
2.1 Casos estudiados por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la salud de las personas migrantes en Colombia	42
2.1.1 Sentencia T-210 de 2018 Magistrado Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado	43
2.1.2 Sentencia T-452 de 2019 Magistrado Ponente José Fernando Reyes Cuartas	48
2.1.3 Sentencia T-436 de 2020-Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado	56
2.1.4 Sentencia T-090 de 2021-Magistrado Ponente Cristina Pardo Schlesinger.....	58
2.1.5 Sentencia T-300 de 2022 Magistrado Ponente Jorge Enrique Ibañez Najjar	60

Tabla 1. Mecanismos de acceso a la salud identificados por el Ministerio de Salud en Colombia para los migrantes venezolanos.37

Gráfica 1 Alcance del derecho a la salud según la Observación General no. 14.....32

Introducción

Este trabajo de investigación partió de preguntarse si en Colombia se vulnera el derecho fundamental a la salud de las personas migrantes provenientes de Venezuela. Para resolver este cuestionamiento fue necesario acudir a diferentes fuentes de información y al análisis posterior.

En primer lugar, se partió de analizar el derecho a la salud, que si bien, hoy por hoy se concibe como un derecho fundamental, anteriormente no lo era y se consideraba solamente un derecho económico, social y cultura, el cual debía ser protegido en conexidad con la vida.

Seguidamente, se observaron las normas en materia de derechos humanos y migración para verificar cuál es el estándar de protección que las personas migrantes venezolanas presentan enfocados en el derecho a la salud. Ahí encontramos asuntos tan relevantes como el principio de no discriminación que debe ser utilizado para cualquier situación que ponga en riesgo los derechos humanos de las personas migrantes.

Por último se analizaron los casos más relevantes que ha decidido la Corte Constitucional en materia de derechos humanos, y bajo estos análisis, la investigación con metodología cualitativa logró determinación si existía o no vulneración para el derecho fundamental a la salud de las personas migrantes.

El método que se utilizó para este trabajo consistió en un paradigma cualitativo, con un tipo de investigación descriptiva que consistió en realizar un diagnóstico respecto si el acceso a la salud de las personas migrantes provenientes de Venezuela tenía barreras o no en el ejercicio de este derecho.

El enfoque se utilizó en esta investigación fue sobre los derechos humanos de las personas migrantes venezolanas, esto desde el abordaje universal de dichos derechos e incluso, su reconocimiento como derecho fundamental (salud) en la Constitución Política de Colombia.

El diseño de esta investigación se centró en el estudio tanto del caso de migración de personas venezolanas y su derecho fundamental a la salud, como en una investigación documental con base en las decisiones más relevantes de la Corte Constitucional para resolver el interrogante frente al cual, las personas venezolanas se acercan en la búsqueda de solucionar sus barreras en el acceso a la salud. Además, del estudio de otras investigaciones que han servido de apoyo para la construcción de este trabajo.

Para esto se utilizaron diferentes fuentes bibliográficas y un rastreo de jurisprudencia sobre todo de aquellas decisiones que han sido más relevantes para el tratamiento del derecho a la salud de las personas migrantes venezolanas en Colombia como técnicas de recolección de información planteadas desde el anteproyecto de investigación.

A lo largo entonces de este trabajo, se logró dar cumplimiento al desarrollo del objetivo general en cuanto a la situación de acceso al derecho fundamental a la salud, identificando también las causales de negación y verificando cuáles eran las condiciones para el acceso al servicio y al derecho a la salud.

Si bien la Ley 1751 de 2015 no mencionó en los sujetos de especial protección a la población migrante, lo cual podría atribuirse al poco flujo migratorio que se presentaba en Colombia para ese momento; si trajo a las personas en condición de desplazadas como sujetos de protección especial, lo que a la luz de una interpretación analógica podría también entenderse como personas en condición de migrantes o flotantes pues, de una u otra manera han sido desplazadas de sus propios territorios.

Bajo el principio de la no discriminación que rige los derechos humanos, no podría entonces concebirse que en un Estado Social de Derecho como el colombiano, que además ha suscrito en materia de derechos humanos la mayoría de convenios internacionales, que se aplicaran reglas discriminatorias contra la población migrante y flotante que se encuentre en permanencia o transitoriamente en el país.

En materia de migración, el derecho a la salud no solo se vivencia como un derecho autónomo sino que también se puede relacionar con otro tipo de derechos, de los cuales, lo que se podría colegir es que sin los otros derechos garantizados la salud se ve en perjuicio. Tal es el caso del derecho a la alimentación para la población migrante, pues si esta no se satisface de manera correcta, la salud se ve comprometida.

Es justamente debido a la relación tan estrecha entre el derecho a la salud como un derecho humano y los derechos de la población migrante que su protección es imperativo para los estados en sus políticas legislativas y migratorias, entendiendo la importancia que se genera para la vida en condiciones dignas de todas las personas que habiten el territorio colombiano.

En momentos coyunturales como los que atraviesa el mundo en materia migratoria, es importante y necesario que los derechos humanos puedan ser protegidos de manera integral, si esto implica que se protejan derechos como la salud desde su acceso en condiciones de igualdad, universalidad, eficacia; programas de atención a la salud mental, alimenticios para promover hábitos saludables entre otros, pues es este entonces un llamado a dicha protección.

Si se observa la situación migratoria por la que atraviesa Colombia se dice que las cifras superan más de un millón de personas que se han desplazado de Venezuela, algunos en condición migratoria regular y otros, en proceso de regularización; esta situación alerta también las políticas en materia de acceso a la salud toda vez que la mayoría de las mujeres se encuentran en edad reproductiva, lo que implica mayor movimiento del sistema de seguridad social en salud en el país.

Sin embargo y a pesar de estas circunstancias, no se evidencian reglas que permitan la negativa del acceso a la salud para las personas en condición migrante, ni mucho menos, discriminación en relación a su situación relacionada con su residencia o nacionalidad.

El Derecho Fundamental a la Salud como un Derecho Humano: El Caso de la Población Migrante Venezolana en Colombia

1. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA

El derecho a la salud en Colombia ha tenido diferentes conceptualizaciones desde lo largo de los años, pues antes de la expedición de la Constitución de 1991 no se entendía que este fuera un derecho, sino un posible servicio público encargado el Estado de prestarlo.

En la Constitución de 1991 se encuentra la génesis del derecho a la salud en el artículo 49, donde se prescribe que será un servicio público esencial, y donde se hace la promesa de garantizar la atención a todas y todos los ciudadanos. (Pretelt, 2017)

No obstante, en la Constitución se trató como un servicio público esencial, aun cuando el derecho a la salud había sido ya declarado un derecho humano en las diferentes declaraciones y convenciones internacionales, en Colombia no se vería este reflejo sino hasta muchos años después.

En el concepto de los derechos humanos se destaca de manera general según la Declaración Universal emitida por la Organización de Naciones Unidas artículo 22:

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad. (Naciones Unidas, s.f. p.5)

Bajo este precepto internacional y a su vez, de carácter general a todas las personas sin posibilidad de discriminación, el derecho a la seguridad social es un derecho humano que comprende cómo se es conocido, el derecho a la salud. Tal y como lo describe el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es una garantía para toda la población humana, para todas las personas por el solo hecho de su condición como tal, por lo que este no puede ser negado aun estando en condiciones migratorias irregulares dentro de un Estado.

Para Moreno et Al (2011) se ha documentado que la condición de migrante puede ser una importante fuente de desigualdades en salud ocupacional, entre las que se encuentran la falta de salud y entrenamiento de seguridad, el miedo a las represalias para exigir mejores condiciones laborales, barreras lingüísticas y culturales y la dificultad para acceder a la atención e indemnización cuando se lesionan.

En Colombia, es justo a través de las decisiones de la Corte Constitucional donde se comienza a hablar de que la salud tiene que ser un derecho fundamental, y que debe ser garantizado y protegido. Que este no puede ser solamente un servicio público esencial pues, el análisis de la Corte se enfocó en un control de convencionalidad, al aplicarse la Convención Americana de los Derechos del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.(Sentencia, T-760 de 2008)

“El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna. A continuación, pasa la Corte a delimitar y caracterizar el derecho a la salud, en los términos en que ha sido consignado por la

Constitución, el bloque de constitucionalidad, la Ley y la jurisprudencia”.(Sentencia, T-760 de 2008)

La Corte Constitucional se encargó de establecer la importancia de la salud para la vida en condiciones dignas, además, la necesidad de que pudiera ser un derecho garantizado para todos, en todas las etapas de la vida e incluso, en todos los territorios del país. Esto entonces, en consonancia con la Ley 100 de 1993 y el principio de progresividad y continuidad que fundamentan dicha norma.

La Corte comenzó a reconocer que el derecho a la salud era un derecho autónomo, que no dependía de otros y que el tutelante de la protección no debía ser un sujeto en especial protección, sino que el derecho a la salud debería ser fundamental en sí mismo. (Pretelt, 2017)

El derecho a la salud se encuentra ligado también a otro tipo de derechos, a pesar de ser autónomo, de gran importancia para la vida humana tales como el derecho a la educación, al trabajo y no menos importante, el derecho a la vida. Esto significa que si el derecho a la salud se encuentra suspendido o violentado podrá también verse interrumpido cualquier otro derecho de los ya mencionados.

El derecho a la salud se encuentra conectado directamente con los principios constitucionales colombianos por varias razones: por ser Colombia un Estado social de derecho, por contribuir a la materialización de la dignidad humana, por ser un derecho inalienable que en consecuencia goza de primacía, sin discriminación alguna, por ser la Constitución norma de normas y ser el derecho a la salud una disposición constitucional. Por ende, con los demás derechos constitucionales tiene supremacía constitucional sobre normas infra constitucionales y vincula a todos los poderes del Estado y a los particulares. Faculta a las personas para exigir acciones positivas por parte del Estado a favor del derecho a la salud. Pero también le prohíbe al Estado realizar acciones negativas que perjudiquen el derecho a la salud de las personas. El Estado es garante del derecho a la salud y de la materialización progresiva de los bienes y servicios de salud. El derecho a la salud como derecho irrenunciable es un derecho de las personas y de la comunidad, más allá de la voluntad del Estado para reconocerlo. Por ser inherente a la persona humana, deja de ser una promesa, porque quizá la promesa no sea el derecho, ya que el derecho existe per se, tal vez lo sea la garantía de cumplimiento de la faceta

prestacional del derecho, referida a los bienes y servicios que el Estado debe implementar progresiva y, en comienzo, irreversiblemente. (Ruiz, 2011)

El derecho a la salud también se encuentra enmarcado en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de acuerdo con el artículo 12 de dicho estatuto:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. (Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, s.f. p.18)

En este pacto internacional se reconoció la salud como un derecho donde su disfrute debe ser del nivel más alto posible, haciendo alusión a que la salud no es solo física sino también mental, en condiciones de dignidad para todas las personas.

Las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) A partir de 1989, el Comité adopta ‘observaciones generales’ acerca del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966) en desarrollo de su función primordial, vigilar la aplicación del Pacto por los Estados Partes. Para el Comité, el PIDESC reconoce que los estados tienen tres tipos de obligaciones, derivadas de los derechos reconocidos, obligaciones de respetar, obligaciones de proteger y obligaciones de garantizar. (Sentencia, T-760 de 2008)

De manera clara y categórica, la Observación General N°14 (2000) establece que ‘la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos’. Al respecto, el Comité insiste en la indivisibilidad e interdependencia del derecho a la salud en tanto está ‘estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos’, refiriéndose de forma específica al ‘derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación’. Para el Comité, ‘esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. (Sentencia, T-760 de 2008)

Ahora bien, desde el ámbito Nacional, en Colombia el derecho a la salud se encuentra en principio regulado en la Constitución Política de 1991 artículo 44:

Son derechos fundamentales de los niños: (...)la salud y la seguridad social (...)
(Constitución Política, 1991)

Como servicio público esencial, incluida en el artículo 48 de la Carta Fundamental, pero enmarcada dentro de la seguridad social, es decir, una parte integrante de dicho sistema.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud, en su conjunto, es un servicio público esencial. Es además un ‘servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado’ (art. 4º, Ley 100 de 1993). En tal sentido el Estado tiene la obligación de crear las reglas necesarias para que las diferentes entidades e instituciones del sector de la salud puedan garantizar efectivamente la prestación de los servicios que sean requeridos por las personas dentro del Sistema de Salud. El Estado desprotege el derecho a la salud cuando permite que existan vacíos o lagunas en la regulación, que se constituyan en barreras de acceso a los servicios de salud. Por ejemplo, la Corte consideró que se viola el derecho a la salud de una persona cuando existe una ‘laguna’ normativa en la regulación, por no definir los mecanismos de solución de controversias para los eventos en los que se presenten conflictos entre los actores que deciden autorizar la prestación del servicio. Tal situación ocurría, por ejemplo, con los conflictos que se dan entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico, en torno a la definición de si una persona requería o no un determinado medicamento. Es

pues imprescindible para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud de las personas, que el Estado cumpla con su obligación de crear la reglamentación adecuada para posibilitar la implementación de las políticas públicas en salud. El incumplimiento de esta obligación supone pues, una desprotección del derecho a la salud por parte del Estado.(Sentencia, T-760 de 2008)

Posteriormente en el artículo 49 ibidem se hace referencia a la salud en relación a la atención de la misma y el saneamiento público, es de suponerse que si no existe dicho sistema de saneamiento público la salud puede verse afectada, ambos derechos como un servicio público esencial a cargo del Estado.

Artículo 50 como un derecho gratuito para los niños menores de un año que no se encuentren cubiertos por algún tipo de protección social, sería entonces de suponerse que este artículo incluiría a los niños en condición migrante también o hijos de migrantes cualquiera sea su condición.

A medida que la Corte iba decidiendo en cuanto al derecho a la salud y la importancia de su autonomía, fue con la sentencia C-313 de 2014 donde finalmente se hizo un reconocimiento a que se trataba de un derecho fundamental y no un derecho conexo a la vida. (Pretelt, 2017) Fue así como incluso en una posterior decisión la Corte Constitucional preceptuó:

“El derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados” (Sentencia, T- 361 de 2014)

A pesar entonces de estas decisiones de gran importancia para la salud y los ciudadanos colombianos, el mismo continuaba en vilo en cuanto a su reconocimiento, pues las instituciones encargadas de prestar los servicios de salud, continuaban negando las atenciones y, esto, conllevaba a que las personas continuaran realizando acciones de tutela

para proteger su vida en condiciones dignas a través de la exigencia del respeto al derecho a la salud.

El derecho a la salud, tal como se ha venido afirmando, es un derecho, lo cual excluye, de entrada, la discusión de si es un derecho o si es un servicio público. En su preferente connotación como derecho comparte, por lo tanto, las características formales y materiales de un derecho. Desde tal perspectiva, se tratará de abordar la posición de que el derecho a la salud es fundamental, para lo cual se seguirán las consideraciones realizadas por Miguel Carbonell, en su libro *Los Derechos Fundamentales en México*, igual siguiendo a Ferrajoli y los autores Alexy, Bernal y Arango. Teorías que son acogidas como referente en cuanto realizan un análisis conceptual y material integrador de los diferentes enfoques para estudiar los derechos fundamentales. Así, primero se hará la ubicación conceptual de cada característica y luego la estructuración del derecho a la salud como fundamental, en relación con dicha característica. (Ruiz, 2011)

Estas situaciones de desventajas en cuanto a los servicios en la salud y garantías de acceso, también fueron poniendo en la agenda del ejecutivo la iniciativa de reformular el derecho a la salud, y, tal y como lo indicó en su momento la exposición de motivos de la ley 1751 de 2015, lo que existía era una deuda con el país en cuanto al derecho a la salud. (Ministerio de Salud, 2013)

El proyecto de Ley que daría la última estocada a los planteamientos que venía haciendo la Corte Constitucional desde el año 2008 se fueron plasmando en la exposición de motivos por el aquel Ministro de Salud el Dr. Alejandro Gaviria Uribe, quien manifestaba que existían logros y tareas pendientes con la Ley 100 de 1993, los cuales, debían ser recompensados para la sociedad colombiana.

Dentro de las cifras presentadas por el Ministerio se encontraron disminuciones en las desafiliaciones en salud desde 1993 hasta el 2011 por más del 80% de personas que no tenían garantizada la cobertura a este servicio, así como en los lugares y territorios más alejados del país, lo que evidenciaba un cumplimiento de los principios de la seguridad social establecidos en la Ley 100 de 1993.

Además de estas cifras, el Ministerio también encontró que las mujeres pasaron a tener al menos cuatro (4) controles prenatales lo que indicaba cifras entre el 70% antes de la expedición de la Ley 100 a un 90% una vez esta fue expedida (Ministerio de Salud, 2013). Pero a pesar de que la Ley 100 había permitido la disminución de las brechas en el acceso a la salud, esta no era suficiente, y por esto, era necesario que se realizara una nueva reforma que permitiera que la salud, fuera de acceso para todos, con mayor cobertura y con garantías progresivas e inclusivas.

La Ley 100 de 1993 no previó tampoco el acceso a la salud para ciertas comunidades como la población afro, palenquera y raizal, la población ROM y los pueblos y comunidades indígenas. Era entonces necesario que se incluyeran en esta nueva reforma y pudiera también en igualdad de condiciones prestarse el servicio a la salud como un derecho fundamental.

Como se puede observar el derecho a la salud aún no cumplía con las expectativas de ser un derecho fundamental autónomo sino que se encontraba visto como un servicio público esencial, de tal forma que es en el año 2015 que se expide la Ley 1751 que consagra la salud como un derecho fundamental.

En esta ley el derecho a la salud fue reconocido como un derecho autónomo e indivisible y su aplicación en particular se atribuyó a la interpretación que del principio *pro homine* había venido realizando la Corte Constitucional en las decisiones en torno a la protección del derecho a la salud como un derecho conexo a la vida.

Fue así como entonces el derecho a la salud adquirió una categorización de fundamental dentro de nuestro ordenamiento jurídico y su protección ahora se puede invocar desde la acción de tutela como una acción constitucional.

Si bien la Ley 1751 de 2015 no mencionó en los sujetos de especial protección a la población migrante, lo cual podría atribuirse al poco flujo migratorio que se presentaba en Colombia para ese momento; si trajo a las personas en condición de desplazadas como sujetos de protección especial, lo que a la luz de una interpretación analógica podría también entenderse

como personas en condición de migrantes o flotantes pues, de una u otra manera han sido desplazadas de sus propios territorios.

Bajo el principio de la no discriminación que rige los derechos humanos, no podría entonces concebirse que en un Estado Social de Derecho como el colombiano, que además ha suscrito en materia de derechos humanos la mayoría de convenios internacionales, que se aplicaran reglas discriminatorias contra la población migrante y flotante que se encuentre en permanencia o transitoriamente en el país.

En materia de migración, el derecho a la salud no solo se vivencia como un derecho autónomo sino que también se puede relacionar con otro tipo de derechos, de los cuales, lo que se podría colegir es que sin los otros derechos garantizados la salud se ve en perjuicio. Tal es el caso del derecho a la alimentación para la población migrante, pues si esta no se satisface de manera correcta, la salud se ve comprometida.

Es justamente debido a la relación tan estrecha entre el derecho a la salud como un derecho humano y los derechos de la población migrante que su protección es imperativo para los estados en sus políticas legislativas y migratorias, entendiendo la importancia que se genera para la vida en condiciones dignas de todas las personas que habiten el territorio colombiano.

En momentos coyunturales como los que atraviesa el mundo en materia migratoria, es importante y necesario que los derechos humanos puedan ser protegidos de manera integral, si esto implica que se protejan derechos como la salud desde su acceso en condiciones de igualdad, universalidad, eficacia; programas de atención a la salud mental, alimenticios para promover hábitos saludables entre otros, pues es este entonces un llamado a dicha protección.

Si se observa la situación migratoria por la que atraviesa Colombia se dice que las cifras superan más de un millón de personas que se han desplazado de Venezuela, algunos en condición migratoria regular y otros, en proceso de regularización; esta situación alerta también las políticas en materia de acceso a la salud toda vez que la mayoría de las mujeres

se encuentran en edad reproductiva, lo que implica mayor movimiento del sistema de seguridad social en salud en el país.

Sin embargo y a pesar de estas circunstancias, no se evidencian reglas que permitan la negativa del acceso a la salud para las personas en condición migrante, ni mucho menos, discriminación en relación a su situación relacionada con su residencia o nacionalidad.

Habiendo entonces conocido la importancia del derecho a la salud como un derecho humano, y el cual debe ser garantizado a todas las personas, procederemos a destacar la importancia de la garantía de este derecho a quienes se encuentran en condiciones o con estatus migratorio en el territorio Nacional, enfocado en las personas migrantes provenientes de Venezuela ya que son el mayor número de ciudadanos reportados en Colombia desde las diferentes circunstancias políticas desde el año 2018 que inició el éxodo masivo de venezolanos a diferentes lugares del mundo en especial el territorio colombiano dada su cercanía.

En Colombia el derecho a la salud como se dijo anteriormente cuenta con la categoría de ser un derecho fundamental y así se encuentra consagrado en la Constitución Política, es uno de los requisitos y obligaciones que tienen los trabajadores y empleadores colombianos en el momento de que se da inicio a la relación laboral, de cumplir con la afiliación al Sistema General de Seguridad Social Integral (SGSSI) el cual se encuentra en un marco normativo que nace con la Ley 100 de 1993.

De ahí entonces que las personas que tienen relaciones laborales deben estar afiliadas al sistema de salud, y con ellas quienes sean sus beneficiarios, pues la salud como derecho fundamental también es una obligación laboral tanto para el empleador de afiliar como para el trabajador de cumplir con las obligaciones que el propio sistema impone, como el autocuidado y el pago del porcentaje correspondiente. En el caso de los trabajadores independientes serán estos quienes deben asumir de manera directa su afiliación al SGSSI incluyendo los aportes realizados al sistema de salud.

Desde las afiliaciones que realizan los empleadores y trabajadores se inicia la respectiva financiación al sistema de salud, pues si bien es concebido como un derecho fundamental y servicio público esencial en cabeza del Estado, la salud tiene un componente de financiación particular, conocido como una financiación tripartita entre el empleador, los trabajadores y el Estado.

Siendo entonces que el sistema de salud es, y en este sentido recapitularemos lo antes dicho: un derecho humano, fundamental, un servicio público esencial, financiado por particulares y el Estado, ¿por qué es negado a las personas el derecho a un goce efectivo? ¿por qué si el derecho a la salud debe ser garantizado a todas las personas que se encuentran en el territorio Nacional lo que incluye población migrante, es negado el acceso?. Al respecto la Corte Constitucional ha desarrollado diferentes líneas de argumentación e interpretación de las normas, así como indicado la importancia del acceso a la salud para todas las personas.

Veamos entonces diferentes conceptos en el derecho a la salud de modo que se pueda partir para ese estudio de las cuestiones generales que comprende el derecho como tal y luego, la particularidad en relación con las personas migrantes venezolanas que se encuentran en Colombia.

Para Chinchilla (1997) los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados. Es decir que han pasado todo un ejercicio de ser insertados en el ordenamiento jurídico lo que les ha permitido adquirir una mayor posibilidad de garantía a su protección.

Axiológicamente los derechos fundamentales son inherentes o esenciales a las personas, esto en palabras de Chinchilla (1997) significa que son valores y principios supremos. Este ejercicio de saber si son o no inherentes a las personas, requiere un razonamiento axiológico.

Según lo que indica la sentencia T-406 de 1992, los derechos fundamentales han tenido un reconocimiento expreso que fue realizado por el constituyente en 1991. Este reconocimiento

se incorporó en la Constitución Política, la norma suprema y fundamental que eleva a ese rango los derechos humanos, una vez son incorporados en el ordenamiento jurídico.

De esta manera, los derechos fundamentales que si bien, en principio son derechos humanos, alcanzan el rango constitucional una vez son puestos dentro de la Carta Fundamental donde se presenta un alcance para todos los ciudadanos del territorio pero extensivo para quienes se encuentren dentro de este. Es decir, que los derechos fundamentales corren la misma suerte de los derechos humanos, son para todos independientemente de su nacionalidad, raza, sexo, religión.

Como se mencionó anteriormente, la teoría de los derechos fundamentales, acoge que los derechos humanos sean positivizados en las constituciones de los Estados, en ese sentido, y bajo un análisis axiológico, toda persona que es titular de un derecho humano, lo es *per se* de un derecho fundamental. No obstante nuestra Corte Constitucional ha dotado de derechos fundamentales a otros sujetos como los animales y el medio ambiente, sin embargo, no sería correcto asumir la seguridad social o la salud como un derecho tutelable para estos últimos.

Chinchilla (1997) menciona que los derechos fundamentales individuales son los únicos aptos para ser amparados por la acción de tutela, en cuanto, los efectos de esta son *inter partes* y *no erga omnes* por lo que en particular, respecto al derecho fundamental a la salud, serán entonces las personas, ya no solo ciudadanas colombianas sino, quienes ostenten la condición de humana quienes podrán solicitarle al Estado la protección de este derecho fundamental.

La interpretación entonces la cual, se realiza con base en el principio pro hombre, permite inferir que si las personas (seres humanos) son titulares de los derechos fundamentales por su condición, lo serán entonces también quienes a pesar de no ser ciudadanos colombianos, se encuentren en el territorio bajo un estatus migratorio regular o no. Quienes no cuentan con documentos para ser considerados migrantes regulares, no dejan por esta razón de ser considerados personas, por lo que también, axiológicamente le deben ser garantizados los derechos fundamentales.

Por otro lado, las personas migrantes irregulares, son también reconocidas como personas en condiciones de extrema vulnerabilidad, y así lo ha reconocido ACNUR, pues suelen ser los grupos poblaciones con mayores posibilidades de vulneración a sus derechos. En este sentido, los Estados están llamados a proteger a estos grupos de personas sin importar su condición migratoria.

De ahí entonces que el derecho a la salud, debe ser garantizado en especial atención a los niños, niñas y adolescentes, en relación con cualquier otra personas a estos, independiente de su nacionalidad el derecho le debe ser asistido, incluso de manera gratuita.

Bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad que trae la Ley 100 de 1993, el derecho a la salud debe cubrir a toda la población en condiciones además optimas. Con la universalidad del derecho fundamental a la salud, la calidad de vida de las personas puede mejorar y esto, se representa en el bienestar de la ciudadanía.

Los residentes en el territorio colombiano gozarán del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida; lo que incluye a la población colombiana y extranjera que resida en el país. El Estado colombiano ha desarrollado acciones para la garantía del derecho a la salud de la población migrantes, las cuales i) viabilizan la atención de urgencias para el caso de los inmigrantes en situación irregular, ii) permiten acceder al aseguramiento de una parte de esta población de acuerdo con su estatus migratorio y iii) fortalecen la gestión de la salud pública en las entidades territoriales más afectadas (Fupad, s.f).

Ahora bien, es pertinente analizar qué ha dicho la Corte Constitucional en relación con el derecho a la salud para los colombianos de modo que desde la garantía para los ciudadanos pueda interpretarse también esta hacia las personas con estatus migratorio regular e irregular y que se encuentren asentados en Colombia.

De conformidad con los artículos 48 y 49 constitucionales, la Seguridad Social en Salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas en su faceta

de “*promoción, protección y recuperación de la salud.*” Estas disposiciones constituyen una de las tantas cláusulas constitucionales mediante las cuales el constituyente recordó al pueblo colombiano que la garantía de los derechos fundamentales no pende de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser humano; de ser persona que habita el territorio nacional. Y esta cláusula, leída sistemáticamente con el artículo 13 de la Carta, permite inferir que, de manera especial, se debe velar por garantizar el derecho a la salud de “aquellas personas que, por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta”(Sentencia, T-210 de 2018)

Este derecho debe ser garantizado a todas las personas residentes en el territorio nacional, pues es algo ligado al ser humano. Es decir, sin salud el ser humano no puede vivir y por ello no puede renunciar a ese derecho y debe garantizársele (Fupad, s.f)..

En los primeros desarrollos acerca del derecho a la salud, la Corte concluyó que éste no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que se concretara en una garantía de aplicación inmediata, como cuando, en aplicación de la tesis de la conexidad, se evidenciaba que su vulneración se materializaba en una afrenta contra el derecho a la vida o la integridad personal. Esto se entendió así porque, “tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos –derechos fundamentales –, por una parte, y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional – derechos de segunda generación– para cuyo cumplimiento se requiere de una acción legislativa o administrativa. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa, mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho de segunda generación, conllevaba a su vez el desconocimiento de uno fundamental”(Sentencia, T-210 de 2018)

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional replanteó las reglas mencionadas y precisó el contenido y alcance del derecho a la salud y de otros derechos económicos, sociales y culturales. Así, a partir de la relación íntima que guarda este derecho con el principio de dignidad humana, la Corte sostuvo que sería ‘fundamental’ todo derecho constitucional que funcionalmente estuviera dirigido a la realización de la dignidad humana y fuera traducible

en un derecho subjetivo. Para ello, sostuvo que dicho concepto de dignidad humana habría de ser apreciado en cada caso concreto, según el contexto en que se encontrara cada persona, ya que son “las circunstancias únicas y particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental.

Los derechos fundamentales son los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable caracterizada por su racionalidad que le permite ejercer sus deseos y apetencias libremente. De ahí que se le reconozca una dignidad -la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales ésta se vería discriminada, enervada y aún suprimida. (Sentencia T-227 de 2003

La Corte Constitucional sostuvo que el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma “cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho”.(Sentencia, T-210 de 2018)

Con estos argumentos, la Corte Constitucional insiste en la prestación del servicio a la salud como un derecho fundamental, pues dentro de análisis es claro que concibe que este ha sido categorizado como un derecho humano otorgándole una de las mayores características que puede tener un derecho cuando dentro de su positivización adquiere el carácter de humano con protección internacional.

Ahora bien, habiendo estudiado el derecho a la salud como un derecho humano y fundamental, que se encuentra vinculado estrechamente con los estados sociales de derechos. En Colombia una vez el derecho a la salud adquiere la connotación de ser fundamental, tuvo consigo algunos aspectos relevantes para su cumplimiento. Tal es el caso del principio de progresividad, que implica que las políticas, normas, programas y proyectos en torno a la

salud siempre abarquen mayor población y siempre se piensen a futuro sin retroceso en estas, de ahí entonces que si bien, en 1993 con la expedición de la Ley 100 no fueron considerados algunos aspectos en el POS pues hoy, 20 años después, estos sean incluidos.

Tal como se dijo anteriormente este derecho pasa además por ser una obligación de carácter laboral, para que puedan las personas entonces participar del sistema de salud, deben cumplirse los requisitos que exige la ley para realizar el proceso de afiliación al sistema, teniendo en cuenta que en Colombia, todos y todas son sujetos de este derecho, algunos desde su capacidad de pago, otros desde el sistema subsidiado, bastará con ser persona para que la salud cobre el valor de ser un derecho, al respecto veremos:

Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 expedido por el Gobierno Nacional Social el 6 de mayo de 2016. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 de dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma establece que para afiliarse y acceder a la totalidad de los servicios del SGSSS, los ciudadanos deben presentar alguno de los siguientes documentos:

“Artículo 2.1.3.5 Documentos de identificación para efectuar la afiliación y reportar las novedades. Para efectuar la afiliación y reportar las novedades, los afiliados se identificarán con uno de los siguientes documentos:

- 1. Registro Civil Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses.*
- 2. Registro Civil Nacimiento para los mayores de 3 meses y menores de siete (7) años edad.*
- 3. Tarjeta de identidad para los mayores (7) años y menores de dieciocho (18) años de edad.*
- 4. Cédula de ciudadanía para los mayores de edad.*
- 5. Cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda, para los extranjeros.*
- 6. Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad refugiados o asilados”. (Negrilla fuera del texto original).*

Estas reglas de afiliación, establecen entonces como requisito principal que la persona cuente con un documento de identidad válido en el territorio para así obtener acceso al sistema de seguridad social específicamente el sistema de salud, de lo contrario, el sistema podrá negarle el acceso y la afiliación.

En este escenario, luego de haber reiterado la jurisprudencia constitucional relativa al derecho a la salud y hecho referencia a la normativa que estructura el Sistema de Salud, es necesario develar la forma en que, actualmente, todo lo anterior se dinamiza para la garantía del derecho a la salud de los migrantes en Colombia. Lo anterior, con el fin de comprender las complejidades que rodean la garantía del derecho a la salud de este grupo poblacional que, como se explicará más adelante, se encuentra en condiciones de especial vulnerabilidad y merecen una atención en salud “hasta el más alto nivel posible” como estándar de garantía para la prestación del servicio de salud.

La afiliación de las personas venezolanas al sistema de salud en 2018 fue muy baja, de un 24,5 % en comparación con el 93,3 % de la población colombiana. Contrario a lo esperado, dadas las políticas públicas aplicadas en Colombia para regularizar la estadia de las personas venezolanas y mejorar su acceso a derechos sociales, estas cifras son inferiores a las reportadas con la Gran Encuesta Integrada de Hogares del 2017. De manera que, en lugar de ampliarse la cobertura en salud para los migrantes, se redujo. (Rodríguez et Al, 2021)

En primer lugar, la Corte hace referencia a los derechos de los extranjeros en Colombia, profundizando en lo que se ha dispuesto en materia del derecho a salud, en sede de control abstracto de constitucionalidad. Posteriormente, se desarrollará el alcance del derecho a la salud de los migrantes conforme el derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones mínimas del Estado colombiano en la materia. Y finalmente, se explicará el marco legal migratorio en Colombia y la forma en que el mismo influye actualmente en la garantía del derecho fundamental a la salud de los migrantes en el país. (Sentencia, T-210 de 2018)

1.1 El derecho la salud de las personas que presentan estatus de extranjeros en el territorio colombiano.

Los derechos humanos son universales, se consideran innatos en los seres humanos. Son inalienables pero se relacionan entre sí. Al ser universales, crean obligaciones para su protección, pues la finalidad es justamente ser protegidos de las transgresiones que se pueden dar por parte de otros, especialmente por los Estados. (Organización Internacional para las Migraciones, 2013)

Así como se conciben universales e inherentes a las personas los derechos humanos, debe señalarse que también lo son los derechos fundamentales que se encuentran en la Constitución Política, pues en efecto y como se dijo anteriormente, han sobrepasado el test de la positivización interna (Chinchilla, 1997) y de esta manera, han sido incorporados en el ordenamiento jurídico, solo que con acceso a garantía para su protección, con un derecho más fuerte y no lo que se conoce como soft law.

La migración internacional, que no es otra cosa diferente a la entrada y salida de un territorio soberano (Organización Internacional para las Migraciones, 2013), esto suele tener injerencias en la soberanía y la nacionalidad como conceptos. De ahí que los diferentes estamentos internacionales encargados de la protección de los derechos humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hubiere señalado la prohibición de discriminación por razones de nacionalidad.

El artículo 100 de la Constitución se refiere concretamente a los derechos de los extranjeros y dispone que éstos gozan de los mismos derechos civiles y garantías que se les conceden a los colombianos. En este mismo artículo el constituyente dispuso que, por razones de orden público, el ejercicio de determinados derechos civiles de los extranjeros puede ser limitado o negado. Así mismo, estableció que el goce de las garantías concedidas a los colombianos se hará “*con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley*”. Respecto de los derechos políticos, señaló que éstos están reservados a los colombianos, aunque contempló la posibilidad de que el Legislador reconociera a los extranjeros residentes en Colombia el

derecho al voto en las elecciones y consultas populares municipales o distritales. (Sentencia, T-210 de 2018)

Todas estas disposiciones constitucionales, así como los tratados internacionales sobre derechos humanos y los tratados multilaterales y bilaterales que sobre la materia haya ratificado el país, son fuentes que constituyen el catálogo de derechos fundamentales de los extranjeros en Colombia. Sin embargo, pese a que estas disposiciones y, en particular, el artículo 100 constitucional hacen un reconocimiento de los derechos y los deberes de los extranjeros, no se deduce de este último que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales.

Con relación a las distinciones que se realizan en materia de DESC, la misma sentencia estableció que toda persona, incluyendo a los extranjeros, tienen derecho a recibir una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana; un núcleo esencial mínimo que el Legislador no puede restringir, especialmente en materia de salud. Señaló también que este tipo de derechos, por otra parte, tienen una zona complementaria la cual es definida por el correspondiente órgano político de representación popular, atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales.

Con base en lo expuesto puede concluirse, en primer lugar, que, si bien existe un mandato de igualdad expreso entre extranjeros y nacionales en el artículo 13 y 100 constitucional, la Carta autoriza la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales; y, en segundo lugar, que las diferenciaciones realizadas con fundamento en la nacionalidad, por basarse en un criterio sospechoso de discriminación, son inadmisibles salvo que existan suficientes razones que las justifiquen. (Sentencia, T-210 de 2018)

Para los años 2017 e inicios de 2018, el impacto en el derecho a la salud de las personas migrantes, o el impacto en el sistema de salud, no era exagerado como lo ha sido desde mediados del año 2018 y a la fecha.

Si para 2017, en el país se encontraban aproximadamente en 550 mil -según las cifras de la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia- el hecho que solo 24.727 de ellas, esto es, un 4.49% de la población haya accedido a los servicios de salud, significa que el efecto que tuvo en el sistema, considerado de manera general, no fue mayor, aun cuando la tercera causa de emigración de venezolanos es el estado del sistema de salud de su país. (González, 2018)

En lo que respecta a las regiones del país, según González (2018) se han presentado incrementos en las atenciones a las personas migrantes, estas zonas en específico se refieren a los departamentos del Santander y Norte de Santander, Barranquilla y Medellín. Estos incrementos han generado algunos retrasos en las atenciones así como negaciones en el servicio.

Según las cifras de Amnistía Internacional (2018) el Municipio de Maicao atendió tres veces más personas en el año 2018 que en el año 2017. Estas cifras son alarmantes dado que se trata de un hospital que tiene déficit en sus recursos, además de malos manejos administrativos.

La situación descrita además de “alertar” a las entidades gubernamentales de las necesidades de mejorar los presupuestos en los Departamentos, también deja claro y en evidencia que a pesar de estas situaciones, el derecho a la salud a las personas migrantes de Venezuela no fue negado.

Para Cubillos et Al (2018) el fenómeno migratorio en efecto, ha contribuido a mayores dificultades en la prestación del servicio de salud, pero esto lo que ha permitido es también detectar las fallas que el sistema presenta. En efecto, el Hospital de la ciudad de Cúcuta ha sido uno de los más afectados con este fenómeno, pues no alcanza a cubrir la demanda de servicios que debe prestar.

Otro de los aspectos que Cubillos et Al (2018) destacaron en la investigación, se enfoca en la mortandad infantil proveniente de niños y niñas venezolanos, quienes a causa de la falta de atención y condiciones óptimas para su garantía de vida, se enfrentan a la muerte en la primera infancia.

1.2 El derecho a la salud de los migrantes según las normas de Derechos Humanos y las obligaciones del Estado

Para Camacho (2013) el instrumento internacional más completo sobre derechos de migrantes es la Convención Internacional para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1990. Forjada en un largo proceso desde finales de los sesenta y la década de los ochenta, la Convención tardó 13 años en entrar en vigor, pues la resistencia de los Estados a aceptarla determinó una gran lentitud de las ratificaciones requeridas. La mayoría de los grandes países receptores de migrantes no están entre los 36 países que a la fecha la han ratificado.

La Convención no crea nuevos derechos sino que explícitamente recoge y enumera compromisos ya aceptados en el orden jurídico internacional de los derechos humanos y en convenciones de la OIT. Pero evidentemente existen fuertes resistencias a aceptar principios de igualdad de trato (remuneración, horarios, seguridad, condiciones laborales), derecho al debido proceso, acceso a seguridad social, educación, y otros derechos políticos, económicos, sociales y culturales para trabajadores migrantes. (Camacho, 2013)

Además, la Convención contiene un capítulo específico sobre derechos de trabajadores migrantes en situación irregular. Para algunos países, los derechos garantizados por la Convención son iguales o aún mayores que los otorgados por la legislación interna a sus nacionales; obviamente, además, la aplicación efectiva de esos derechos a migrantes tiene un determinado costo económico y social.

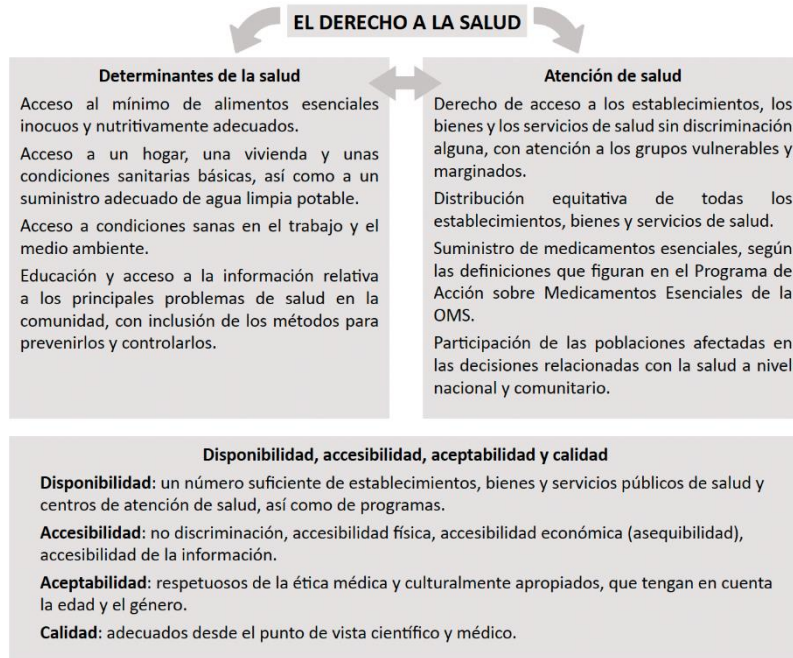
El acceso a la salud como derecho humano primordial aparece ya consagrado en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en Nueva York en 1946. En ésta se define a la salud como “un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no

sólo la ausencia de afecciones o enfermedades”. Además se establece un principio esencial según el cual: “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, ideología política o condición económica o social. (Camacho, 2013)

Aunque varios tratados de derechos humanos se refieren al derecho a la salud, el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la articulación más completa al reconocer “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Un aspecto fundamental del derecho a la salud es que comprende tanto “libertades” como “derechos.” (Organización Internacional para las Migraciones, 2013)

Con relación al derecho a la salud de los migrantes, las reiteradas referencias al principio de no discriminación en el derecho internacional garantizan a los migrantes regularizados o en situación de irregularidad el derecho a la salud. En desarrollo de dicho principio, la Observación General no. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) señala que los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la salud de todas las personas en sus facetas preventiva, paliativa y curativa, “incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales”(Sentencia T-201 de 2018). Así mismo, indica que deben abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado, y particularmente, deben abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. (Sentencia, T-210 de 2018)

Gráfica 1 Alcance del derecho a la salud según la Observación General no. 14



Fuente: Organización Internacional para las Migraciones, 2013

El derecho a la salud, implica aspectos que se reconocen determinantes así como aspectos relaciones con la atención. Es determinante que las personas puedan acceder a alimentos esenciales así como a condiciones de higiene óptimas tanto en el hogar como en el trabajo. Mientras que son aspectos relacionados con la atención aquellos que tienen relación con el acceso a la salud.

Por otro lado, la Observación General no. 14 también ha determinado cuatro aspectos importantes en relación con el derecho a la salud de las personas migrantes:

Disponibilidad: que los Estados cuenten con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, así como centros de atención en salud.

Accesibilidad: relacionados con el principio de no discriminación, la accesibilidad garantiza el acceso a los servicios de salud y el acceso a las personas migrantes en sus diferentes etapas de la vida.

Aceptabilidad: los establecimientos y bienes que presten servicios de salud deben contar con condiciones aceptables, ser incluyentes en relación con el género, y adecuados desde el punto de vista cultural.

Calidad: Los establecimientos y bienes que presten servicios de salud deben ser adecuados desde el punto de vista médico pero a su vez científico, lo que implica estar dotados de personal idóneo para la prestación de los servicios de salud.

Estos aspectos tienen relación intrínseca con el derecho a la salud no solo para las personas migrantes sino también para quienes no lo son. La relevancia se encuentra en que se debe garantizar el acceso en las mejores condiciones especialmente a quienes ostentan esta condición migratoria ya que se encuentran despojados de su nacionalidad y alejados de su territorio.

Por su parte, la reciente Declaración del Comité sobre las Obligaciones de los Estados con respecto a los Refugiados y los Migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2017), determina el alcance del derecho a la salud de esta población al señalar que “el contenido mínimo esencial de cada uno de los derechos debe protegerse en todas las circunstancias, y las obligaciones que esos derechos conllevan deben hacerse extensivas a todas las personas que se encuentran bajo el control efectivo del Estado, sin excepción. (Sentencia, T-210 de 2018)

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se denunció que “la mayoría de los países solo ofrecen a los migrantes en situación irregular el acceso a la atención médica de urgencia. La anterior es, en principio, armónica con el derecho internacional ya que la misma Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) concede el derecho de los trabajadores migratorios y de sus familias a la atención médica de urgencia pues indica expresamente que, al igual que los nacionales, deberán poder recibir “cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños

irreparables a su salud” con independencia de que exista “irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo” (artículo 28, Naciones Unidas, 2014)

Según Camacho (2013) de recién aparición y divulgación por la propia ONU, así como de la OMS y diversos organismos internacionales que incluyen a la OIT, la iniciativa del Piso de Protección Social en un mundo de desigualdades colmada de trabajadores migrantes no puede dejar de ser mencionada como colofón de este trabajo, ya que sin duda garantiza la inercia en la que nuestros países y los países pobres de mundo convergen en una realidad que sin duda dista mucho de la buena intención de esta iniciativa.

Éste es el objetivo de la iniciativa conjunta de las Naciones Unidas acerca de la creación del denominado “Piso de Protección Social”. Reconociendo la importancia estratégica y la necesidad de garantizar una protección social universal, la Junta de Jefes Ejecutivos del Sistema de las Naciones Unidas adoptó, en abril de 2009, la Iniciativa Mundial de un Piso de Protección Social universal como una de las nueve iniciativas para abordar la crisis económica actual. Posteriormente, varios organismos internacionales han respaldado la iniciativa del Piso de Protección Social; entre ellos destacan: la Resolución de las Naciones Unidas sobre la Integración Social, adoptada durante la 48ª sesión de la Comisión de Desarrollo Social; las puntuales recomendaciones de los ministros de Trabajo y del Empleo del G-20; el “Pacto Mundial para el Empleo” de la OIT; la OMS; la OCDE; el Foro de Ministerios de Desarrollo Social; el Consejo Internacional del Bienestar Social, entre otros. (Camacho, 2013)

Es una realidad que el hecho de garantizar la atención de urgencia a los migrantes en situación irregular puede trazar nuevas problemáticas y retos para los Estados, que pueden repercutir en la salud de los mismos migrantes. Lo anterior, debido a los diferentes matices que, en cada caso concreto, puede tener el concepto de ‘urgencia’ consagrado en la legislación interna de cada país. Al final, la decisión sobre cuando una afección puede ser considerada o no urgente recae en los profesionales de la salud. (Sentencia, T-210 de 2018)

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

No obstante, de acuerdo con otros instrumentos de derecho internacional y algunos desarrollos recientes de *soft law* sobre el contenido mínimo esencial del derecho a la salud de los migrantes, se ha establecido con fundamento en el principio de no discriminación, que (i) el derecho a la salud debe comprender la atención integral en salud en condiciones de igualdad e ir mucho más allá de la urgencia. Por eso, de contar con estándares más bajos, (ii) pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la “obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas; especialmente y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atentan contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud. (Sentencia, T-210 de 2018)

Una lectura en perspectiva constitucional de la normativa vigente informada por los documentos presentados a este despacho por las distintas organizaciones de apoyo a migrantes, permite a la Corte develar 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.

Lo anterior, hace improbable entonces que los municipios puedan lograr la materialización del principio de universalización del aseguramiento y, por ende, conseguir la afiliación de toda esta población al régimen subsidiado (Ley 1438 de 2011).

Por otra parte, además de presentar múltiples barreras para lograr su regularización y posterior afiliación al SGSSS, la Corte advierte que los migrantes venezolanos en situación de irregularidad no afiliados, si bien generalmente son valorados como ‘población pobre no asegurada’, solamente reciben atención de urgencias por parte del sistema, como se explicará más adelante. Esto puede deberse también a la imposibilidad jurídica y material que actualmente tienen de establecer un domicilio, incluso aquellos migrantes que cuentan con

PEP, lo cual a su vez dificulta el cumplimiento de la obligación de los departamentos de financiar con los recursos propios la atención integral en salud de toda la población pobre no asegurada, incluidos los migrantes en situación de irregularidad (Ley 715 de 2001).

En relación a las condiciones que establece el Ministerio de Salud para la población migrante venezolana, se identificó siete grupos de migrantes con condiciones particulares para el acceso a la salud, las cuales se representan en la siguiente tabla:

Tabla 1. Mecanismos de acceso a la salud identificados por el Ministerio de Salud en Colombia para los migrantes venezolanos.

ESTATUS MIGRATORIO	ACCESO AL DERECHO A LA SALUD
<p>1.</p> <p><i>Colombianos retornados con sus familias</i></p>	<p>Para su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud y ante la existencia de dificultades socio económicas, se registra en el régimen subsidiado como población especial (Decreto 2228 de 2017). Para ello, deben hacer parte de listados con censos especiales o realizar la encuesta SISBEN. A través de este mecanismo y previo trámite ante la Registraduría o Migración Colombia, se puede afiliar a las personas de un mismo núcleo familiar.</p> <p><i>Por decisión de la autoridad de Planeación Nacional, en la encuesta SISBEN se incluyó a las personas extranjeras y solo se puede aplicar a personas en situación regular.</i></p>
<p>2.</p> <p><i>Nacionales venezolanos en condición regular</i></p>	<p>Pueden afiliarse al sistema de Seguridad Social, ya sea como dependientes (trabajan como empleados) o independientes. En caso de no estar en condiciones de aportar, pueden solicitar la aplicación de la encuesta SISBEN y, si cumplen los requisitos, afiliarse al régimen subsidiado.</p>

<p>3. <i>Inmigrantes con Permiso Especial de Permanencia (PEP)</i></p>	<p>Se aplican las mismas condiciones que para los nacionales venezolanos en condición regular. En materia de acceso a salud, el PEP permite a los migrantes que trabajan ser afiliados al sistema de seguridad social en salud; su expedición y trámite se encuentra a cargo de Migración Colombia.</p>
<p>4. <i>Nacionales Venezolanos en situación migratoria pendular</i></p>	<p>Son personas que tienen la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF). Este documento no permite el acceso de los migrantes a los servicios básicos de salud. En caso de necesitar atención de urgencias, deben ser atendidos por las IPS (públicas y privadas). Los costos de la atención que no sean una urgencia, deberán ser asumidos directamente por la persona o a través de un seguro o póliza.</p>
<p>5. <i>Migrantes Irregulares</i></p>	<p>Se les garantiza la atención inicial de urgencias. También pueden ser beneficiarios de planes en materia de salud pública desarrollados por los municipios y departamentos, que cobijan a toda la población del país. Podrán acceder a los servicios ofrecidos por organizaciones sociales que trabajan en apoyo a la población migrante, en asocio con las Secretarías de Salud en las ciudades.</p>
<p>6. <i>Pueblos Indígenas en territorios de frontera entre Colombia y Venezuela</i></p>	<p>Se trata de pueblos reconocidos por la autoridad indígena de cada comunidad. La afiliación al Sistema de Seguridad Social se realiza de manera prioritaria, en el régimen subsidiado, como población especial, previo censo que los propios pueblos realicen de su población y registren ante el Ministerio del Interior.</p>
<p>7. <i>Extranjeros de paso en Colombia</i></p>	<p>No se ha previsto una atención especial en salud para este tipo de migrantes. Por eso, al ingresar al país deberán tener un seguro médico o póliza que los proteja ante cualquier situación que ponga en riesgo su salud, pues el no tenerlo lo hace responsable del pago de los servicios de salud que se presten.</p>

Fuente: Fundap (s.f)

Estos grupos categorizados por el Ministerio de Salud se encuentran en las diferentes condiciones que atraviesan las personas migrantes o que son condiciones que podrían darse y las cuales serían necesarias para el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley colombiana para acceder a los servicios de salud, así entonces miremos estos siete grupos a que se refieren:

1. Son ciudadanos colombianos que tenían residencia o asentamiento en Venezuela y que retornaron al país y que por condiciones socioeconómicas no pueden realizar afiliación como cotizantes en el SGSSS, previos censos podrán hacer parte del régimen subsidiado en salud.

2. Venezolanos con condición migratoria regular, es decir aquellos que tienen su documentación de ingreso al país al día, cuentan con visa o residencia colombiana lo que les permite acceder a los servicios de salud bien sea como cotizantes porque medie una relación laboral o en caso de no contar con recursos, previo censo, podrán hacer parte del régimen subsidiado.
3. Personas venezolanas con Permiso Especial de Permanencia (PEP), estas podrán acceder a los servicios de salud bien sea porque puedan ser cotizantes ya que este permiso les permite trabajar en condiciones de legalidad y a su vez permite la afiliación en el SGSSS o en caso de no contar con los recursos, previo censo, ser parte del régimen subsidiado en salud.
4. Estas personas no cuentan con un PEP sino un permiso que les permite movilizarse entre las fronteras de ambos países sin embargo, este permiso no es suficiente para contar con el acceso al servicio de salud en Colombia, salvo que se trata de una urgencia médica, cualquier IPS debe garantizar este servicio sin restricción alguna por su condición migratoria.
5. Estos migrantes no cuentan con ninguna clase de permisos, incluso no tienen aquel que les permite realizar movilidad entre ambas fronteras, no obstante el servicio de salud en cuanto a emergencias y urgencias médicas debe ser garantizado y prestado, aquí es importante destacar el papel que juegan los Departamentos y Municipios en cuanto a sus planes de salud pública.
6. Este tipo de poblaciones dado que son especialmente protegidas por sus condiciones étnicas, al ser pueblos indígenas que se encuentran asentados en las fronteras como el caso de las comunidades Wayuu venezolanas tienen afiliación prioritaria en el Sistema de Salud Subsidiado, deben contar con un censo que realiza el Ministerio del Interior y donde los categorizan como comunidades indígenas, sin duda se trata de una protección especial.

7. Este tipo de personas que pueden ser provenientes de cualquier país no tienen garantía de acceso al servicio de salud en Colombia, pues para estos, que como su nombre lo indica, se encuentran de paso, no se han establecido criterios legales que les pueda atribuir un derecho a este servicio, por lo tanto, cualquier atención en salud debe hacerse por medio de servicios de salud particulares.

Con lo desarrollado en este capítulo, las personas migrantes encuentran barreras en el acceso a la salud debido principalmente a la falta de estatus migratorio regular, la falta de poder acceder a los documentos que les acredita la condición de ciudadano o ciudadano extranjero con documentos que legitimen su permanencia en el país. En este orden de ideas, las causales más recurrentes para la negación del servicio y acceso a la salud de las personas venezolanas son: no ser ciudadano colombiano o cónyuge o compañero permanente de un colombiano, no tener condición regular migratoria, falta del PEP; una vez la persona no cuenta con estos aspectos, es suficiente para que el derecho a la salud, al menos en condiciones integrales les sea garantizado, pues solo tendrían derecho a los servicios de urgencias y emergencias médicas.

En palabras de Cabieses et Al (2018) en la región Latinoamericana y del Caribe, ciertos países receptores cuentan con iniciativas a nivel de leyes o políticas que buscan otorgar prestaciones en salud a migrantes internacionales. Si bien no corresponden a políticas de salud migratorias, estas logran administrar la coordinación intersectorial, la capacitación de trabajadores de la salud y las estrategias para ampliar la cobertura y acceso a servicios ¹³. Por su parte, la teoría desde la globalización incorpora una perspectiva de desigualdad socioeconómica y contradicción a escala global; brechas económicas entre países que se posicionan en un mercado mundial se definen como motor de los movimientos humanos, siendo las doctrinas de seguridad nacional o de restricción aquellas causantes de la precariedad que afecta a los flujos provenientes de países con menor capital económico.

2. DERECHO A LAS SALUD DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN COLOMBIA ENTRE LOS AÑOS 2019-2021

De acuerdo con los derechos humanos la salud es uno de ellos y debe ser garantizado para todas las personas en igualdad de condiciones, no obstante quienes se encuentran en condiciones migratorias irregulares en cualquier país tienen que sufrir con las consecuencias que se genera de esto, entre ellas, la falta de atención a los servicios de salud, en algunos casos, incluso a los mínimos en este sentido, conllevando con esto a una vulneración a los derechos humanos y a la vida en condiciones dignas de las personas migrantes.

En Colombia, la cifra de personas provenientes de Venezuela superan los 2.470.000 en diferentes condiciones migratorias (Plataforma de Coordinación Interagerencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, 2022) esta cifra, que aparentemente se ve en aumento, y dado que todas las personas no se encuentran en las mismas condiciones, permite que asuntos como la salud y el trabajo continúen siendo los más violentados en los diferentes países donde estos encuentran asentamiento.

En Colombia ha sido la sentencia T-210 de 2018 la que ha marcado la pauta respecto al derecho a la salud de las personas migrantes, al respecto señalando que:

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

La Corte Constitucional se pronunció en Sentencia T-611 de 2014 y estableció que la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 implicó no solo la desaparición de la figura de participantes vinculados del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, “generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a

la salud”. En otras palabras, después de esta norma, los entes territoriales tienen el deber de afiliar al Régimen Subsidiado a toda la población pobre que resida en su jurisdicción, y no se encuentre asegurada.

La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la sentencia T-614 de 2014 al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlo en el SISBEN. En esta ocasión, el Distrito aplicó erróneamente la extinta figura de los “participantes vinculados” y, por ende, omitió dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, prolongando en el tiempo la afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado de salud.

Esta sentencia que ha marcado el hito en el derecho a la salud, recoge algunos de los casos más relevantes y que dieron lugar a que la situación de este derecho pudiera ser resuelta por las entidades encargadas en el manejo de la salud.

A continuación se hará un recuento de los casos más relevantes que fueron estudiados y analizados por la Corte Constitucional en aras de proteger el derecho a la salud de las personas migrantes que se encontraran en el territorio colombiano. Estos casos correspondieron a la selección que la Corporación consideró pertinentes para su estudio.

2.1 Casos estudiados por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la salud de las personas migrantes en Colombia

Dado que la Corte Constitucional ha debido resolver un alto número de acciones de tutela enfocadas en la protección del derecho fundamental a la salud, en la realización de un rastreo de las principales decisiones que protegieran a los migrantes frente a esto, se encontraron tres decisiones de gran impacto. Estas decisiones se analizaron teniendo en cuenta la *ratio decidendi* de las decisiones y tomando algunos aspectos de los hechos relevantes que dieron lugar a la decisión.

Estas decisiones contienen los casos que unificó la Corporación para su estudio y donde determinó las reglas para que el acceso a la salud fuera garantizado a las personas con condición migratoria, regular e irregular.

2.1.1 Sentencia T-210 de 2018 Magistrado Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado

Revisión en la Corte Constitucional

Problema jurídico: La sentencia recoge otras acciones de tutelas que tienen un aspecto en común: El acceso a la salud a personas que son migrantes venezolanas y le han sido negadas las atenciones y la prestación del servicio por su condición migratoria.

Conclusiones: En general la Corte advierte que el derecho a la salud debe ser garantizado a las personas migrantes, especialmente si se trata de niños, mujeres gestantes, personas con enfermedades terminales, así como la atención inicial en urgencias.

Esta sentencia pretende dar cuenta de los casos más relevantes que analizó la Corte Constitucional para el año 2018 donde su argumentación se basa en el respeto por los derechos de las personas migrantes haciendo especial hincapié en la protección del derecho fundamental a la salud en relación con el acceso a este y el derecho a la vida.

Caso No. 1. T-6.578.193

En el presente caso, la accionante pretende el amparo de sus derechos fundamentales al considerar que le fueron vulnerados por la entidad accionada al negarse a garantizarle la prestación del servicio de salud y suministrarle el tratamiento que necesita. Por ello, pretende que se autorice la quimioterapia y los futuros medicamentos y/o tratamientos que requiere para el tratamiento de su enfermedad, conforme a lo ordenado por los médicos especialistas tratantes, mientras se resuelve la situación de afiliación al sistema general de seguridad social en salud en Colombia.

Como resultado de la solicitud de amparo, el juez de única instancia, denegó las pretensiones de la accionante porque no se encontraba afiliada al SGSSS y no contaba con ningún documento que demostrara que habían legalizado su permanencia en el país y que, a su vez, les permitiera realizar la afiliación al sistema.

Durante el trámite de revisión, la Corte fue informada que, el 22 de agosto de 2017, la señora recibió atención ambulatoria por médico radioterapista, el cual registró que la paciente no estaba recibiendo la concurrencia con quimioterapia *“por problemas administrativos ya que es ciudadana venezolana y el IDS no se lo autoriza”*.

Como se constató en la sentencia T-705 de 2017, en algunos casos excepcionales, la ‘atención de urgencias’ puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida.

En este caso particular, es preciso señalar que las mujeres venezolanas migrantes presentan riesgos diferenciales y agravados. Tal como lo manifiestan las organizaciones venezolanas que trabajan en la defensa de los derechos de la mujer, la situación de pobreza extrema que se vive en el vecino país ha afectado especialmente a las mujeres con jefatura del hogar. Además de lo anterior, las mujeres migrantes experimentan problemas de salud relacionados con su salud ginecológica diferenciales que son graves (como el cáncer de cérvix) y que pueden verse agravados con el fenómeno migratorio.

Por esta razón, esta Sala considera necesario advertir que además de encontrarse en una situación de enfermedad y de vulnerabilidad debido a su condición de migrante irregular, la actora es madre cabeza de familia, por lo que falta de protección de su vida puede repercutir en la garantía del interés superior de los menor cinco menores que tiene a su cargo y a quienes, debido a su situación de pobreza, no pudo traer con ella a Colombia.

La Sala encuentra necesario precisar – tanto para este caso como para el que analizará a continuación – que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander “es el encargado de gestionar y asegurar, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, la prestación de la atención de los servicios de salud requeridos y solicitados por el médico tratante como urgentes, así como también es el responsable de asumir los costos de los servicios de atención de urgencias” en los casos de extranjeros que no tienen los recursos para sufragar los mismos y se encuentran en situación de irregularidad. Además, que si bien los departamentos son los obligados a asumir los costos de los servicios de atención de urgencia, en virtud del principio de subsidiariedad y de la subcuenta existente para atender algunas urgencias prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de países fronterizos (Decreto 866 de 2017 del Ministerio de Salud), la Nación deberá apoyar a las entidades territoriales cuando ello sea requerido para asumir los costos de los servicios de atención de urgencias prestados a extranjeros no residentes, incluidos los migrantes irregulares.

De otra parte, si bien se garantizará el derecho de la accionante a recibir el tratamiento que requiere para controlar su enfermedad, la Sala evidencia que de acuerdo a lo informado por Migración Colombia, la señora no registra “pre-registro de Tarjeta de Movilidad Fronteriza, historia de extranjero, ni movimiento migratorio de ingreso legal al país”. Sin embargo, la información y documentación aportada por la accionante permite a esta Sala advertir que debido a que la misma es hija de madre colombiana y cuenta con el registro civil de nacimiento, tiene la posibilidad de solicitar su naturalización mediante el registro extemporáneo de su nacimiento y adquirir la calidad de ciudadana colombiana.

Como ciudadana colombiana, la señora Natty Yeraldín estaría facultada para adelantar los trámites de afiliación en el sistema de seguridad en salud y así acceder debidamente a los demás servicios médico asistenciales que requiera. Sin embargo, según se indicó por la Registraduría Nacional, la accionante aún no ha iniciado las gestiones correspondientes para solicitar la inscripción extemporánea de su nacimiento. Debido al grave estado de salud de la actora, y a las demás condiciones socioeconómicas que atraviesa debido a su calidad de madre cabeza de hogar y migrante irregular sin capacidad económica para sufragar sus costos

de salud, se instará a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que, de ser iniciado el trámite de inscripción extemporánea del nacimiento por parte de la señora, le brinde un trato prioritario. Lo anterior, con fundamento en el artículo 13 constitucional que ordena al Estado adoptar medidas especiales en favor de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de única instancia proferida el 23 de agosto de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cúcuta dado que negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la peticionaria, y en su lugar concederá el amparo de los derechos conculcados.

Caso No. 2 **T-6.578.985**

En el presente caso, la madre del menor de edad pretende el amparo de los derechos fundamentales del niño, quien actualmente tiene 2 años, al considerar que fueron vulnerados por la entidad accionada debido a que se negó a garantizarle la prestación del servicio de salud y a suministrarle la valoración por cirugía pediátrica que requiere, así como los demás tratamientos y/o medicamentos que necesita para atender su patología. Por ello, pretende que se autoricen dichos servicios conforme a lo ordenado por el médico tratante, mientras se resuelve su situación de afiliación al sistema general de seguridad social en salud.

A partir de las pruebas allegadas, la Sala constató que Miguel Arcángel ingresó el 31 de octubre de 2017, en compañía de su madre y personal del ICBF, al área de urgencias de la Clínica Imsalud en la ciudad de Cúcuta. La madre informa al personal que “desde el día de su nacimiento el menor presenta hernia inguinal y escrotal”, razón por la cual se ordena por el médico tratante ‘valoración por cirugía pediátrica’ y se le remite al Hospital Universitario Erasmo Meoz.

Como resultado de la solicitud de amparo en la cual la actora pidió que se decretara medida provisional, el juez de primera instancia, mediante auto del 28 de agosto de 2017, ordenó al Hospital Universitario que practicara la valoración por cirugía pediátrica del niño como

medida provisional. Posteriormente, el juez de primera instancia, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2017, decidió conceder el amparo de los derechos a la salud y a la vida digna del niño, y ordenó la valoración por cirugía pediátrica y la respectiva cirugía solo en el evento de que se califique por el médico tratante como urgencia vital.

Lo anterior con fundamento en que, pese a tratarse de una persona extranjera en situación de irregularidad que en principio puede recibir un trato diferenciado al del extranjero residente, el niño *“goza de especial protección constitucional (...) por tal motivo se le debe brindar sin ningún obstáculo administrativo la protección y garantía (...) de la atención de [URGENCIAS] en salud (...)”*.

Posteriormente, el juez de segunda instancia decidió revocar el fallo del *a quo* para en su lugar denegar la acción de tutela por considerar que (i) el niño no contaba con ningún documento que demostrara que había legalizado su permanencia en el país y que le permitiera realizar su afiliación al sistema, y que, además, (ii) el servicio que requiere no es urgente, por lo que no puede ser atendido con cargo al Instituto Departamental del Salud. Sin embargo, ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que brinde acompañamiento a la madre del niño a fin de que tanto ella como su hijo regularicen su situación ante Migración Colombia.

Mediante llamada telefónica realizada por el Despacho de la Magistrada Sustanciadora el día 5 de abril de 2018 al Centro de Migraciones de la ciudad de Cúcuta, no se pudo verificar si a la fecha el niño había sido intervenido quirúrgicamente o no.

Lo anterior permite inferir que, como lo dispuso el médico tratante, la cirugía de reparación de la hernia en este caso es urgente y no puede ser retrasada razonablemente sin poner en riesgo la vida del niño. Por esta razón, en su caso particular, el procedimiento solicitado hace parte de la atención de urgencias a la que el menor de edad tiene derecho.

De acuerdo con todo lo anterior, la Corte encuentra que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander desconoció los derechos fundamentales a la salud y a la vida del niño

Miguel Arcángel, puesto que no ha procedido a autorizar la cirugía que requiere, pese a que la misma ha sido considerada como urgente y prioritaria por el médico tratante especializado.

De otra parte, si bien se garantizará el derecho a la salud del menor de edad, la Sala evidencia que, de acuerdo con la documentación aportada por la madre del menor de edad, ambos cuentan con un pre-registro ante Migración Colombia. Sin embargo, llama la atención de la Sala que Migración Colombia, en respuesta al cuestionario enviado por este despacho, haya afirmado que ni el niño ni su madre cuentan con algún tipo de registro ante la entidad.

Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia proferida el 12 de octubre de 2017 por la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta dado que negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y la vida digna del niño y en su lugar confirmará parcialmente la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2017 toda vez que decidió amparar los derechos fundamentales del niño y ordenó a la accionada que autorizara la cirugía. Sin embargo, la ordenó solo en el caso en que la misma fuera considerada por el médico tratante como una urgencia vital, concepto que difiere del de ‘urgencia médica’ a que hace referencia la Circular 25 del 31 de julio de 2017 del Ministerio de Salud, aplicado en el presente fallo.

2.1.2 Sentencia T-452 de 2019 Magistrado Ponente José Fernando Reyes Cuartas

Revisión en la Corte Constitucional

Problema jurídico: La sentencia recoge otras acciones de tutelas que tienen un aspecto en común: El acceso a la salud a personas que son migrantes venezolanas y le han sido negadas las atenciones y la prestación del servicio por su condición migratoria. A diferencia de la anterior, esta sentencia ha recogido decisiones del año 2018 y 2019 donde se han encontrado casos semejantes.

Conclusiones: En general la Corte advierte que el derecho a la salud debe ser garantizado a las personas migrantes, especialmente si se trata de niños, mujeres

gestantes, personas con enfermedades terminales, así como la atención inicial en urgencias.

Siguiendo la línea de interpretación de los derechos humanos y el derecho fundamental a la salud, la Corte Constitucional en el año de 2019 realiza una nueva recopilación de los casos más relevantes para generar un precedente en cuanto a la garantía de este derecho a las personas migrantes que se encuentran en Colombia.

Caso No. 3 **T-7.210.348**

Secretaría de Salud de Riohacha

El Secretario de Salud Distrital de Riohacha envió escrito de 9 de julio de 2019, por medio del cual afirmó que la señora Karolay Beatriz González Brito retornó a su país de origen.

Recalcó que no existió vulneración del derecho a la salud alegado por la accionante porque recibió la atención médica de urgencias en el Hospital Nuestra Señora de los Remedios, tal como lo establece la reglamentación interna, según la cual es en los departamentos en quienes recae la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud de la “*población pobre no asegurada*” que se encuentre en su territorio.

Hospital Nuestra Señora de los Remedios E.S.E.

La jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Hospital mencionado sostuvo que el 12 de octubre de 2018 le fue brindada a la actora la asistencia médica de urgencias donde le fueron suministrados medicamentos intrahospitalarios y otorgada una fórmula médica para tratamiento ambulatorio de su enfermedad. Agregó que desconoce el estado actual de salud de la paciente porque desde esa fecha no ha acudido de nuevo a la institución.

Secretaría de Salud Departamental de la Guajira

La señora Luz María de los Ángeles Castañeda Acosta, en su condición de administradora temporal para el sector salud del departamento de la Guajira, manifestó que la accionante Karolay Beatriz González Brito no registra solicitud de atención inicial de urgencias en la Red Hospitalaria del Departamento de la Guajira. Paralelamente, indicó que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la usuaria y que desconoce su dirección de domicilio, teléfono de contacto o correo electrónico.

Caso No. 4 **T-210.462**

Secretaria de Seguridad Social y de Familia del Municipio de la Estrella, Antioquia

En escrito del 9 de junio de 2019, la entidad manifestó que la señora María Josefina Porte Arias, no registra ninguna solicitud de atención en la E.S.E. Hospital la Estrella. Además, advirtió que caso de que la actora pida los servicios médicos que requiere para tratar sus patologías, no está en capacidad de ofrecerlos debido a que es un hospital de primer nivel de atención.

Secretaría Seccional de Salud y Protección de Antioquia

En respuesta de 29 de julio de 2019, la entidad manifestó que de conformidad con el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, los extranjeros que ingresen al país, que no sean residentes y no estén asegurados deben procurar adquirir un seguro médico o plan voluntario de salud con el fin de amparar cualquier eventualidad relacionada con su salud y, por tanto, “al estado no le correspondería asumir los costos que se deriven de eventos clínicos que involucre extranjeros”.

Concluyó que los extranjeros tienen derecho a una atención de urgencia en salud, pero sin que exista dicha situación de urgencia el migrante está en el deber de adquirir un seguro médico o afiliarse al sistema de seguridad social en salud, siempre que cumpla con los requisitos para ello.

Caso No 5. T-210.515

Secretaría de Salud Municipal de Villa del Rosario, Norte de Santander

En respuesta de 10 de julio de 2019, la secretaría de la entidad manifestó que la señora Ramírez Hernández no ha solicitado ningún servicio de salud en el municipio de Villa del Rosario, por lo que se desconoce su estado actual de salud.

En relación con la cita por la especialidad de psiquiatría que la actora tenía programada para el 4 de octubre de 2018, indicó que solicitó información sobre el particular al Hospital Mental Rudesindo Soto, empero esa institución no ofreció respuesta alguna. Por lo anterior, se comunicó vía telefónica al área de estadísticas y archivo del Hospital Mental, donde le comunicaron que lo único que reposaba dentro de sus archivos es un *triage* realizado el 27 de septiembre de 2018. Paralelamente, indicó que en ese documento la paciente dejó consignada como dirección la “*calle 7, casa 4-119 Diamante 1 Taribia San Cristobal – Venezuela*”.

Hospital Mental Rudesindo Soto E.S.E.

En oficio de 12 de julio de 2018, el gerente del Hospital afirmó que la única atención brindada a la señora Cora Alicia Ramírez Hernández fue el 27 de septiembre de 2017. En esa fecha le fue programada cita por medicina especializada para el 4 de octubre de 2018, sin embargo, la paciente no realizó trámite alguno y a la fecha no ha asistido.

Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

La profesional universitaria de la Oficina Jurídica del ente mencionado, en respuesta de 9 de julio de 2019, manifestó que no ha prestado el servicio de salud integral a la actora, toda vez que el Ministerio de Salud y Protección Social mediante Decreto 866 de 2017 reguló lo relacionado con los recursos destinados para el pago de atenciones iniciales de urgencias,

siempre que se acrediten los siguientes requisitos: 1) que corresponda a una atención inicial de urgencias; 2) que la persona que recibe la atención no tenga subsidio en salud en los términos del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 ni cuente con un seguro que cubra el costo del servicio; 3) que la persona que recibe la atención no tenga capacidad de pago; 4) que la persona que recibe la atención sea nacional de un país fronterizo; y 5) que la atención haya sido brindada en la red pública hospitalaria del departamento o distrito.

En lo relacionado con la atención inicial de urgencias precisó que la Corte Constitucional en sentencia C-834 de 2007 al analizar la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 789 de 2002 indicó que *“todos los extranjeros que se encuentran en Colombia tienen derecho a recibir un mínimo de atención por parte del Estado en casos de necesidad y urgencia con el fin de atender sus necesidades más elementales y primarias, lo que restringe al legislador para ampliar su protección con la regulación correspondiente”*.

Seguidamente, destacó que de conformidad con lo establecido en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, ninguna institución prestadora de servicios de salud podrá negarse a prestar la atención inicial de urgencias. No obstante, evidenció que en el Instituto no reposa ninguna solicitud de servicios asistenciales por parte de la actora, razón por la cual desconoce su estado de salud actual y sus datos de contacto.

Caso No. 6 **T-229.766**

Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

En respuesta de 8 de julio de 2019, la profesional universitaria de la Oficina Jurídica del instituto dio respuesta al cuestionario formulado por esta Corporación. En primer lugar, ante la pregunta de cuál es el estado actual de salud del menor YJMB y si le están prestando el servicio de salud integral, advirtió que *“Mediante la Oficina de Prestación de Servicios en Salud del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, se ha venido brindando atención desde el pasado 27/09/2018 y ATENCIÓN INTEGRAL según No. de autorización 182621 de fecha 23/10/2018, con respecto al estado de salud del menor, en la actualidad se*

encuentra siendo atendido por el Instituto Nacional de Cancerología de la ciudad de Bogotá con diagnóstico de: tumor de acompañamiento (sic) incierto o desconocido del labio, de la cavidad bucal y de la faringe”.

En segundo lugar, en lo relacionado con el cuestionamiento de si fue realizado el tac de senos paranasales ordenado el 27 de agosto de 2018 por el médico tratante, señaló que “*mediante autorización No. 182126 de fecha 27/09/2018 se autorizó la consulta por primera vez por especialista en oncología y en adelante se autorizó la atención integral*”. Paralelamente, frente al tercer interrogante referido a cuál fue el resultado que arrojó la biopsia tomada el 29 de agosto de 2018, informó que “*de acuerdo al reporte del formato estandarizado de referencia de pacientes, la ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz, en resumen de la Historia Clínica de fecha 22/09/2018: Masculino de 12 años de edad con DX tumor de orofaringe AP: Biopsado por otorrino el 21/08/2018. (Patología reporta Infiltrado Linfoide Atípico. Que requiere inmunohistoquímica)*”.

En tercer lugar, frente a la pregunta de si fueron autorizados los controles con la especialidad de otorrinolaringología precisó que desde el 23 de octubre de 2018 al menor de edad se le está prestando el servicio de salud integral que requiere.

Finalmente, adjuntó copia de las autorizaciones de servicios médicos expedidos por la Oficina de Prestación de Servicios del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander. Lo anterior, adujo “*en cumplimiento del fallo de acción de tutela No. 2018-00348-00 instaurada en el Juzgado Cuarto Laboral [del] Circuito (sic) Distrito Judicial de Cúcuta*”.

Hospital Universitario Erasmo Meoz

En oficio de 10 de julio de 2019, el subgerente de servicios de salud (e) del Hospital se refirió al estado de salud del menor YJMB. Señaló que el 29 de octubre de 2018 el paciente fue trasladado a la Clínica Cancerológica de Bogotá en un avión ambulancia, cuyo transporte fue autorizado y coordinado por el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander.

Indicó que el Hospital no tiene capacidad técnico-científica para prestar la atención integral que el menor requiere. Ello por cuanto no cuenta con las especialidades de oncología clínica, ni cirugía de cabeza y cuello, razón por la cual el paciente fue trasladado a la ciudad de Bogotá.

Informó que el tac de senos paranasales fue realizado por Servivir IPS, el cual arrojó como resultado gran tumoración que ocupa la faringe.

Destacó que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander es la entidad que debe garantizar al menor la atención integral mientras permanece en estado de urgencia. Lo anterior, debido a que de conformidad con el Decreto 866 de 2017, es el ente responsable de los recursos asignados por el Gobierno Nacional para la atención de urgencias de los pacientes extranjeros y población fronteriza.

Pruebas dirigidas a las entidades responsables de fijar las políticas migratorias y garantizar el derecho a la salud de los migrantes irregulares en Colombia

Ministerio de Salud y Protección Social

En escrito de 12 de julio de 2019, la directora jurídica dio respuesta al cuestionario formulado por esta Sala. Ante la pregunta sobre las directrices fijadas para la prestación de servicios de salud de la población migrante, distintos a la atención inicial de urgencias, señaló que “*cuando se trata de la atención de urgencias, de acuerdo con lo dispuesto por el Artículo 168 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Artículo 67 de la Ley 715 de 2001 toda persona nacional o extranjera tiene derecho a recibir la atención inicial de urgencias*”.

Relacionó las normas establecidas en el Decreto 780 de 2016 relativos a la afiliación de la población migrante venezolana a los regímenes contributivo y subsidiado de salud. Recalcó que es competencia del municipio donde reside la persona practicarle la encuesta del Sisbén en aras de determinar si se clasifica en los niveles I y II del mismo. Finalmente, precisó que

la Ley 715 de 2001 definió una serie de competencias a cargo de las entidades territoriales para garantizar los servicios de salud a la “*población pobre o vulnerable*” que no cuentan con una afiliación al régimen contributivo, subsidiado o especial.

Luego de referirse a la normativa que ha proferido para atender la situación migratoria que se ha presentado en Colombia señaló que en lo relacionado con la prestación de los servicios de salud a los nacionales venezolanos, el Gobierno Nacional mediante la Ley 1873 de 2017 fijó una política integral humanitaria. Así mismo, destacó que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República expidió el Decreto 542 de 2018, mediante el cual dispuso que la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres –UNGRD- diseñara y administrará el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos en Colombia, cuya información servirá como fundamento para la formulación de la referida política integral humanitaria.

Seguidamente, anotó que el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió la Resolución 5797 de 2017, por medio de la cual creó el PEP como un documento de identificación que les permite permanecer en el país durante un tiempo determinado. En ese sentido, añadió que el Gobierno Nacional en aras de garantizar el acceso a la oferta institucional en materia de salud, educación y trabajo, entre otros beneficios, en los niveles municipal, departamental y nacional, expidió el Decreto 1288 de 2018 que modificó los requisitos y extendió hasta el 25 de noviembre de 2018 el plazo para que los extranjeros venezolanos tramitaran el PEP.

El Ministerio concluyó que el Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS-, garantiza la atención médica a los nacionales venezolanos que se encuentren en el territorio nacional de manera regular, mientras que frente aquellos extranjeros cuya estancia, tránsito o permanencia sea irregular, únicamente tienen derecho a la atención de urgencias.

Finalmente, el Ministerio señaló que “de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 2011 , modificado en algunos apartes por el Decreto 2562 de 2012, mediante los cuales se determinan los objetivos, la estructura orgánica y las funciones del Ministerio de Salud y Protección Social, esta Cartera es un organismo perteneciente a la Rama Ejecutiva del poder

Público, que actúa como ente rector del sector administrativo de salud y protección social y en esa medida, sus funciones principales son formular, adoptar, dirigir, coordinar, ejecutar y evaluar la política pública en materia de salud, salud pública y promoción social en salud” Por tanto, esa entidad en ningún caso será la responsable directa de la prestación de los servicios de salud, tal como lo establece el artículo 58 de la Ley 489 de 1998.

Como se logra apreciar en los seis casos objeto de estudio de la Corte Constitucional, se trata de personas migrantes venezolanas que buscan el acceso a la salud en Colombia, todas por diferentes acontecimientos de su vida, sin embargo, para acceder a este derecho, la mayoría ha debido interponer una acción de tutela que proteja su derecho fundamental dadas las negativas y reticencias de las entidades para cumplir con su deber.

2.1.3 Sentencia T-436 de 2020-Magistrada Ponente Gloria Stella Ortiz Delgado

Revisión en la Corte Constitucional

Problema Jurídico: ¿La Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia y la Secretaría de Salud Departamental de Amarillo vulneraron los derechos a la vida, a la igualdad, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana de los accionantes, al no otorgarles el permiso especial de permanencia y no adelantar las actuaciones tendientes a su afiliación al sistema de seguridad social en salud?

Conclusiones: se ordenará que la Secretaría Departamental de Salud de Amarillo, o a quien haga sus veces, realice las gestiones administrativas necesarias para asegurar la consulta médica por la especialidad cardiología pediátrica en favor de Juliana, de conformidad con la recomendación efectuada el 4 de diciembre de 2019 y la naturaleza urgente de sus diagnósticos. Así también procederá a la atención médica que requiera para conjurar sus patologías actuales y los efectos derivados de ellas, en vista de la gravedad de las mismas. En caso de que la consulta deba realizarse en otra entidad territorial, deberá cubrir los gastos necesarios para llevarla a cabo y para el retorno de la

niña y su acompañante. Esta orden debe efectuarse en cumplimiento de estrictos protocolos de bioseguridad, para resguardar la integridad de ambas personas.

el derecho a la salud de los migrantes que no cuentan con autorización de ingreso y permanencia en el país se rige por reglas específicas. De un lado, su objetivo es asegurar la atención de urgencia, como componente mínimo exigible en su favor, de suerte que ningún prestador de atención en salud puede negarles la presentación de documentos como condición para suministrarla. Sin embargo, tal obligación solo surge en casos excepcionales en los que la situación reviste tal gravedad (por el compromiso de la vida del interesado, por el tipo de enfermedad y nivel de avance que presente), que (i) la intervención clínica es imprescindible e impostergable y (ii) no existe otra vía, para asegurar la atención médica, como el aseguramiento en salud o la asunción directa de sus costos por parte del afectado o de su familia. Solo en esos casos, las entidades territoriales deben asumir la atención con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones o aquellos complementarios que han recibido por parte del Gobierno Nacional. Ellas deben asegurar la prestación de los servicios, inclusive en el evento en que requieran la remisión a otro centro médico.

El derecho fundamental a la salud de los niños y niñas migrantes no residentes en Colombia, y las implicaciones de la aplicación del interés superior del menor de edad

Los niños y niñas son sujetos de especial protección constitucional en razón de su edad, lo que implica que merezcan “(...) trato preferente y prevalente en el acceso [eficaz y oportuno] a las prestaciones” a las que tienen derecho. El artículo 44 superior señala que entre sus derechos fundamentales está el de la salud. Su materialización, es deber de la familia, la sociedad y del Estado y tiene un objetivo específico: lograr “(...) su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, como expresión de “(...) un derecho subjetivo fundamental a recibir protección”. Según esa misma norma, las garantías previstas por el Constituyente a favor de los menores de edad prevalecen sobre los derechos de los demás y, tanto las decisiones como las actuaciones que los afecten, deben orientarse por su interés superior.

2.1.4 Sentencia T-090 de 2021-Magistrado Ponente Cristina Pardo Schlesinger

Revisión en la Corte Constitucional

Problema jurídico: La Corporación se planteó como problema jurídico si el derecho a la salud de un menor de edad era vulnerado al negarle una atención especializada dado que había tenido un procedimiento quirúrgico. Se trataba de un menor en situación irregular migratoria.

Conclusiones: En esta sentencia, si bien no se discuten de la misma manera que en las anteriores diferentes casos, si tiene una especial connotación pues su problema jurídico radicó en la protección del derecho a la salud de un menor de edad procedente de Venezuela el cual no contaba con estatus migratorio regular.

La pregunta que se planteó la Corte Constitucional para resolver este caso fue ¿Una entidad de orden departamental vulnera el derecho fundamental a la salud de un menor de edad, de nacionalidad venezolana, con situación migratoria irregular en el territorio colombiano, al negarle una cita con la especialidad de cardiología pediátrica y un ecocardiograma transtorácico, como parte del control derivado de una cirugía de corazón autorizada y realizada previamente? (Sentencia, T-090 de 2021)

Para darle respuesta la Corporación tuvo que analizar el derecho fundamental a la salud para los niños, niñas y adolescentes, y el acceso a los servicios de salud para los niños, niñas y adolescentes migrantes irregulares. Estos tópicos serían los claves para la decisión de fondo que la Corte tomaría.

La protección del derecho a la salud de los menores de edad, tal como quedó plasmado, tiene su asidero en la Constitución Política, en las normas mencionadas y en la jurisprudencia relacionada, pero sin limitarse a esta. Sin embargo, su sustento no deviene exclusivamente de nuestra carta magna, pues en el contexto internacional, existen diferentes instrumentos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25) la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(artículo 2.1) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 2.2 y artículo 12), que le dan una connotación más amplia.(Sentencia, T-090 de 2021)

Es necesario hacer mención de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, donde expresamente se reitera el derecho de los menores de edad al disfrute del más alto nivel posible de salud y servicios para el tratamiento de las enfermedades que padezcan, así como la rehabilitación de su estado físico. De esta manera, prevé que “Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: (...) b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”(Sentencia, T-090 de 2021)

En tal sentido, la Sentencia T-565 de 2019 recordó que el mencionado instrumento impuso al Estado el cumplimiento inmediato de algunos deberes derivados del derecho a la salud: “como (i) garantizar su ejercicio sin discriminación alguna (artículo 2.2) y (ii) la obligación de adoptar medidas (artículo 2.1) en aras de la plena realización del artículo 12, indicando que las medidas deben ser deliberadas y concretas, y su finalidad debe ser la plena realización del derecho a la salud. Reitera también que, de acuerdo a la Observación General N° 12, la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período implica la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia el objetivo de la plena realización del derecho a la salud.”(Sentencia, T-090 de 2021)

Respecto al derecho a la salud para las personas migrantes, la Corte también afirmó:

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

contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud". (Sentencia, T-090 de 2021)

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

2.1.5 Sentencia T-300 de 2022 Magistrado Ponente Jorge Enrique Ibañez Najjar

Revisión en la Corte Constitucional

Problema Jurídico: ¿El Hospital San Rafael de Tunja y el Departamento de Boyacá - Secretaría de Salud amenazan los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la señora JDCMR al negar la prestación del servicio médico de hemodiálisis, por encontrarse en condición migratoria irregular y, en consecuencia, no estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud?

Conclusiones: La Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la salud de todas las personas en sus facetas preventiva, paliativa y curativa, "incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales" De igual forma, señala que los Estados deben abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado, y en particular "deben

abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer."

La Ley Estatutaria de Salud, Ley 1751 de 201556 establece las reglas sobre el ejercicio, protección y garantía del derecho fundamental a la salud. Según su artículo 2, "[e]l derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y lo colectivo." La Corte ha sostenido que el derecho a la salud es autónomo "cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho."

En suma, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable, en virtud del cual toda persona tiene derecho al más alto nivel posible de salud física y mental; debe ser garantizado a toda persona que se encuentre dentro del territorio nacional sin hacer distinciones basadas en la nacionalidad; y debe ser prestado sin barreras de acceso a los servicios y sin importar la condición económica.

En la Sentencia SU-677 de 2017, la Corte Constitucional interpretó el concepto de urgencia médica a partir del derecho a la vida digna. Concluyó que la garantía a la vida abarca la protección a la muerte y también la protección a cualquier circunstancia que la haga insoportable e indeseable. La Sentencia T-210 de 2018 enfatizó que la atención de urgencias es, en efecto, un compromiso internacional de los Estados, cuyo alcance está determinado por la regulación interna que defina su cobertura y la valoración del médico tratante. En todo caso, según la providencia, el tipo de migración es irrelevante y no puede ser un criterio de exclusión para recibir este tipo de atención.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de este trabajo, se realizó un recorrido por el derecho a la salud visto desde las normas internacionales de derechos humanos hasta las normas del ordenamiento jurídico colombiano. Además, también se realizó un rastreo jurisprudencial del derecho a la salud para las personas migrantes en Colombia.

Para darle sentido al derecho que le asiste a las personas migrantes en Colombia, se logró encontrar información de orden internacional que ha sido citada por la Corte Constitucional colombiana, la cual, ha desarrollado el concepto de la protección a la migración bajo el principio de no discriminación en aplicación de los derechos humanos, todos, sin ningún tipo de restricción, por nacionalidad o soberanía.

Una de las conclusiones encontradas es que el derecho a la salud es universal, pues es, en esencia un derecho humano. Es indivisible e inalienable, al punto que las personas no pueden renunciar a este. Entonces, al ser un derecho universal, debe ser garantizado a todas las personas por su condición humana.

Así entonces, el derecho a la salud, desde los derechos humanos y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también debe ser garantizado a las personas que se encuentran en condiciones migratorias, bien sea regulares o irregulares. Para el Comité de los DESC es claro que cuando el derecho a la salud no está garantizado, conlleva a situaciones que son nefastas para las personas y contribuyen a la pobreza de estas.

Por otro lado, la salud también es un Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS3) pues dentro de las metas establecidas por las Naciones Unidas, se encuentra el promover una vida sana y llevar la salud a las personas en todas etapas de la vida y satisfaciendo las necesidades.

Siendo también un ODS, la salud entonces debe ser una política de Estado, pero, debido a que es un derecho universal y progresivo, estas políticas deben incluir también a las personas migrantes, y este es un llamado que hace la Organización Internacional para las Migraciones.

Partiendo entonces de estas nociones de derechos humanos universales, el derecho a la salud en Colombia ha sido tratado como fundamental desde el año 2015, pues antes de que se regulara con la Ley estatutaria debía ser exigida su protección en conexidad con otros derechos fundamentales como la vida.

Mediante la Ley estatutaria que se encargó de reglamentarlo de esta manera lo que ha permitido que desde la Corte Constitucional se dialogue en términos de protección y garantías a todas las personas en cuanto al derecho a la salud.

Dentro de las decisiones estudiadas y los diversos casos que la Corte Constitucional examinó, se logró concluir que las personas migrantes en Colombia deben tener garantizado su derecho a la salud, cuenten estas o no con documentos o permisos para transitar de manera regular en el territorio.

Como se evidenció en las sentencias estudiadas, las personas tuvieron que interponer una acción de tutela para solicitar la protección de su derecho a la salud, pues al ser migrantes irregulares, algunas instituciones realizaron acciones negándoles las atenciones y el acceso a la salud. De esta manera, la Corte Constitucional bajo un análisis de las normas constitucionales y las normas internacionales de derechos humanos, determinó que no le puede ser negado el derecho a la salud a quienes no cuentan con un estatus migratorio regular bajo ningún tipo de circunstancias.

El derecho a la salud es un derecho humano fundamental que se aplica a todas las personas sin discriminación, incluidos los migrantes. En el caso de los migrantes de Venezuela en Colombia, el acceso a la atención médica y a los servicios de salud puede ser un desafío debido a diversas barreras, como el idioma, la falta de documentación, la discriminación y la falta de recursos.

Sin embargo, el gobierno colombiano ha implementado políticas y programas para garantizar el acceso a la atención médica y a los servicios de salud de los migrantes venezolanos. Por

ejemplo, el Sistema de Seguridad Social en Salud (SSS) de Colombia brinda atención médica y servicios de salud a todos los residentes, independientemente de su estado migratorio.

Además, existen organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales que trabajan para mejorar el acceso a la atención médica y a los servicios de salud de los migrantes venezolanos en Colombia. Por ejemplo, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha implementado programas de atención médica y servicios de salud para migrantes venezolanos en Colombia.

En resumen, los migrantes de Venezuela en Colombia tienen derecho a recibir atención médica y servicios de salud, y el gobierno colombiano y otros organismos han implementado políticas y programas para garantizar el acceso a estos servicios. No obstante, aún existen desafíos que deben ser abordados para asegurar que todos los migrantes tengan acceso equitativo a la atención médica y a los servicios de salud.

Podría entonces acompañar estas conclusiones consecuentemente con que en síntesis, el derecho a la salud debe ser garantizado así como su acceso y prestaciones a todas las personas en las diferentes etapas de su vida sin que medie barreras respecto a las nacionalidades.

Referencias Bibliográficas

Cabieses, B., Gálvez, P., & Ajraz, N. (2018). Migración internacional y salud: el aporte de las teorías sociales migratorias a las decisiones en salud pública. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 35, 285-291. En <https://www.scielosp.org/article/rpmesp/2018.v35n2/285-291/es/>

Camacho Solís, J. I. (2013). Los derechos de los trabajadores migrantes. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (17), 197-258. En https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46702013000200197&script=sci_arttext

Cubillos, A., & Ardón, N. (2018). Realidades en la salud de las poblaciones migrantes: el caso de los migrantes venezolanos en el contexto colombiano. *JOSÉ KOEHLIN/JOAQUÍN EGUREN*, 97.

Chinchilla, T.E (1997). ¿ Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?. *Estudios de Derecho*, 56(127), 37-83. En <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/332589>

Congreso de la República de Colombia. Ley 100 de 1993

Congreso de la República de Colombia. Ley 1438 de 2011

Congreso de la República de Colombia. Ley 1751 de 2015

Constitución Política de Colombia. (1991)

Corte Constitucional. Sentencia C-834 de 2007

Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008

Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 2014

Corte Constitucional. Sentencia T-210 de 2018

Corte Constitucional. Sentencia T-452 de 2019

Corte Constitucional. Sentencia T-436 de 2020

Corte Constitucional. Sentencia T-090 de 2021

Corte Constitucional. Sentencia T-300 de 2022

Declaración Universal de Derechos Humanos. En <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Fundación Panamericana para el Desarrollo. (s.f). En <https://www.fupad.org/>

González Rozo, L. D. (2018). El derecho a la salud de los migrantes venezolanos en Colombia. En <https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1632>

Julio Pretelt, J. D. (2017). El derecho a la salud en Colombia: evolución y defensa frente a un estado que dista de ser garante. *Revista Avances En Salud*, 1(2), 2017.

MORENO, Mónica Burgos; KLIJN, Tatiana Parvic. Atención en salud para migrantes: un desafío ético. *Revista Brasileira de Enfermagem*, 2011, vol. 64, p. 587-591. En <https://www.scielo.br/j/reben/a/kGCzG8mzCLBjpB5W3cRv6KQ/abstract/?lang=es>

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Migración internacional, salud y derechos humanos. 2013. En https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/WHO_IOM_UNOHC_HRPublication_sp.pdf

Organización Mundial de la Salud. El derecho a la salud, s.f. En <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Factsheet31sp.pdf>

Rodríguez Vargas, J. M., & López Jaramillo, A. M. (2021). La afiliación al sistema de salud de personas migrantes venezolanas en Colombia. *Población y Salud en Mesoamérica*, 18(2), 181-214. En https://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1659-02012021000100181&script=sci_arttext

Ruiz, J. L. G. (2011). De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. *Estudios de derecho*, 68(151), 187-212. En <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/10086>