

EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES VENEZOLANOS EN SITUACIÓN MIGRATORIA IRREGULAR EN COLOMBIA

DANIELA HERNÁNDEZ ZULUAGA*

LINA MARÍA MOYA ORTIZ**

RESUMEN

El cambio en las dinámicas migratorias entre Colombia y Venezuela por causa de la crisis humanitaria venezolana, ha llevado a Colombia, el país con mayor recepción de población migrante venezolana, a repensar y transformar su política migratoria. Por su parte, la Corte Constitucional ha sido fundamental en este proceso de transformación, amparando derechos fundamentales, incluso para quienes no se encuentran en situación regular. Este escrito realiza un recuento jurisprudencial del derecho a la salud, con el fin de demostrar los avances y las barreras en el acceso a este derecho, especialmente por parte de la población migrante en situación migratoria irregular y teniendo en cuenta como sentencia predominante en esta línea jurisprudencial la T-210 de 2018.

PALABRAS CLAVE

Migración Irregular, Derecho a la Salud, Venezuela, Colombia, Corte Constitucional Colombiana, Línea Jurisprudencial.

* Estudiante de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Miembro del Semillero de Derecho y Migración y de la Clínica Jurídica para Migrantes de esta misma universidad.

** Estudiante de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de los Andes. Miembro del Semillero de Derecho y Migración de esta misma universidad.

THE RIGHT TO HEALTHCARE OF VENEZUELAN MIGRANTS IN AN IRREGULAR SITUATION IN COLOMBIA

DANIELA HERNÁNDEZ ZULUAGA*
LINA MARÍA MOYA ORTIZ**

ABSTRACT

The change in the migratory dynamics between Colombia and Venezuela due to the Venezuelan humanitarian crisis, has taken Colombia, the country with the biggest reception of Venezuelan migrants, to rethink and transform its Migration Policy. For its part, the Constitutional Court has been a key actor in this makeover process, protecting fundamental rights, even for those who are irregular migrants. This text makes a jurisprudential recount around the right to health, in order to demonstrate the achievements and boundaries in the access to the protection of this right, especially to those who are part of an irregular migrant population, taking into consideration the Sentence T-210 of 2018 as the prevailing one in this line of case law.

KEY WORDS

Irregular Migration, Right to health, Venezuela, Colombia, Colombian Constitutional Court, Line of Case Law.

* Student of Law and Political Science at Los Andes University. Member of the Law and Migration research group and of the legal clinic for Migrants of this same university.

** Student of Law and Political Science at Los Andes University. Member of the Law and Migration research group of this same university.

I. INTRODUCCIÓN

La migración es un fenómeno de movilidad humana que ha existido desde hace mucho tiempo y es parte del comportamiento humano. Así, como lo resalta la Organización de las Naciones Unidas, una persona puede migrar por múltiples razones, ya sea en búsqueda de una mejor situación económica, con fines educativos, producto del desplazamiento forzoso, de persecuciones o situaciones generalizadas de violencia, o incluso recientemente por el cambio climático⁰¹. Para 2019, 272 millones de personas en el mundo eran migrantes⁰², que en términos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) es un “Término genérico no definido en el derecho internacional que, por uso común, designa a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”⁰³.

Así, para brindar protección, acompañamiento y asegurar un flujo migratorio ordenado, con un enfoque de derechos, se crearon distintos organismos como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) o el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados⁰⁴ -ACNUR-, así como instrumentos del derecho internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y su protocolo (1967), la Declaración de Cartagena⁰⁵(1984), el Pacto Mundial sobre Migración (2018)⁰⁶, entre otros.

01 “Migración”, Organización de las Naciones Unidas, acceso el 11 de julio de 2020, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/index.html>.

02 Ídem

03 “Glossary on Migration”, International Organization for Migrations, acceso el 8 de julio de 2020, https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf.

04 Un refugiado es “A person who, owing to a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; or who, not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such events, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it”. Organización de las Naciones Unidas (ONU) *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, ONU, 1951.

05 Se enfoca en el contexto latinoamericano

06 Esta lista no es restrictiva sino es ejemplificativa de los instrumentos internacionales que hay.

Ahora bien, según Ramírez, Zuluaga & Perilla⁰⁷, Latinoamérica en las últimas décadas ha presentado altos flujos migratorios⁰⁸ por las dinámicas de movilidad y cambio que identifican a la región. Debido a que los procesos migratorios en cada país son cambiantes, aunque “históricamente, Colombia ha sido un país con altos niveles de emigración, siendo Venezuela uno de los principales destinos migratorios de colombianos”⁰⁹, esto se revirtió en la última década, por la emergencia humanitaria compleja que actualmente atraviesa Venezuela. Aquella es generada por una constante inestabilidad económica, institucional y política¹⁰. La vida y bienestar de las personas peligran por la falta de medicamentos, alimentos, servicios básicos, entre otros, con una constante falta de respuesta por parte del Gobierno venezolano¹¹. A la fecha, según datos de la Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela, 5,2 Millones de venezolanos abandonaron el país, siendo su principal destino Colombia, donde se registran casi 2 millones de migrantes¹². Esto último se puede explicar a partir de la importancia que tiene la ubicación geográfica de Colombia¹³, pues comparte casi 2.2 kilómetros de frontera con Venezuela¹⁴ y se facilita el tránsito entre los países por medios más económicos -a pie o en bus-.

Sin embargo, la cifra oficial sobre el flujo migratorio puede ser mayor, dado el subregistro que existe. Según datos de Migración Colombia, cerca del 57% de los migrantes en Colombia provenientes de Venezuela se encuentran en situación irregular¹⁵. Asimismo, el flujo migratorio en estos casos suele

07 Ramírez, Clemencia, Marcela Zuluaga y Clara Perilla “Perfil Migratorio de Colombia”. OIM, acceso el 13 de julio de 2020, <https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/publicaciones/Perfil-Migratorio-de-Colombia.pdf>

08 En estos casos se hace referencia a flujos migratorios mixtos que son: “movimientos de población complejos, que incluyen a refugiados, solicitantes de asilo, migrantes económicos y otros migrantes”. MC/INF/297. Organización Internacional para las Migraciones. Acceso el 16 de agosto de 2020. https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf

09 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Migración desde Venezuela a Colombia. impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo*. (Colombia: Banco Mundial, 2018),14

10 “World Report 2020 Venezuela”, HRW, acceso el 17 de julio de 2020, <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336670>.

11 “Crisis Humanitaria en Venezuela: La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alimentos.” HRW, acceso el 13 de julio de 2020, <https://www.hrw.org/es/report/2016/10/24/crisis-humanitaria-en-venezuela/la-inadecuada-y-represiva-respuesta-del-gobierno>

12 “Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, R4V, acceso el 13 de julio de 2020, <https://r4v.info/es/situations/platform>.

13 “Tendencias Globales Desplazamiento Forzado en 2019”, Acnur, acceso el 12 de julio de 2020, <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>.

14 “Frontera Terrestre Colombia-Venezuela”. Cancillería de Colombia, acceso el 13 de julio de 2020, <https://www.cancilleria.gov.co/content/frontera-terrestre-colombia-venezuela>.

15 “Radiografía de Venezolanos en Colombia: abril 2020”. Migración Colombia, acceso el 17 de julio de 2020, <https://migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-30-de-abril-de-2020>

realizarse por pasos fronterizos no controlados por las autoridades “trochas”¹⁶, los cuales suelen contar con la presencia de grupos ilegales, por lo que podrían considerarse los poros ilegales de una extensa frontera muy concurrida.

Este texto se enfoca en la población migrante en situación migratoria irregular¹⁷ pues, frente a la actual política del Estado, es la población menos protegida. Además, por los cambios en las dinámicas migratorias entre los países y por no contar con un marco normativo que responda desde un enfoque de derechos a este fenómeno, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido fundamental para la protección de los derechos de esta población, supliendo vacíos en la política migratoria del Estado colombiano por medio de fallos de tutela. Lo anterior es relevante pues son personas cuyo acceso a los servicios de salud suelen limitarse por su situación migratoria y aún más en la difícil situación de salud pública que atravesamos por la pandemia. Por eso, este escrito permitirá entender los avances jurisprudenciales y el camino que falta por recorrer.

II. RECONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

A continuación se presentará un recuento jurisprudencial de los fallos de tutela de la Corte Constitucional con respecto a la protección del derecho a la salud de los extranjeros en situación migratoria irregular para entender la postura de la Corte frente a la protección de este derecho. Éste buscará responder al siguiente problema jurídico: ¿Puede un extranjero de nacionalidad venezolana y en situación migratoria irregular beneficiarse de una atención integral en salud en Colombia?

Inicialmente, en la sentencia **T-314 de 2016**¹⁸, se presentó ante la Corte el caso de un ciudadano argentino en situación irregular que padecía de diabetes, razón por la cual había sido intervenido quirúrgicamente. Luego del procedimiento, el accionante requería de terapias integrales y la entrega de medicamentos, servicios que no le fueron brindados por no encontrarse afiliado al Sistema General de

16 Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, *Migración desde Venezuela a Colombia. impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo*. (Colombia: Banco Mundial, 2018), 117

17 Según el Decreto 1067 de 2015, una persona se encuentra en situación irregular: “(i) cuando haya ingresado de forma irregular al país (por lugar no habilitado; por lugar habilitado, pero con evasión y omisión del control migratorio; o sin la documentación necesaria o con documentación falsa); (ii) cuando habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo; (iii) cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa; y (4) cuando el permiso que se le ha otorgado, ha sido cancelado por las razones que se contemplan en la ley”. (Corte Constitucional Colombiana. T-452 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas).

18 Decidimos incluir esta sentencia pues, a pesar de que el accionante no es de nacionalidad venezolana, la Corte analizó el acceso al SGSSS de un extranjero en situación migratoria irregular, relevante en este análisis. Además, esta sentencia establece un precedente retomado en otras sentencias como la T-705 de 2017, T- 239 de 2017, SU-677 de 2017, T-348 de 2018, T-025 de 2019, T-074 de 2019.

Corte Constitucional Colombiana. T-314 del 17 de junio de 2016. Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Seguridad Social en Salud (SGSSS). La primera y segunda instancia negaron la protección del derecho a la salud ya que, por encontrarse en situación irregular, únicamente tenía derecho a beneficiarse de la atención de urgencias. Además, recalcaron la obligación del accionante de regularizar su situación migratoria.

A pesar de reconocer que el derecho a la salud es un derecho fundamental que garantiza la dignidad humana y que requiere de una protección incondicional y universal, la Corte niega el amparo del derecho en cuestión, pues según el artículo 100 de la Constitución¹⁹, los derechos de los extranjeros pueden limitarse, pese a gozar de los mismos derechos y garantías que los nacionales. Así, determinó que los extranjeros en situación migratoria irregular tienen derecho sólo a recibir un mínimo de atención en casos de urgencia, incluso cuando no puedan cubrir los gastos de esta atención. Para ello, se basó en la Ley 1438 de 2011²⁰, del 19 de enero, que establece el deber de las entidades territoriales de atender y subvencionar la atención de urgencias de aquellos que no cuentan con los medios económicos para costear los servicios recibidos.

Sin embargo, enfatizó en que los extranjeros tienen derechos y obligaciones. Esta idea se reforzó en el Decreto 780 de 2016²¹, del 6 de mayo, pues establece que los extranjeros en situación irregular deben regularizar su situación para poder afiliarse al SGSSS con un documento válido²². Así, la Corte consideró que no se vulneraron sus derechos, pues se le brindó la atención básica de urgencia con las intervenciones quirúrgicas requeridas y estableció que la entrega de medicamentos y la realización de tratamientos posteriores no están incluidos. Incluso, calificó de negligente la actitud del accionante por no haber culminado ningún trámite que regularizara su situación migratoria.

Posteriormente, la Corte falló en la sentencia **T-239 de 2017**²³ el caso de un ciudadano venezolano que padecía de una enfermedad cerebrovascular, de una infección en los pulmones y de insuficiencia renal. El accionante fue hospitalizado pero el hospital no contaba con servicios requeridos para su caso- la realización de una diálisis e internarlo en una Unidad de Cuidado Intensivo (UCI)-. Aunque intentó remitir al paciente a otro centro médico en parte por la urgencia manifestada por el médico tratante, la solicitud del hospital fue negada por el Instituto Departamental de Salud, por falta de disponibilidad en las UCI de la ciudad. Después de 15 días de encontrarse hospitalizado, el accionante falleció.

19 Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

20 Ley 1438 de 2011, 19 de enero. Diario Oficial 47.957.

21 Decreto 780 de 2016, 6 de mayo. Diario Oficial 49.865.

22 Según el artículo 2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016, los extranjeros pueden afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud siempre y cuando cuenten con la cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda.

23 Corte Constitucional Colombiana. T-239 del 24 de abril de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo.

En única instancia, el amparo fue negado al considerar que el accionante no podía beneficiarse de tratamientos posteriores a la atención de urgencias por su situación irregular y por no haber acreditado su incapacidad de pago. La Corte determinó que, pese a no haberle prestado el tratamiento especializado, no se habían vulnerado los derechos fundamentales del accionante, pues verificó que el hospital en el que se encontraba no brindaba esos servicios y afirmó que no se podía obligar a lo imposible. Asimismo, argumentó que la atención de urgencias se le había brindado al momento de ser hospitalizado.

Luego, en la sentencia **SU-677 de 2017**²⁴, la Corte decidió amparar los derechos de una recién nacida de nacionalidad venezolana y determinó un nuevo alcance de la atención de urgencias. En esta ocasión, los padres de la menor se encontraban en situación migratoria irregular y habían llegado a Colombia cuando la madre tenía cuatro meses de embarazo. En diferentes ocasiones, acudieron al hospital para que le realizaran los controles prenatales gratuitamente al no contar con los recursos para pagarlos. Sin embargo, la entidad prestadora del servicio de salud (E.P.S) negó la atención argumentando que, al encontrarse la madre en situación irregular, debía asumir el pago de los servicios prenatales y la eventual atención al parto. El fallo de primera instancia no amparó los derechos invocados y recalcó el deber de los extranjeros de regularizar su situación migratoria, para afiliarse al SGSSS.

La Corte por primera vez mencionó la crisis humanitaria en Venezuela y su relación con la migración masiva de ciudadanos venezolanos. Asimismo, evidenció la dificultad de las entidades territoriales fronterizas en atender y costear la atención en salud de los migrantes en situación irregular por su limitación presupuestal. La Corporación recalcó la prevalencia del interés superior del menor, resaltando la obligación del Estado de garantizar el acceso a los servicios de salud en el más alto nivel posible a los recién nacidos con padres en situación migratoria irregular por su situación de vulnerabilidad. Por consiguiente, afirmó que los menores recién nacidos en el país debían ser afiliados al SGSSS con el registro civil de nacimiento²⁵ a pesar de tener o no la nacionalidad colombiana y pese a la situación migratoria de los padres. Finalmente, recordó el deber de las entidades territoriales de prestar gratuitamente los servicios previos, durante y posteriores al parto para evitar poner en riesgo la vida del feto, de la madre y del recién nacido injustificadamente. Por lo tanto, esta sentencia amplió el concepto de atención de urgencias que venía aplicando la Corte, incluyendo los controles prenatales y posteriores al parto para proteger los derechos fundamentales de la madre y del recién nacido.

24 Corte Constitucional Colombiana. SU-677 del 15 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

25 art. 2.1.3,5, Decreto 780 de 2016.

Más adelante, la Corte, en la sentencia **T-705 de 2017**²⁶, falla el caso de un menor de edad venezolano, diagnosticado con linfoma de Hodgkin. Por la falta de tratamiento por más de un año en Venezuela, su salud había empeorado. Hasta el momento, había tenido tres recaídas por lo que requería de una atención inmediata que incluyera un tratamiento integral -medicamentos, procedimientos, insumos, valoraciones y controles-. Sin embargo, el Instituto Departamental de Salud negó la realización del examen médico necesario para determinar los tratamientos que requería, considerando que le correspondía a la familia o al Gobierno venezolano costearlos. En primera instancia se ampararon los derechos provisionalmente mientras se estabilizaba su situación médica y podía ser trasladado a Venezuela. La entidad accionada impugnó el fallo y en segunda instancia se revocó el fallo del *a quo* al considerar que el menor, por su situación irregular, solo podía recibir atención básica de urgencias, que ya había sido suministrada.

Por su lado, la Corte decidió amparar el derecho a la salud del menor de forma transitoria en cuanto que él y su madre tenían un salvoconducto de permanencia que les permitía afiliarse al SGSSS. Así, en virtud del principio de universalidad del derecho fundamental a la salud, reiteró que cualquier persona sin capacidad de pago y que no se encontrara afiliada al sistema, debía ser atendida por cuenta de las entidades territoriales. Ahora, la Corte fue enfática en que la atención básica y elemental de urgencia no sólo consistía en preservar la vida del paciente sino también, en que la E.P.S, en caso de no tener los medios médicos y tecnológicos necesarios para la atención, tenía que remitir inmediatamente al paciente a una que sí dispusiera de los medios, recordando la sentencia T-239 de 2017.

Adicionalmente, recordó la sentencia SU-677 de 2017, que establece que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás derechos y merecen un mayor amparo constitucional. Esta protección se refuerza cuando el menor padece una discapacidad física, mental o una enfermedad catastrófica por encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad. Así, la Corte determinó que el Estado estaba obligado a prestar incondicionalmente los servicios de salud a los niños que sufrieran de alguna discapacidad física o mental y, por tanto, debía brindarles todo lo requerido como urgente por el médico tratante, incluso tratamientos integrales para su recuperación y rehabilitación en condiciones dignas. Por lo anterior, esta sentencia es considerada hito, pues dispuso que, en casos reconocidos, la atención de urgencias puede llegar a incluir un tratamiento integral y especializado cuando se refiera a un paciente con una enfermedad catastrófica y que el médico tratante califique el tratamiento de urgente e indispensable para proteger su vida.

26 Corte Constitucional Colombiana, T-705 del 30 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

Después de la sentencia predominante -la T-210 de 2018²⁷ que se analizará a profundidad posteriormente- la Corte falla en la sentencia **T-348 de 2018**²⁸ el caso de un joven venezolano en situación irregular, diagnosticado con VIH-SIDA cuando recibió atención de urgencias. A pesar de que el médico tratante determinó que debía iniciar con el tratamiento de antirretrovirales, cuando acudió a reclamar los medicamentos, la E.P.S negó la entrega por falta de soporte médico. Así, el accionante acudió al Instituto Departamental de Salud con el fin de solicitar la autorización para su entrega, pero fue negada por no encontrarse calificado por el SISBEN²⁹. El juez de única instancia negó el amparo del derecho a la salud por considerar que los servicios básicos de urgencia ya habían sido brindados y no incluían la entrega de medicamentos.

En el presente caso, la Corte reiteró que la atención básica de urgencias debe brindarse sin importar la situación migratoria y sin barreras. Además, recordó que los extranjeros en situación irregular que busquen una atención integral deben cumplir con la normatividad y, por lo tanto, deben regularizar su situación migratoria para poder afiliarse al SGSSS. A pesar de reconocer que en algunas situaciones la atención a urgencias puede incluir ciertos tratamientos y medicamentos, decidió que en el caso concreto no había razón para exceptuar la regla general porque el paciente era asintomático y el médico tratante no había mencionado que la entrega de medicamentos era urgente. Así, determinó que la entrega de los antirretrovirales no se encontraba dentro del concepto de atención de urgencias.

Posteriormente, en el año 2019, se amplían de forma relevante varios de los puntos anteriormente presentados. En la sentencia **T-025 de 2019**³⁰, la Corte recibió el caso de un ciudadano venezolano con VIH que ingresó a Colombia con la intención de tramitar la ciudadanía. El accionante no tomaba sus medicamentos desde hace tres meses por falta de recursos económicos, por lo que acudió a la Secretaría de Salud Distrital. Para acceder al tratamiento, interpuso la acción. Sin embargo, la Secretaría y el fallo de primera instancia afirmaron que no se violaban sus derechos pues sin documento ni afiliación al SGSSS, no podía acceder a un plan integral.

La Corte hizo un recuento de los casos reconocidos para ampliar los límites de la prestación del servicio en urgencias, considerando las enfermedades catastróficas y reconociendo la patología del accionante como parte de esta categoría. Así, tal como lo dispuso en la sentencia T-705 de 2017, la Corte resaltó que no puede negarse el servicio de salud a personas en situación irregular, pues se hace

27 Corte Constitucional Colombiana. T-210 del 1 de junio de 2018. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

28 Corte Constitucional Colombiana. T-348 del 28 de agosto de 2018. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Pérez.

29 Para poder ser afiliado al SGSSS, en el régimen subsidiado, la persona debe realizar la encuesta del SISBEN para determinar si se encuentra en los niveles 1 o 2. Sin embargo, es necesario encontrarse en situación migratoria regular para tener un documento válido para poder afiliarse en salud, según el artículo art. 2.1.3.5 del Decreto 780 de 2016.

30 Corte Constitucional Colombiana. T-025 del 29 de enero de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

necesario atender sus necesidades básicas y hacer prevalecer el derecho a la vida sobre otras cuestiones. Así, tienen derecho a recibir la atención de urgencias cuando: i) no haya un medio alternativo, ii) la persona no cuente con recursos para costearlo y iii) se trate de un caso grave y excepcional.

En esta sentencia, la Corte si bien incluyó el tratamiento del VIH dentro de la atención de urgencias, estableció como requisito contar con una valoración médica que establezca la necesidad del tratamiento. Finalmente, la Corte exhortó a la E.P.S a brindar la atención médica a los casos de enfermedades catastróficas, a través de la red pública de servicios según la ley, para evitar poner en riesgo los derechos de quienes acuden a sus servicios. No obstante, la Corte declaró hecho sobreviniente pues el accionante adquirió el Permiso Especial de Permanencia (PEP)³¹, por lo que regularizó su situación migratoria y pudo recibir el tratamiento al afiliarse al SGSSS.

Posteriormente, en la sentencia **T-074 de 2019**³², la Corte recibió el caso de una pareja venezolana donde la mujer, al momento de presentar la tutela, tenía dos meses de embarazo y, a la cual, varias entidades le habían negado la atención en salud por falta de documentación. Por lo anterior y en nombre de ella, su esposo interpuso la acción y solicitó su protección especial constitucional por encontrarse en estado de embarazo. Indicó que se encontraba realizando trámites de nacionalización pues su madre era colombiana y afirmó que, al no contar con un empleo, no tenían sustento para costear los procedimientos. Como en la mayoría de las sentencias analizadas, el juez de instancia no concedió el amparo pues sólo tenía derecho al servicio de salud en urgencias por su situación irregular.

Este fallo es relevante porque la Corte ordenó, como medida provisional, la realización de los controles y exámenes médicos requeridos durante la revisión. Tras evaluar el caso, la Corte estableció que las urgencias deben preservar de manera digna la vida de la madre y del que está por nacer, por lo que los controles solicitados debían realizarse. Además determinó que el juez de instancia desconoció la sentencia SU-677 de 2017 frente a la prestación de la atención previa, durante y posparto. Sin embargo, producto del cumplimiento de la medida cautelar, las razones que generaron la acción de tutela fueron superadas en el trámite. No obstante, la sentencia brinda una garantía, pues reitera la extensión de la atención de urgencias, advirtiendo que las entidades de salud demandadas deberán continuar con la prestación de servicios al menor recién nacido debido a su situación de vulnerabilidad. Así, extendió la prestación del servicio hasta que sus padres regularizaran su situación migratoria y se vincularan al

31 Es un mecanismo implementado por el Estado para que las personas de nacionalidad venezolana puedan regularizar su situación migratoria. El permiso autoriza su permanencia en el territorio de manera temporal, les permite trabajar y beneficiarse de la oferta institucional en temas de educación y salud. (Gandini, Luciana, Fernando Lozano y Victoria Prieto, Crisis y migración de población venezolana: *Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019), 20 y 70.

32 Corte Constitucional Colombiana. T-074 del 25 de febrero de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo

SGSSS.

Luego, en la sentencia **T-178 de 2019**³³, el Personero Municipal interpone acción de tutela en nombre de un menor de edad nacido en Colombia de padres venezolanos. El accionante alegó que los padres, habiendo registrado al menor, intentaron afiliarlo al SISBEN pero que este había sido negado pues los padres no contaban con la nacionalidad colombiana y, por lo tanto, el menor no podía ser afiliado al SGSSS. La sentencia de primera instancia afirmó que no había vulneración porque la situación regular de los padres era un requisito para el ingreso del menor al sistema de salud.

En esta sentencia, la Corte hizo un recuento de las reglas jurisprudenciales con respecto al acceso a la salud de los hijos menores de edad de migrantes venezolanos. Así, estableció que son sujetos de especial protección constitucional y que son seres dependientes de su entorno, por lo que debe prevalecer el interés superior del menor. Adicionalmente, recordó la sentencia T-210 de 2018 y resaltó la falta de conocimiento normativo de las E.P.S y la falta de coordinación entre las distintas entidades para hacer efectiva la atención en salud. En ese sentido, hizo un llamado al Gobierno Nacional a articular, dinamizar y facilitar el acceso a los servicios de salud en estos casos. Así, estableció el deber de la administración de informar, asistir y dar acompañamiento a las personas para acceder a programas o servicios que hacen posible el ejercicio efectivo de sus derechos fundamentales.

Por consiguiente, la Corte determinó que hubo una vulneración pues los servicios se deben prestar incondicionalmente a los menores. Recordó que los recién nacidos tienen derecho a acceder al SGSSS, independientemente de la situación migratoria de los padres ya que esta no se les puede transmitir. La Corte encontró angustiante que, a pesar de la claridad de la jurisprudencia con respecto a permitir el acceso a salud a niños y niñas independientemente de la situación irregular de los padres, continuaba la negativa por parte de las autoridades. Nuevamente hizo una invitación a la regularización³⁴.

Después, la Corte emite la sentencia **T-197 de 2019**³⁵, donde un ciudadano venezolano interpuso acción de tutela pues no recibió atención médica (oncológica) por una patología crónica. Afirmó que la enfermedad avanzaba y no tenía los medios económicos para costear el tratamiento. La E.P.S solo le hizo un chequeo general y ordenó su remisión a otra institución clínica mejor cualificada. La Alcaldía y Secretaría Municipal establecieron que las E.P.S debían atender únicamente urgencias. Así, el accionante solicitó en la tutela que se le autorizaran los servicios integrales de su tratamiento. El juez de instancia estableció que el accionante no podía acceder a un tratamiento integral sin haber

33 Corte Constitucional Colombiana. T-178 del 6 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger.

34 Esta sentencia tiene un salvamento de voto pero sus argumentos no versan sobre la protección del derecho en cuestión.

35 Corte Constitucional Colombiana. T-197 del 14 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera.

regularizado su situación.

En esta sentencia, la Corte mencionó el llamado de la sentencia T-210 de 2018, donde se exhortaba al Gobierno a avanzar de manera expedita y eficaz hacia la materialización del derecho a la salud de los migrantes y recordó que la atención de esta población vulnerable puede abarcar cuidados más allá de las urgencias. Además, recordó la categoría de enfermedades catastróficas, incluidas en la atención de urgencias. Asimismo, afirmó que, cuando una Institución Prestadora de Salud no tenga los medios necesarios para la atención, no basta con remitir sino que debe garantizar una remisión exitosa a donde sí le presten el servicio, contrario a lo establecido en la sentencia T-239 de 2017. Así, pese a reconocer la carga que representa este servicio para las entidades territoriales, reafirmó la obligación de acompañar y proteger a los pacientes.

Posteriormente, en la sentencia **T-298 de 2019**³⁶, la Corte recibió el caso de una mujer de nacionalidad venezolana con múltiples condiciones de vulnerabilidad: era cabeza de hogar, en estado de embarazo de alto riesgo y sin los medios económicos para costear la atención médica. Por lo anterior, acudió a una E.P.S, donde le negaron los controles prenatales por su situación migratoria irregular. Si bien el juzgado de instancia no concedió el amparo de su derecho a la salud por su situación migratoria, la Corte ordenó como medida cautelar la realización inmediata de los controles prenatales y la atención médica integral durante y después del parto, en caso de que este tuviera lugar durante la revisión.

Esta sentencia reitera que la situación migratoria irregular es una vulnerabilidad y recapitula la jurisprudencia de los casos en que la atención en urgencias puede llegar a incluir: (i) el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando sea solicitado por el médico tratante como urgente e indispensable, que de aplazarse, condicionen la vida y, (ii) la prestación de servicios relacionados con el embarazo de las mujeres -que pueden comprender controles prenatales y la asistencia del parto-. Así, al prestarse los servicios, se declaró hecho superado reconociendo igualmente una vulneración a los derechos de la accionante.

Posteriormente, la Corte emite la sentencia **T-452 de 2019**³⁷, con 4 casos: (i) Una mujer migrante en situación irregular que sufre de Lupus Eritematoso Sistémico, interpone acción de tutela luego de que se le negaran los medicamentos para el tratamiento; (ii) Una mujer adulto mayor que sufre de diferentes patologías y que afirmaba haber ingresado con pasaporte pero que no había sido censada en

36 Corte Constitucional Colombiana. T-298 del 28 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

37 Corte Constitucional Colombiana. T-452 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas.

el RAMV³⁸ porque solo aplicaba a quienes habían ingresado irregularmente. No había podido acceder a citas con médicos generales y especialistas; (iii) Una mujer migrante en situación irregular a la cual no le fue autorizada la cita con el especialista en psiquiatría para tratar un trastorno producto de un trauma; (iv) Un hombre en situación irregular interpone la acción en nombre de su hijo a quién le han negado un procedimiento para determinar la gravedad de un tumor en su cabeza. Ninguno de los accionantes cuenta con recursos económicos y los jueces de tutela negaron el amparo en todos los casos por su situación irregular.

La Corte hizo un recuento jurisprudencial sobre el derecho a la salud, universal y solidario, que debe ser garantizado por el Estado. Así, recordó que esta protección también se fundamenta en los instrumentos del derecho internacional ratificados por Colombia, algunos mencionados previamente. También mencionó que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los nacionales y tienen obligaciones, siendo la regularización de su situación migratoria una de ellas. De cualquier forma, todos los extranjeros, por su condición humana, tienen derecho al servicio de salud en urgencias. No obstante, la Corte recuerda que el ciudadano venezolano que quiera tener un acceso pleno al derecho a la salud, deberá regularizarse.

Así, la Corte determina en el primer caso que no hay una vulneración pues se le atendió la urgencia, se estabilizó y se le dio una fórmula médica con los medicamentos para tratar el Lupus, que no eran cubiertos en la atención por encontrarse en situación irregular. En el segundo caso, se establece que tampoco hubo vulneración pues se pedía un tratamiento integral. Sin embargo, en el trámite de revisión, la persona regularizó su situación y pudo acceder a este gratuitamente. En el tercer caso, al considerarse la cita médica con el especialista psiquiátrico como parte de un plan integral (pues se le brindaron los servicios de urgencias), se determinó que no le vulneró ningún derecho. Por último, en el cuarto caso, se le brindan los servicios del plan integral al menor durante la revisión de la tutela al interponer una segunda acción de tutela ante otro juzgado, solicitando el plan integral en oncología pediátrica y no solo el examen diagnóstico. Al recibir la atención requerida, no se le vulneran sus derechos.

Finalmente, en la sentencia **T-565 de 2019**³⁹, la Corte se enfrentó al caso de una madre que ingresa de manera irregular al país con su hija de 5 meses. La niña presentaba una patología crónica que requería de atención y tratamiento, según su médico especialista tratante en Colombia. Al no ser nacionales colombianas ni encontrarse afiliadas al SGSSS, no se les brindó el servicio. La niña tuvo que ser hospitalizada varias veces por la falta de tratamientos y medicamentos. Su madre, en nombre de la

38 Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos

39 Corte Constitucional Colombiana. T-565 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

menor, presentó una acción de tutela solicitando como medida provisional el trámite para la atención, medicación y terapias. El juez de instancia no concedió la medida pues consideró que al estar siendo atendida en urgencias, la vida de la menor no estaba en peligro, pues se le garantizaban los servicios para mantenerla estable. Asimismo, con respecto a la protección de los derechos a la salud y la vida estableció que no había una vulneración, pues al ser una niña en situación irregular, solo tenía derecho a los servicios en urgencia, que ya le estaban siendo prestados.

La Corte mencionó que la seguridad social en salud es un servicio público que el Estado debe garantizar a todos por su condición humana. Además, recordó la especial protección a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad económica, física o mental, adicionando que los niños deben tener el más alto goce de salud posible y aún más si el menor tiene menos de un año. Así, por limitar el acceso a la salud a la menor, la Corte estableció que hubo una vulneración de sus derechos a la salud y a la vida, pero declaró una carencia actual en el objeto pues la niña salió del país durante el trámite y, se entendió la pérdida de interés en el proceso.

III. ANÁLISIS SENTENCIA PREDOMINANTE

A continuación se analizará la sentencia **T-210 de 2018**, la cual consideramos que es la sentencia predominante pues la Corte realiza una recapitulación del avance jurisprudencial que ha habido frente al acceso al servicio de salud de la población migrante y visibiliza las barreras y cargas administrativas que enfrentan los migrantes venezolanos en situación irregular al intentar obtener atención en salud. Asimismo, como sucedió en la sentencia SU-677 de 2017, la Corte reconoció la crisis humanitaria en Venezuela y la dificultad de las entidades territoriales fronterizas para atender el flujo migratorio masivo.

Según Migración Colombia, para septiembre de 2018, 1.032.016 personas de nacionalidad venezolana se vieron obligadas a migrar a Colombia⁴⁰. A pesar de que este flujo migratorio se había presentado desde el 2015, Colombia no estaba preparada para atender las distintas necesidades de esta población, incluyendo aquellas relacionadas con la prestación del servicio de salud. En medio de este panorama, la Corte recibe dos casos de personas de nacionalidad venezolana y en situación migratoria irregular: i) una mujer, hija de madre colombiana, cabeza de familia y madre de 5 hijos, diagnosticada con cáncer de cuello uterino y; ii) un menor de edad de dos años que tenía, desde su nacimiento, dos hernias que comprometían partes de su cuerpo.

En esta sentencia, la Corte ordenó la protección del derecho a la salud y a la vida digna de ambos

40 “Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado”. Migración Colombia, acceso el 14 de julio de 2020, <https://migracioncolombia.gov.co/documentos/comunicaciones/infografias/Todo%20sobre%20Venezuela.pdf>

accionantes. En el primer caso, la accionante demandó al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander debido a que el Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta (HUEM) no había iniciado el tratamiento ambulatorio de quimioterapia ordenado por el médico tratante tras haber sido hospitalizada por complicaciones relacionadas con su enfermedad. Dicha negativa se fundamentó en que los servicios ambulatorios debían ser autorizados por la entidad territorial, responsable de asumir los costos de pacientes venezolanos sin capacidad de pago. En única instancia, se negó el amparo de los derechos al considerar que los servicios de urgencias fueron prestados de forma efectiva. Además, el juez agregó que si la paciente quería acceder a un tratamiento de alto costo -como la quimioterapia-, debía contar con un documento válido que le permitiera afiliarse al SGSSS y, por tanto, primero debía regularizar su situación.

En el segundo caso, el menor de edad no había podido ser operado desde su nacimiento por su corta edad y, cuando cumplió la edad requerida, no se pudo llevar a cabo el procedimiento porque el hospital en Venezuela no contaba con anestesia. Así, él y su madre migraron a Colombia, estableciéndose en Cúcuta. El menor fue atendido por urgencias en la Clínica Puente Barco Los Leones y el médico tratante señaló que el menor requería de una valoración prioritaria por cirugía pediátrica, razón por la cual fue remitido al HUEM. El hospital negó la atención, al considerar que no se trataba de una urgencia médica y, al no encontrarse afiliado al SGSSS, no podía beneficiarse de estos servicios. En primera instancia, el juez amparó el derecho a la salud y a la vida digna y ordenó programar la valoración pediátrica y, en caso de ser necesario, la práctica de la cirugía. La decisión fue impugnada por el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y, en segunda instancia, se revocó la decisión del *a quo* al considerar que el menor no contaba con ningún documento que validara su permanencia legal y que permitiera su afiliación al sistema de salud.

La sentencia T-210 de 2018 es una sentencia que recopila el desarrollo jurisprudencial realizado hasta ese momento. Así, la Corte reafirmó que, en virtud del principio de la universalidad y de solidaridad, el Estado está obligado a garantizar el acceso a todas las personas por su condición de ser humano y no por su situación migratoria. De esta forma y de acuerdo con la Ley 715 de 2001, del 21 de diciembre⁴¹, y la Ley 100 de 1993, del 23 de diciembre⁴², la Corte consideró que la atención de urgencias es una garantía fundamental para todas las personas. Por lo tanto, mencionó la categoría de “población pobre no asegurada” debido a que, por medio de esta categoría, las entidades territoriales tienen la posibilidad de emplear los recursos de la subcuenta del FOSYGA⁴³ para cubrir la atención básica

41 Ley 715 de 2001, 21 de diciembre. Diario Oficial 44654

42 Ley 100 de 1993, 23 de diciembre. Diario Oficial 41148

43 Es el Fondo de Solidaridad y Garantías, creado en la Ley 100 de 1993 para compensar la diferencia de ingresos entre las personas y financiar los subsidios para las personas más pobres.

de urgencias de extranjeros que no cuenten con recursos económicos y se encuentren en situación irregular hasta tanto logren la afiliación SGSSS. Ahora, la Corte reconoció que, gracias a la sentencia T-705 de 2017, la atención mínima a la que tienen derecho los extranjeros en situación irregular va más allá de preservar los signos vitales, y puede incluir tratamientos y procedimientos siempre que se demuestre la urgencia de los mismos, según el criterio del médico tratante. Sin embargo, recalcó la dificultad que existe alrededor de la definición de la atención de urgencias⁴⁴. Según la Corte, esto puede permitir arbitrariedades por parte del médico tratante quien finalmente establece qué tratamientos son necesarios para salvaguardar la vida del paciente.

Ahora bien, la Corporación resaltó el alcance del principio de solidaridad en el contexto del flujo masivo de migrantes. Así, concluyó que el Estado colombiano se encuentra ante la necesidad imperiosa de adoptar medidas que garanticen la efectividad de este principio frente a los migrantes. No obstante, mencionó la dificultad que están presentando las entidades territoriales fronterizas al recibir el mayor número de migrantes de nacionalidad venezolana. Además, resaltó que por la falta de coordinación entre estas entidades y la poca publicidad que ha habido de los avances en la protección del derecho de salud de esta población en el territorio nacional, ha generado una vulneración masiva del derecho a esta población.

Es de resaltar que, por primera vez, la Corte menciona las dificultades y barreras administrativas presentes en el ordenamiento colombiano que impiden a los migrantes venezolanos en situación migratoria irregular el acceso a una atención en salud integral. Precisamente hizo referencia al marco normativo migratorio y cómo, a pesar de que el país cuenta con varios tipos de visa, ninguna es de carácter humanitario o de protección, viéndose esto reflejado, por ejemplo, en los altos costos de las visas. Asimismo, resaltó que muchos de los mecanismos de regularización tales como el PEP no son una opción viable para esta población porque muchos no cumplen con los requisitos exigidos. Por ejemplo, para acceder a este tipo de permisos, los migrantes requieren de un pasaporte, pese a que la crisis humanitaria y la debilidad institucional de Venezuela han imposibilitado obtener documentos como el pasaporte. De esta forma, la Corte resaltó la existencia de un círculo vicioso que impide el acceso a la atención integral en salud por parte de esta población, pues si no tienen los documentos válidos para afiliarse al sistema -adquiridos por medio de la regularización-, no pueden acceder a la atención integral. Ahora, para poder cumplir con el deber de regularizar su situación requieren documentos que son muy costosos o difíciles de conseguir en el país vecino.

44 Según el artículo 8, numeral 5 de la Resolución 5269 de 2017 del Ministerio de Salud “se entiende que las atenciones iniciales de urgencia comprende, además, la atención de urgencias [la cual] busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad”. Resolución 5269 de 2017, 22 de diciembre.

Ahora bien, la Corte no sólo reafirmó lo expuesto por la sentencia T-705 de 2017, en cuanto la posibilidad de abarcar ciertos tratamientos y medicamentos en la atención de urgencias, sino también resaltó la difícil situación que se está viviendo en Venezuela y la dificultad que ha tenido el Estado colombiano en atender el flujo masivo de migrantes venezolanos. De igual forma, resaltó las cargas y dificultades administrativas que enfrentan los migrantes en situación migratoria irregular al llegar al país para poder acceder a la prestación de los servicios de salud, aspecto que no había sido mencionado en las sentencias anteriores y que se analizarán a continuación.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Es pertinente hacer un análisis sobre los aspectos no resueltos por la sentencia T-210 de 2018, que si bien reconoce las diferentes barreras que impiden la prestación del servicio, no logra mitigarlas. Por lo tanto, se presentarán seis puntos que consideramos debieron ser abordados en esta sentencia.

a. Sobre la carga de la regularización migratoria: Una recomendación constante que sobresale en la sentencia T-210 de 2018 y en las demás, es la obligación del migrante de regularizar su situación. Aquello se ve reflejado en la intervención hecha por Migración Colombia en esta sentencia. A pesar de reconocer que se le debe brindar atención de urgencias a los migrantes en situación irregular, Migración Colombia consideró que no se podía generar una carga al sistema ya desfinanciado y menos cuando el extranjero “*no ha hecho el mínimo esfuerzo para regularizarse y lograr acceder al sistema de salud*”. Así, la regularización se entiende como una obligación para el migrante que busque acceder a una prestación integral del servicio de salud. Si bien consideramos que es necesaria una regularización con el fin de ampliar el espectro del goce de los derechos del migrante, creemos igualmente que con la actual política migratoria del Estado colombiano puede significar una carga importante para el migrante que busca el servicio de salud y no cuenta con las condiciones económicas para poder hacer efectiva en su totalidad la prestación del servicio.

Ahora, es necesario mencionar cómo un migrante venezolano puede regularizar su situación en Colombia. Las opciones se dividen principalmente en dos tipos: visas y permisos especiales otorgados por el Estado colombiano para hacer frente al alto flujo migratorio proveniente del país vecino. Las visas se dividen en tres, independientemente del país de origen de la persona: Turista (T), Migrante (M) y Residente (R), dependiendo de las necesidades de cada caso. Sin embargo, las visas no suelen ser un medio viable para la población venezolana pues se requiere de un pasaporte vigente y sellado por la autoridad migratoria, siendo el pasaporte un bien de

difícil acceso en Venezuela⁴⁵. Así, las visas son una opción a veces inviable para la población migrante venezolana por los altos costos que implica su expedición y las dificultades de la población para acceder a un pasaporte. Asimismo, el rompimiento de las relaciones diplomáticas puede reforzar esta barrera⁴⁶.

Por otro lado, los permisos especiales como el PEP y el Permiso Especial del Fomento de la Formalización (PEPFF) también presentan problemas y dificultan la regularización. Ambos permisos se otorgan por un periodo máximo 2 años, que pueden ser renovados a criterio del Ministerio de Relaciones Exteriores⁴⁷. Adicionalmente, a este último permiso se le impone una carga adicional pues este puede solicitarse si se tiene una oferta laboral y debe ser solicitado por el futuro empleador⁴⁸. Al imponer esta carga administrativa se puede generar una barrera, pues puede desmotivar la solicitud del permiso y la contratación del migrante. Por su parte, el PEP también presenta límites, pues además de requerir pasaporte sellado, la persona debe estar en el territorio al publicarse la resolución que habilita el permiso y debe solicitarlo dentro de los términos establecidos en dicha resolución⁴⁹. Adicionalmente, es un permiso que no permite tener una expectativa de permanencia en el país pues no se sabe si el Gobierno autorizará las renovaciones al vencerse.

Una vía alterna que regulariza la situación migratoria es la solicitud de la condición de refugiado⁵⁰. Desde que se presenta la solicitud y mientras se surte el trámite, la situación migratoria de la persona se regulariza⁵¹. Sin embargo, esta opción ha demostrado ser poco viable en Colombia porque la mayoría de las solicitudes son negadas⁵², no se otorga permisos de trabajo durante el trámite de la solicitud, la autoridad no tiene término para resolver las solicitudes y, de casi 17.000 solicitudes en trámite, solo a 140 personas se les ha reconocido su condición

45 “Resolución 02/18 - Migración Forzada de Personas Venezolanas”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Acceso el 17 de julio de 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

46 Amaya, Juan Manuel, Carolina Moreno y Gracy Pelacani, “La gestión de la migración en Colombia hoy: *Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud*”. Centro de Estudios en Migración (CEM), n°01 (2019): 36 y 37 <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/Informe-cem.pdf>

47 Resolución 5797 de 2017, 25 de julio y Decreto 117 de 2020, 28 de enero. Diario Oficial 51210.

48 Ídem

49 “Preguntas frecuentes sobre renovación PEP”, *Migración Colombia*. Acceso el 13 de julio de 2020, <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep/preguntas-frecuentes-renovacion-pep>.

50 Si bien la solicitud de refugio busca, en principio, la protección internacional, tiene como consecuencia la regularización del estatus migratorio del solicitante.

51 art. 2.2.I.II.4.9.del Decreto 1067 de 2015, 26 de mayo. Diario Oficial 49523.

52 Gandini, Lozano y Prieto, Crisis y migración de población venezolana: *Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*, 26.

de refugiado⁵³.

Así, si bien la regularización puede garantizar un mayor acceso y protección a derechos, es una obligación que puede llegar a imponer una carga desproporcionada que no tiene en cuenta la realidad de la política migratoria colombiana y la situación de la población migrante venezolana.

b. Sobre la falta de coordinación y acceso a la información sobre los avances jurisprudenciales con respecto al acceso al derecho a la salud de los migrantes en situación irregular: La sentencia T-210 de 2018 estableció que la falta de coordinación entre entidades ha generado una barrera en el acceso a los servicios de salud. Un ejemplo de esto es la sentencia T-178 de 2019 porque se evidencia la falta de información que tienen las E.P.S frente a los avances jurisprudenciales sobre el acceso a los servicios de salud de la población migrante en situación irregular. Así, muchas de las acciones de tutela se interponen por la negativa de la entidad prestadora a proveer el servicio de salud, incluso cuando se trata de los casos reconocidos -enfermedad catastrófica o embarazo-. Por consiguiente, la falta de comunicación y coordinación entre las decisiones y las realidades que se viven en las distintas entidades territoriales limita el acceso a los servicios de salud y condiciona su prestación a un proceso constitucional producto de una acción de tutela. A pesar de que esta acción busca una protección inmediata puede suceder que, por la necesidad urgente del tratamiento, el paciente muera durante el trámite de la acción de tutela.

Además, como resalta la sentencia predominante, la situación implica una carga adicional para distintas entidades territoriales sobre todo fronterizas que no cuentan con la capacidad ni la infraestructura para asegurar el servicio. Esto último también es una barrera en el acceso y es quién debe asumir el costo de la atención. Ahora, si bien existe un esquema para la financiación que incluye la cooperación entre municipios y departamentos, la falta de información y coordinación se ve reflejada en el desconocimiento y, por lo tanto, en las negativas por parte de las entidades en la prestación de dicho servicio.

c. La atención integral sigue siendo una excepción: Como se mencionó, la posibilidad de que personas en situación irregular puedan acceder a una atención de urgencias -que incluya medicamentos y tratamientos- únicamente es posible cuando el médico tratante los solicite como urgentes. Así, la necesidad de una valoración médica abre la posibilidad a que se limite el

53 “La Paradoja del Asilo en Colombia”, *Revista Semana*. Acceso el 13 de julio de 2020, <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-paradoja-del-asilo-en-colombia/681042>.

efectivo acceso a la salud de la población migrante porque queda al arbitrio del médico⁵⁴. Lo anterior, se ha visto reflejado en la creciente necesidad que ha tenido la población migrante de acudir a la interposición de la tutela para garantizar los servicios de salud que requieren de manera urgente. Entonces, el acceso a la salud se condiciona al acceso a la justicia.

Lo mencionado refuerza el carácter excepcional de la atención pues la población migrante en situación irregular desconoce cómo opera el sistema judicial local⁵⁵ y, por tanto, se les restringe aún más la posibilidad de acceso a estos servicios. Además, al encontrarse en situación irregular, las personas temen acudir a las autoridades a denunciar la falta de atención médica por miedo a que se les inicie un proceso administrativo sancionatorio que resulte en expulsión o deportación.

Pese a lo anterior, la sentencia T-210 de 2018 no propuso criterios objetivos para delimitar de mejor forma el concepto de urgencias y minimizar la arbitrariedad médica, ni exhortó a las autoridades competentes a hacerlo. Así, la posibilidad de acceder a una atención integral, muchas veces requerida para garantizar el derecho a la vida de este grupo vulnerable, continúa siendo limitada y termina en una vulneración de sus derechos.

d. Ambigüedad en el término “enfermedad catastrófica” y los límites en su protección: La sentencia T-210 de 2018 reitera que el acceso al derecho a la salud va más allá de la prestación de los servicios de urgencias en algunos casos reconocidos. A esto se suma lo establecido en la sentencia T-025 de 2019 que incluye al VIH en este grupo de casos reconocidos, además de las enfermedades oncológicas. Asimismo, en las sentencias SU-677 de 2017, T-074 de 2019 y T-298 de 2019, la Corte reiteró que la atención de los embarazos debe incluirse también en estos casos. En resumen, la jurisprudencia se ha inclinado por ampliar el contenido del concepto de urgencias. Sin embargo, la sentencia la T-452 de 2019, niega el tratamiento a otras enfermedades crónicas- tales como las enfermedades autoinmunes como el Lupus- al encontrarse la persona en situación irregular.

De lo anterior, queda la duda con respecto a las limitaciones de dicha categoría. Así, enfermedades que pueden condicionar la vida digna de la persona como las enfermedades autoinmunes

54 Amaya, Moreno, Pelacani, “La gestión de la migración en Colombia hoy: *Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud*”, 35.

55 La Corte Constitucional estableció que “los migrantes son sujetos de especial protección para los Estados en razón a la situación de indefensión en la que comúnmente se encuentran y que se deriva del desconocimiento de la forma en que opera el sistema jurídico local (...)”. Corte Constitucional Colombiana. T-295 del 24 de julio de 2018, Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado.

o los trastornos mentales que requieren de atención psiquiátrica fueron negados en la última sentencia mencionada. Si bien las enfermedades reconocidas hasta ahora pueden condicionar en un menor tiempo la vida de la persona en caso de no recibir tratamiento, hay enfermedades excluidas de dicha categoría que igualmente necesitan de un tratamiento para respetar la vida digna de una persona. Por ejemplo, con respecto al Lupus, estudios científicos determinan que genera daños crónicos y aumenta los riesgos de morbilidad, por lo que un tratamiento constante es recomendable, en parte, por la alta cantidad de enfermedades cardiovasculares que puede generar y que condicionan la vida del paciente⁵⁶. Lo mismo sucede con trastornos mentales que requieren de atención y acompañamiento psicológico y psiquiátrico para poder garantizar la vida digna⁵⁷ y la cual no puede estar sujeta a la condición migratoria de la persona sino a su condición humana.

Por lo anterior, consideramos que la categoría de atención a urgencias si bien ha sido importante en el avance hacia la protección del derecho a la salud de los migrantes en situación irregular, excluye y condiciona la vida digna de las personas que sufren de enfermedades crónicas que condicionan el bienestar del paciente.

e. La carga de la valoración médica: Para poder acceder al servicio de salud integral requerido para el cuidado de una enfermedad catastrófica, es necesaria la valoración del médico tratante en urgencias o de un especialista certificando la necesidad del tratamiento. Este puede ser un punto que limita el acceso al servicio por la imposibilidad de acceder a un médico que declare la urgencia del tratamiento. Lo anterior puede suceder por (i) la precariedad de la infraestructura en materia de salud en Venezuela, que puede dificultar el acceso a una valoración médica que permita tener un diagnóstico que determine la urgencia del tratamiento o (ii) una vez en Colombia, acceder a un especialista puede, en algunos casos, considerarse que no hace parte de la atención en urgencias, por lo que acceder a él puede ser complicado o implica un gasto para el migrante que probablemente no podrá asumir.

Ahora, en ningún momento se propone eliminar este requisito, sino facilitar el acceso a éste, aligerando la carga para la población migrante en situación irregular. Lo anterior se puede

56 Caroline Gordon “Long-term complications of systemic lupus erythematosus” *Rheumatology*, Volume 41, Issue 10 (2002): 1095–1100, <https://academic.oup.com/rheumatology/article/41/10/1095/1784099>.

57 La Corte Constitucional ha extendido los límites del derecho a la vida, entendiéndose como la vida digna, es decir, que no basta simplemente con la posibilidad de existir, sino también las condiciones en las que se vive. Así, se deben garantizar “la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo 11 de la Constitución” (Corte Constitucional Colombiana. T-444 del 10 de junio de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

lograr, por ejemplo, incluyendo en el servicio de urgencias la consulta con un especialista para determinar la urgencia del tratamiento.

f. La carga probatoria de falta de medios económicos: Esta es otra de las cargas que debe asumir la población migrante en situación migratoria irregular ya que, para poder beneficiarse de la atención de urgencias, deben demostrar que no pueden asumir el pago de la atención recibida. Lo anterior, se puede ver en la sentencia T-239 de 2017, donde la primera instancia decidió negar la atención en salud no sólo por la situación irregular del accionante sino también porque este no había acreditado la condición de población pobre no asegurada.

La Corte, a pesar de haber reconocido las difíciles condiciones económicas, sociales y políticas en Venezuela, no delimitó esta carga probatoria que, muchas veces, se convierte en una barrera de acceso al sistema de salud. Así, debió haber definido cómo la población migrante puede probar dicha condición porque, de lo contrario, abre la posibilidad a que las EPS y los jueces de instancia nieguen la atención por considerar que la condición económica no fue acreditada.

V. CONCLUSIÓN

Finalmente, es posible concluir que los extranjeros en situación migratoria irregular han tenido, progresivamente, un mayor acceso a la atención en salud. En principio, todos los extranjeros, independientemente de su situación migratoria, pueden recibir atención de urgencias aún si no cuentan con los medios económicos necesarios para cubrir los costos, carga que es asumida por las entidades territoriales. Sin embargo, por causa de la generalidad y la subjetividad del concepto de “urgencia” se sigue presentando una barrera que puede poner en riesgo los derechos de una población vulnerable.

La Corte Constitucional ha reconocido cada vez más casos donde la prestación del servicio de urgencias debe incluir un tratamiento, tal como los tratamientos de enfermedades catastróficas o los controles prenatales y postparto. A pesar de que el desarrollo jurisprudencial tiende a garantizar la atención integral a pacientes que la requieren de manera urgente, existen todavía barreras que ponen en riesgo el derecho a la salud. Por lo tanto, pese a que la población migrante en situación migratoria irregular cuenta con el derecho de ser atendida en centros de salud en casos de emergencia, se ha dificultado mucho la materialización de este derecho. Así, la acción de tutela se ha convertido en un instrumento que ha permitido, en algunos casos, la garantía del derecho a la salud. No obstante, ésta no puede convertirse en un mecanismo para superar las fallas y vacíos de la política migratoria del Estado con respecto al sistema de salud.

Es necesario tener en cuenta que el fenómeno migratorio en cuestión no es temporal especialmente por la profunda crisis humanitaria e institucional en Venezuela. Por lo tanto, el Gobierno debe adelantar una política migratoria ajustada a las necesidades de la población migrante, que reconozca y busque remediar las barreras que impiden el ejercicio pleno de sus derechos. Asimismo, se deben tomar las medidas necesarias para que la normatividad actual y los avances jurisprudenciales sean de pleno conocimiento en el territorio nacional para garantizar el efectivo acceso a los servicios de salud. Finalmente, el Gobierno debe evaluar sus políticas migratorias pues están obstaculizando y condicionando el acceso integral al sistema de salud.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Marco legal

Constitución Política de Colombia, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

Organización de las Naciones Unidas (ONU) *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra, ONU, 1951.

Ley 100 de 1993, 23 de diciembre. Diario Oficial 41.148

Ley 715 de 2001, 21 de diciembre. Diario Oficial 44.654

Ley 1438 de 2011, 19 de enero de 2011. Diario Oficial 47.957

Decreto 1067 de 2015, 26 de mayo. Diario Oficial 49.523

Decreto 780 de 2016, 6 de mayo. Diario Oficial 49.865

Resolución 5797 de 2017, 25 de julio.

Resolución 5269 de 2017, 22 de diciembre.

Decreto 117 de 2020, 28 de enero. Diario Oficial 51.210

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana. T-444 del 10 de junio de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional Colombiana. T-314 del 17 de junio de 2016. Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Colombiana. T-239 del 24 de abril de 2017. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Linares Cantillo

Corte Constitucional Colombiana. T-295 del 24 de julio de 2018. Magistrado Ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Colombiana. SU-677 del 15 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Colombiana, T-705 del 30 de noviembre de 2017. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional Colombiana. T-210 del 1 de junio de 2018. Magistrada Ponente: Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado

Corte Constitucional Colombiana. T-348 del 28 de agosto de 2018. Magistrado Ponente: Dr. Luis Guillermo Pérez.

Corte Constitucional Colombiana. T-025 del 29 de enero de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional Colombiana. T-074 del 25 de febrero de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo

Corte Constitucional Colombiana. T-178 del 6 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Cristina Pardo Schlesinger

Corte Constitucional Colombiana. T-197 del 14 de mayo de 2019. Magistrado Ponente: Dra. Diana Fajardo Rivera

Corte Constitucional Colombiana. T-298 del 28 de junio de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional Colombiana. T-452 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Reyes Cuartas

Corte Constitucional Colombiana. T-565 del 26 de noviembre de 2019. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos

Doctrina

Amaya, Juan Manuel, Carolina Moreno y Gracy Pelacani, “La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud”. Centro de Estudios en Migración (CEM), n° 01 (2019), <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/Informe-cem.pdf>

Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. *Migración desde Venezuela a Colombia. impactos y estrategia de respuesta en el corto y mediano plazo*. Colombia: Banco Mundial, 2018.

“Crisis Humanitaria en Venezuela: La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alimentos.” Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/es/report/2016/10/24/crisis-humanitaria-en-venezuela/la-inadecuada-y-represiva-respuesta-del-gobierno>.

“Frontera Terrestre Colombia-Venezuela”. Cancillería de Colombia, <https://www.cancilleria.gov.co/content/frontera-terrestre-colombia-venezuela>.

Gandini, Luciana, Fernando Lozano y Victoria Prieto, Crisis y migración de población venezolana: *Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019.

Gordon, Caroline “Long-term complications of systemic lupus erythematosus” *Rheumatology*, Volume 41, Issue 10 (2002): 1095–1100, <https://academic.oup.com/rheumatology/article/41/10/1095/1784099>.

International Organization for Migrations, “Glossary on Migration”. International Organization for Migrations. https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf

“La Paradoja del Asilo en Colombia”, Revista Semana, <https://www.semana.com/nacion/articulo/la-paradoja-del--asilo-en-colombia/681042>.

“Migración”. Organización de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/index.html>

Organización Internacional para las Migraciones. MC/INF/297. https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/policy_and_research/policy_documents/MC-INF-297-Flujos-Migratorios-Mixtos_ES.pdf

“Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela”, R4V, <https://r4v.info/es/situations/platform>.

“Preguntas frecuentes sobre renovación PEP”, Migración Colombia, <https://www.migracioncolombia.gov.co/venezuela/pep/preguntas-frecuentes-renovacion-pep>.

“Radiografía de Venezolanos en Colombia: Abril 2020”. Migración Colombia, <https://migracioncolombia.gov.co/infografias/venezolanos-en-colombia-corte-a-30-de-abril-de-2020>

Ramirez, Clemencia, Marcela Zuluaga y Clara Perilla “Perfil Migratorio de Colombia”. OIM, <https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/publicaciones/Perfil-Migratorio-de-Colombia.pdf>

“Resolución 02/18 - Migración Forzada de Personas Venezolanas”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

“Tendencias Globales Desplazamiento Forzado en 2019”. Acnur, <https://www.acnur.org/5eeaf5664.pdf>.

“Todo lo que quiere saber sobre la migración venezolana y no se lo han contado”. Migración Colombia, <https://migracioncolombia.gov.co/documentos/comunicaciones/infografias/Todo%20sobre%20Venezuela.pdf>

“World Report 2020 Venezuela”. Human Rights Watch, <https://www.hrw.org/es/world-report/2020/country-chapters/336670>.