

Bogotá D.C., 3 de mayo de 2018

Honorable Magistrada
Gloria Stella Ortiz Delgado
Corte Constitucional
E.S.D.

Radicados: T-6.578.193 y T.6.578.985

Asunto: Intervención dentro de los procesos de acción de tutela iniciados por NYSR contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander y por Francys Deriannys Rodríguez López en calidad de agente oficiosa de su hijo menor de edad MAMR contra la Clínica Puente Barco Los Leones, ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, y la ESE Imsalud.

Cesar Rodríguez Garavito, Rodrigo Uprimny, Lucía Ramírez Bolívar, Silvia Ruiz Mancera, Valentina Rozo y Mauricio Albarracín, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, actuando en calidad de director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) y en ejercicio de lo contemplado en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, aportamos la presente intervención dentro del proceso de tutela de la referencia. Esta intervención se hace en continuación al resumen presentado oportunamente el pasado 25 de abril del 2018 dentro del plazo otorgado en el auto de vinculación y pruebas de los procesos de la referencia (OPT-A-1132/2018, recibido el día 18 de abril de 2018).

Los casos constitucionales de NYSR y del niño MAMR se relacionan con la garantía del derecho a la salud de las personas migrantes provenientes de Venezuela. Estas personas se han visto en la obligación de abandonar Venezuela debido a la grave crisis humanitaria, la cual incluye la falla general del sistema de salud de ese país. En el presente escrito sostenemos la necesidad de amparar los derechos de los tutelantes y pretendemos aportar a la discusión sobre los derechos de las personas migrantes y refugiadas, y especialmente en esta coyuntura, de las personas provenientes de Venezuela debido a la crisis política y humanitaria que enfrenta el vecino país actualmente.

El derecho a la salud de las personas migrantes provenientes de Venezuela, independientemente de su estatus migratorio, debe garantizarse por parte del Estado colombiano, en particular, en el caso de los sujetos de especial protección constitucional. Para desarrollar este argumento general nuestra intervención está dividida en seis partes. La primera aborda la igualdad de derechos y garantías entre nacionales y extranjeros en Colombia. La segunda explica los fundamentos del derecho a la atención básica en salud de los migrantes y lo que esta comprende. La tercera parte sostiene que la atención en salud de las personas sujetos de especial protección o en situación de debilidad manifiesta, como los

niños y niñas y las personas con enfermedades terminales y crónicas debe extenderse a todos los servicios necesarios para garantizar el máximo nivel de bienestar físico, mental y social. La cuarta parte explica cómo el requisito de regularización migratoria es un obstáculo al acceso al derecho a la salud de los migrantes, el cual no debe estar condicionado a la situación migratoria de las personas. La quinta sección se refiere a los casos concretos de MAMR y de NYSR y en la parte final hacemos una solicitud de orden general a la Corte sobre la necesidad de sobre la necesidad de ordenar al Ministerio de Salud establecer una política de acceso a la salud de los migrantes, sin importar su estatus migratorio, la cual cumpla las obligaciones de la Constitución.

1. LOS MIGRANTES TIENEN LOS MISMOS DERECHOS QUE LOS CIUDADANOS COLOMBIANOS

1.1. Los derechos de los migrantes en el derecho internacional y el principio de no discriminación.

La Constitución establece que los migrantes tienen los mismos derechos que los ciudadanos colombianos y en consecuencia no podrán recibir un trato discriminatorio debido a su origen nacional. En primer lugar, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, establece que “todas las personas (...) recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de (...) origen nacional (...)”¹ (negrilla fuera del texto). Adicionalmente, el artículo 100 de la Carta que hace referencia a los extranjeros establece que aquellos que se encuentren en el territorio de la República, gozarán de las “garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley”². Ni la cláusula de igualdad ni el artículo constitucional sobre los derechos de los extranjeros establecen que las personas migrantes deben tener una situación migratoria regular para garantizar sus derechos fundamentales. Esta protección se hace además en concordancia con el artículo 5 de la Constitución que obliga al Estado a reconocer “sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona”.

Así mismo, el derecho internacional de los derechos humanos tiene una norma bien establecida según la cual los migrantes tienen los mismos derechos que los nacionales del país donde se encuentren habitando y no serán sujeto de discriminación en razón a su nacionalidad o estatus migratorio. Así por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración sin distinción (...), origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”³ (negrilla fuera del texto). En el mismo sentido, la Convención Americana sobre derechos humanos reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una

¹ Constitución Política de Colombia, artículo 13 (Derecho a la igualdad)

² Ibidem, artículo 100 (Derechos de los extranjeros)

³ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 2do.

protección internacional”⁴ (negrilla fuera del texto). Adicionalmente, tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ⁵ como en el Protocolo de San Salvador, el Estado Colombiano se comprometió a garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian en estos instrumentos “sin discriminación alguna por motivos de (...) origen nacional”⁶ (negrilla fuera del texto).

En relación directa con el asunto constitucional bajo estudio, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares ⁷, la cual ha sido ratificada por Colombia, contempla que los derechos allí consagrados serán aplicables a quienes realicen una labor remunerada en un Estado del no que sea nacional sin discriminación alguna e independientemente de su país de origen y su estatus migratorio. Así mismo, el artículo 25 de esta convención establece que los trabajadores migrantes “gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado (...) en lo tocante a remuneración y otras condiciones de trabajo, es decir horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud (...)”, entre otras (negrilla fuera del texto).

Más recientemente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) reiteró mediante la Declaración sobre las obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del PIDESC – la cual constituye la interpretación autorizada más reciente sobre el alcance de los DESC para esta población. Según el Comité: “todas las personas que se encuentren bajo la jurisdicción del Estado de que se trate deben disfrutar de los derechos recogidos en el Pacto. Esto incluye a los solicitantes de asilo y los refugiados, así como a otros migrantes, incluso si su situación en el país de que se trate es irregular”⁸. (negrilla fuera del texto).

En virtud del PIDESC, los Estados tienen la obligación de garantizar todos los derechos allí contemplados sin discriminación alguna⁹. Así, si un Estado parte decide otorgar un trato desigual a una persona por motivos de su nacionalidad o estatus migratorio, esta decisión deberá cumplir con al menos tres requisitos (i) ajustarse a la ley, perseguir un objetivo legítimo, y ser proporcional al objetivo perseguido. De esta manera, “un trato desigual que no satisfaga estas condiciones debe considerarse una discriminación ilícita prohibida por

⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, preámbulo. Aprobada por el estado colombiano mediante ley 16 de 1972.

⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2. Aprobado por el estado colombiano mediante ley 74 de 1068.

⁶ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 3ro (Obligación de no discriminación). Aprobado por el estado colombiano mediante ley 319 de 1996.

⁷ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, artículo 7 y 25. Aprobado por el Estado colombiano mediante ley 146 de 1994.

⁸ Declaración del Comité DESC sobre Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 3ro. (E/C.12/2017/1)

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2017%2f1&Lang=en

⁹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2. Aprobado por el estado colombiano mediante ley 74 de 1068.

el artículo 2, párrafo 2, del Pacto”¹⁰. Así mismo, el Comité DESC en la declaración mencionada anteriormente, afirmó en relación con las obligaciones básicas de los Estados, 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 encuentren bajo el control efectivo del Estado, sin excepción. (...) [P]or consiguiente, no deben verse limitadas por motivos de nacionalidad o condición jurídica”¹¹.

Como queda visto, la igualdad de derechos entre migrantes y nacionales de un Estado, independientemente de su estatus legal, es una regla bien establecida tanto en la Constitución como en los tratados de derechos humanos – los cuales hacen parte del ordenamiento jurídico interno a través del bloque de constitucionalidad¹². Por su parte la Corte Constitucional ha aplicado e interpretado esta regla en el precedente constitucional.

Desde sus inicios, la Corte Constitucional ha reconocido la igualdad de derechos entre los extranjeros y nacionales y ha incorporado este principio en sus decisiones sobre constitucionalidad de las leyes o durante la revisión de tutelas. Así, en la tutela T-215 de 1996 al revisar un acto administrativo que ordena la deportación de un extranjero padre de dos menores colombianos, la Corte afirmó el artículo 100 de la Constitución Política “garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y asegura la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales”¹³. Adicionalmente, la Corte afirmó que en el marco de la Constitución ninguna actuación legislativa o administrativa “puede desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular”¹⁴.

Así mismo, en la sentencia C-385 de 2000 que revisó la constitucionalidad de varias disposiciones del Código del Trabajo que limitaban la participación de los extranjeros en los sindicatos, la Corte consideró que la facultad que se le otorga a ley para restringir los derechos de los extranjeros por razones de orden público, no puede restringir los derechos fundamentales “reconocidos en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, dado que ellos son inherentes a la persona humana y tienen un carácter universal”¹⁵. En consecuencia, la Corte decidió declarar inexequibles estas disposiciones.

Con respecto a las limitaciones que se pueden imponer al ejercicio de los derechos de los extranjeros con fundamento en el inciso primero del artículo 100 de la Constitución, la

¹⁰ Declaración del Comité DESC sobre Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 5to. (E/C.12/2017/1)

¹¹ *Ibidem*, párrafo 9.

¹² Constitución Política de Colombia, artículo 93 (Bloque de constitucionalidad)

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-215 de 1996. MP: Fabio Morón Díaz.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000. MP: Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional, mediante sentencia C-768 de 1998¹⁶, estableció que el régimen en materia de igualdad para los extranjeros debe estar en una armonización entre los artículos 13 y 100 de la Constitución. Así, la cláusula de igualdad (Artículo 13) implica que debe existir una justificación razonable para que se establezca un trato diferenciado, por ejemplo, los que explícitamente se autorizan a través del artículo 100 de la Constitución. Como lo ha dicho la Corte:

“cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, para el efecto de preservar el derecho de igualdad, habrán de determinar en primera instancia cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales. Por lo tanto, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar”¹⁷.

El alcance de esta doctrina constitucional fue precisado por la Corte mediante sentencia C-913 de 2003¹⁸, que estableció que cuando se presente un trato diferencial entre extranjeros y nacionales se debe examinar “(i) si el objeto regulado permite realizar tales distinciones; (ii) la clase de derecho que se encuentre comprometido; (iii) el carácter objetivo y razonable de la medida; (iv) la no afectación de derechos fundamentales; (v) la no violación de normas internacionales y (vi) las particularidades del caso concreto”. En otra sentencia de constitucionalidad del mismo año, la Corte añadió algunos criterios al test de igualdad en el caso de los extranjeros y estableció que cuando se busque dar un tratamiento diferenciado a los mismos, se debe realizar un doble análisis del principio de igualdad. Así, en el caso de que la medida que busca limitar los derechos de los extranjeros no esté fundada en una razón de orden público, se debe analizar si esta medida constituye un trato razonable constitucionalmente. Para ello se deberá determinar si el trato diferenciado a los extranjeros es “(i) expreso, (ii) necesario, (iii) mínimo e (iv) indispensable, y (v) si está dirigido a la realización de finalidades constitucionales legítimas en una sociedad democrática”¹⁹.

Estos criterios fueron incorporados por la Corte Constitucional tanto en las sentencias de análisis de constitucionalidad de normas que establecían un trato diferenciado entre extranjeros y nacionales ²⁰, así como en el análisis de casos individuales donde los accionantes a través de la acción de tutela argumentaban una violación de derechos

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-768 de 1998. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Esta sentencia analizó la constitucionalidad de las normas que regulaban el beneficio del indulto y que establecía que este sólo era aplicable para los nacionales.

¹⁷ Ibidem

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-913 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1058 de 2003. MP: Jaime Córdoba Triviño.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-194 de 1994. MP: Carlos Gaviria Díaz (Sentencia de revisión de las normas que regulan los estados de excepción); Corte Constitucional, sentencia C-1024 de 2002. MP: Alfredo Beltrán Sierra (Sentencia de revisión de las normas para la definición de zonas rehabilitación y consolidación); Corte Constitucional, sentencia C-523 de 2003. MP: Jaime Córdoba Triviño (Sentencia de revisión del Código de Policía); Corte Constitucional, sentencia C-527 de 2003. MP: Álvaro Tafur Galvis (Sentencia de revisión del Estatuto Tributario).

fundamentales por el hecho de ser extranjeros ²¹ . A través de los años, la Corte ha construido un conjunto de reglas jurisprudenciales para determinar el alcance de los derechos reconocidos a los extranjeros, las cuales fueron resumidas en la reciente sentencia C-469 de 2017, las cuales citamos in extenso a continuación:

“(i) en ningún caso el legislador está habilitado para desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros así aquellos se encuentren en condiciones de permanencia irregular en el país;

(ii) en virtud de lo dispuesto en la Constitución de 1991 es claro que las autoridades colombianas no pueden desatender el deber de garantizar la vigencia y el respeto de los derechos constitucionales de los extranjeros y de sus hijos menores, por cuanto sus derechos prevalecen en el ordenamiento jurídico colombiano;

(iii) la Constitución o la Ley pueden establecer limitaciones con respecto a los extranjeros para los efectos de su permanencia o residencia en el territorio nacional, en virtud del principio de soberanía estatal y los extranjeros en Colombia, disfrutarán de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos, aunque por razones de orden público, mediante ley algunos de dichos derechos podrán ser subordinados a condiciones especiales o podrá negarse su ejercicio;

(iv) no en todos los casos el derecho de igualdad opera de la misma manera y con similar arraigo para los nacionales y los extranjeros, toda vez que cuando las autoridades debatan acerca del tratamiento que se debe brindar a los extranjeros en una situación particular, habrán de determinar en primer lugar cuál es el ámbito en el que se establece la regulación, con el objeto de esclarecer si éste permite realizar diferenciaciones entre los extranjeros y los nacionales. De esta forma, la intensidad del examen de igualdad sobre casos en los que estén comprometidos los derechos de los extranjeros dependerá del tipo de derecho y de la situación concreta por analizar;

(v) el reconocimiento de los derechos de los extranjeros no implica que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales;

(vi) la aplicación de un tratamiento diferente debe estar justificado por situaciones de hecho diferentes, una finalidad objetiva y razonable y una proporcionalidad entre el tratamiento y la finalidad perseguida; y

(vii) la reserva de titularidad de los derechos políticos para los nacionales tiene su fundamento en el hecho de que por razones de soberanía es necesario limitar su ejercicio, situación que está en concordancia con el artículo 9° de la Carta, que

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-321 de 1996. MP: Hernando Herrera Vergara y sentencia T-680 de 2002. MP: Alfredo Beltrán Sierra (Sentencias sobre la exigibilidad de visas para extranjeros).

prescribe que las relaciones exteriores del Estado colombiano deben cimentarse en la soberanía nacional.”²² (Negrillas fuera del texto).

Del análisis de la normatividad nacional e internacional, así como de la interpretación que de estos instrumentos ha realizado la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, se concluye que el Estado colombiano tiene la obligación de promover y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad y estatus migratorio. Si bien la plena garantía de estos derechos puede estar sujeta a la disponibilidad de recursos o al establecimiento de un tratamiento diferenciado en circunstancias particulares, el Estado debe proteger el núcleo esencial de los derechos fundamentales en todas las circunstancias y a todas las personas que se encuentren en su territorio, independientemente de su estatus migratorio²³. Como resultado, las actuaciones que otorguen un trato diferencial sin justificación alguna constituyen actos de discriminación que van en contravía de las disposiciones del PIDESC²⁴. Por tanto, el Estado no puede usar la disponibilidad de recursos o el establecimiento de tratos diferenciados de manera arbitraria como simples excusas para no garantizar el derecho a la salud, so pena de violar la cláusula de igualdad y otros derechos fundamentales como la vida. Además, el uso de escasez de recursos como excusa injustificada para no atender a los migrantes no es compatible con la cláusula constitucional del Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad.

1.2. Protección reforzada de los derechos de los migrantes en caso de crisis humanitarias

Cómo se argumentó en la sección 1.1. de la presente intervención, el Estado colombiano debe garantizar a los extranjeros los mismos derechos que a los nacionales salvo en los casos en que luego de un análisis estricto de constitucionalidad se admita un tratamiento diferenciado. Sin embargo, es importante entender que la aplicación de estas normas y su respectiva interpretación se había hecho hasta ahora en un contexto de migración ordinaria y limitada de extranjeros no en el marco de una crisis humanitaria como la que actualmente atraviesa el Estado venezolano donde se vive una violación generalizada tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta situación ha empujado a miles de personas a salir de su país de origen y migrar a Colombia con el fin de satisfacer sus necesidades básicas como el acceso a alimentación y servicios de salud entre otros.

La llegada masiva de personas provenientes de Venezuela a causa de esta crisis humanitaria ha develado la limitada capacidad de respuesta del Estado colombiano para responder a las necesidades de esta población. Esta limitada capacidad se debe entre otros factores a la ausencia de una política migratoria integral que establezca rutas y mecanismos claros para la protección de los derechos fundamentales de esta población de acuerdo con lo

²² Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2017. MP: Cristina Pardo Schlesinger.

²³ Declaración del Comité DESC sobre Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 9no. (E/C.12/2017/1)

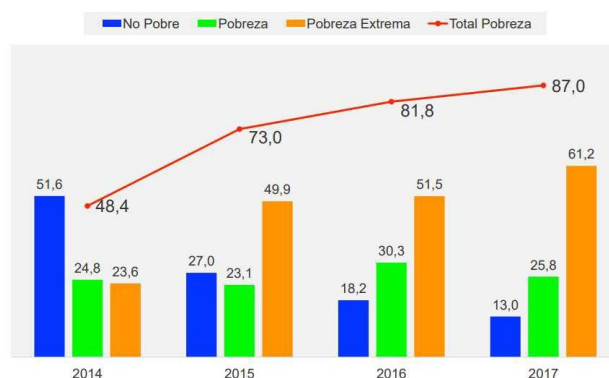
²⁴ *Ibidem*, párrafo 5to y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2, párrafo. Aprobado por el estado colombiano mediante ley 74 de 1068.

establecido en la Constitución Política de Colombia y los tratados internacionales de derechos humanos sobre la materia. Además, al no existir una ley migratoria integral, el Presidente de la República define la política migratoria (artículo 189, numeral 2 de la Constitución), razón por la cual el control judicial en esta materia debe ser más estricto porque las medidas establecidas por el Ejecutivo no gozan de un debate democrático en el Congreso y tienen relación directa con los derechos de un discriminado y en situación de debilidad manifiesta.

De esta manera, es indispensable que las autoridades colombianas - incluyendo la Corte Constitucional – consideren la crisis humanitaria que se vive en Venezuela, así como la situación precaria en la arriban muchas personas provenientes de ese país como factores a tener en cuenta en el momento de tomar decisiones que puedan limitar o hacer más precaria la garantía de los derechos fundamentales de esta población.

Para comenzar, el aumento de la pobreza en el vecino país ha sido acelerado. Según cifras oficiales en el primer semestre del 2015 el 33,1% de los hogares era pobres, lo que significa un incremento de 6,2 puntos porcentuales frente al mismo periodo en 2010²⁵. A estas cifras se suman las presentadas por la academia, que muestran un aumento continuo de la pobreza pasando de 48,4% en 2014 a 87% en 2017. Tal ha sido el aumento de la pobreza que el año pasado del total de hogares pobres, el 61,2% se encontraba en condiciones de pobreza extrema²⁶ (gráfico 1), lo que significa que más de la mitad de los hogares en Venezuela no tiene recursos suficientes para cubrir los costos de la alimentación.

Gráfico 1. Hogares en condición de pobreza de ingreso.



Fuente: ENCOVI 2017

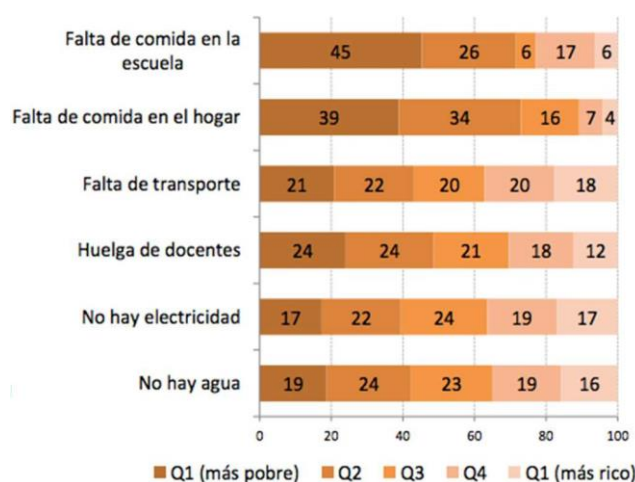
Esta situación de pobreza es grave, pues como lo ha manifestado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye “una violación generalizada a todos los

²⁵ Instituto Nacional de Estadística. Pobreza por línea de ingreso, 1er semestre 1997-1er semestre 2015. En http://www.ine.gov.ve/index.php?option=com_content&view=category&id=104&Itemid=#

²⁶ Universidad Católica Andrés Bello, Universidad Simón Bolívar, Universidad Central de Venezuela (UCA-USB-UCV). Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela-pobreza. 2017. En <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/ENCOVI-2017-presentaci%C3%B3n-para-difundir-.pdf>

derechos humanos, tanto civiles y políticos como sociales, económicos y culturales”²⁷. Frente al derecho a la alimentación, el 89,4% de los venezolanos considera que el ingreso familiar no es suficiente para la adquisición de alimentos dentro y fuera del hogar y el 80% presenta inseguridad alimentaria ²⁸. A su vez, la crisis alimentaria en Venezuela ha impactado el derecho a la educación, especialmente en niños, niñas y adolescentes (NNA)²⁹. A lo largo de los años ha habido una disminución de la asistencia escolar, que se ha reflejado en todo el espectro social. Si se ven los factores que impiden la asistencia escolar es claro cómo la falta de alimento y servicios han afectado el derecho a la educación³⁰.

Gráfico 2. Distribución por quintiles de la población de 3 a 17 años que algunas veces no asiste por las siguientes razones.



Fuente: ENCOVI 2017

Asimismo, se ha visto una crisis en el sistema de salud, frente a la cual se ha afirmado que "los servicios básicos de salud están colapsados y conseguir medicamentos esenciales es una lucha constante, por lo que miles de personas no tienen más remedio que buscar atención médica fuera del país"³¹. Se ha reportado un 90% de escasez de medicinas e insumos a nivel nacional³², así como el colapso de la infraestructura hospitalaria al tener 50% de los quirófanos inactivos y el 80% del servicio diagnóstico inservible³³.

²⁷ CIDH. Pobreza y Derechos Humanos. 2017. En <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>. p. 48.

²⁸ UCA-USB-UCV. Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela-alimentación. 2017. En <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/ENCOVI-Alimentaci%C3%B3n-2017.pdf>

²⁹ CIDH. Situación de derechos humanos en Venezuela. Informe País. 2017. En <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. p. 241.

³⁰ UCA-USB-UCV, Universidad Central de Venezuela. Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela-alimentación. 2017. En <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/ENCOVI-Alimentaci%C3%B3n-2017.pdf>

³¹ Amnistía Internacional. Venezuela: La crisis de desatención del derecho a la salud obliga a miles de personas a huir. 2018. En <https://amnistia.org.mx/contenido/venezuela-la-crisis-de-desatencion-del-derecho-a-la-salud-obliga-a-miles-de-personas-a-huir/>

³² PROVEA y CodeVida. Venezuela: Informe sobre el derecho a la salud, 2014-2017, en un contexto

Teniendo en cuenta que uno de los principios fundamentales que rige al Estado colombiano es el respeto de la dignidad humana y la solidaridad con las personas que lo integran³⁴; que la grave situación por la que actualmente atraviesan muchos de los migrantes venezolanos pone en riesgo su derecho fundamental a la vida³⁵ y puede generar que sean objetivo de actos xenofóbicos y de discriminación³⁶; y que dentro de los deberes de los ciudadanos colombianos se encuentra “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”³⁷ (negrilla fuera del texto), solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional que incluya dentro de sus criterios de análisis para revisar los casos objeto de estudio la grave crisis humanitaria que actualmente atraviesa Venezuela y que ha generado que miles de personas se vean enfrentadas a una vulneración múltiple, masiva y continua de derechos fundamentales, tal como ha sucedido en el caso de los desplazados internos.

Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia T-025 de 2004 que declaró “la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente (...) y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales (...)”³⁸. En esta sentencia, la Corte reconoció que “por las circunstancias que rodean el desplazamiento interno, las personas (...) que se ven obligadas “a abandonar intempestivamente su lugar de residencia y sus actividades económicas habituales, debiendo migrar a otro lugar dentro de las fronteras del territorio nacional” para huir de la violencia generada por el conflicto armado interno y por el desconocimiento sistemático de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario, quedan expuestas a un nivel mucho mayor de vulnerabilidad, que implica una violación grave, masiva y sistemática de sus derechos fundamentales y, por lo mismo, amerita el otorgamiento de una especial atención por las autoridades: “Las personas desplazadas por la violencia se encuentran en un estado de debilidad que los hace merecedores de un tratamiento especial por parte del Estado”. En ese mismo orden de ideas, ha indicado la Corte “la necesidad de inclinar la agenda política del Estado a la solución del desplazamiento interno y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos de la agenda pública”, dada la incidencia determinante que, por sus dimensiones y sus consecuencias psicológicas, políticas y socioeconómicas, ejercerá este fenómeno sobre la vida nacional” (Negrilla fuera del texto).

humanitario de privación prolongada de medicinas y servicios sanitarios. En <https://www.codevida.org/informes/venezuela-informe-sobre-el-derecho-a-la-salud-2014-2017-en-un-contexto-humanitario-de-privacion-prolongado-de-medicina-y-servicios-sanitarios>. P. 2.

³³ Sociedad Venezolana de Puericultura y Pediatría. Carta al Secretario General de la OEA. 20 de junio de 2017. Citado por ³³ CIDH. Situación de derechos humanos en Venezuela. Informe País. 2017. En <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. p. 235.

³⁴ Constitución Política de Colombia, artículo 1ro.

³⁵ Constitución Política de Colombia, artículo 1ro. (Derecho a la vida)

³⁶ Constitución Política de Colombia, artículo 13. (Derecho a la igualdad y principio de no discriminación)

³⁷ Constitución Política de Colombia, artículo 95. (Deberes y obligaciones de los ciudadanos)

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-026 de 2004. MP: Manuel José Cepeda.

En esta sentencia la Corte reconoció las violaciones a múltiples derechos fundamentales a las que se enfrentan las personas que son desplazadas forzosamente, tal es el caso del derecho a la vida en condiciones de dignidad; los derechos de los niños, las mujeres cabeza de familia, las personas en situación de discapacidad, las personas de la tercera edad, y otros grupos especialmente protegidos; la dispersión de las familias; el derecho a la salud; el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión; el derecho a una alimentación mínima; el derecho a la educación en particular de los menores; y el derecho a una vivienda digna, ente otros.

Si bien las circunstancias que originan el desplazamiento forzado de las personas provenientes de Venezuela pueden ser diferentes a las de los nacionales colombianos que fueron obligados a salir de su lugar de residencia debido al conflicto armado, es importante resaltar que dadas las precarias condiciones socioeconómicas en las que arriban los migrantes venezolanos las afectaciones a sus derechos fundamentales son muy similares a los desplazados internos y en consecuencia el Estado colombiano en cumplimiento de sus obligaciones nacionales e internacionales, en particular de los principios de igualdad y solidaridad, tiene el deber de “asistir humanitariamente a las personas que se encuentren en condición de vulnerabilidad”³⁹. De esta manera se puede concluir que la obligación de los Estados de garantizar los derechos de los extranjeros se refuerza en contextos de crisis humanitaria como la que actualmente están viviendo los migrantes venezolanos en condiciones de pobreza que arriban a Colombia.

2. DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES

2.1. Del derecho a la atención básica en salud de todos migrantes como una obligación mínima del Estado colombiano

La Declaración sobre las Obligaciones de los Estados con respecto a los Refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁰, que constituye la interpretación autorizada más reciente sobre el alcance de estos derechos para la población migrante, establece 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 encuentren bajo el control efectivo del Estado, sin excepción. El Comité ha subrayado con anterioridad que los deberes de proteger contra el hambre⁴¹, garantizar el acceso al agua para satisfacer las necesidades básicas⁴², garantizar el acceso a los medicamentos esenciales⁴³ y garantizar el acceso a una educación que cumpla las “normas mínimas en

³⁹ Corte Constitucional, sentencia C-676 de 2017. MP: Carlos Bernal Pulido. (Comunicado de prensa No. 56)

⁴⁰ Declaración del Comité DESC sobre Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 9no. (E/C.12/2017/1)

⁴¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 12 sobre el derecho a una alimentación adecuada. Párrafos 6 y 17. E/C.12/1999/5

⁴² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 15 sobre el derecho al agua. Párrafo 37. E/C.12/2002/11

⁴³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Párrafo 43. E/C.12/2000/4

materia de enseñanza”⁴⁴ son obligaciones básicas del Estado y, por consiguiente, no deben verse limitadas por motivos de nacionalidad o condición jurídica”. (Negrilla fuera del texto).

Así mismo, varios instrumentos internacionales reconocen que todos los migrantes, independientemente de su estatus, tienen derecho a recibir atención médica básica, en concordancia con el principio de no discriminación. La Declaración Universal establece que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la asistencia médica”⁴⁵. Por su parte, el PIDESC reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, esto implica la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”⁴⁶ (Negrilla fuera del texto). El Comité DESC ha resaltado la obligación de “garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes, y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.”⁴⁷

Adoptando la misma definición del derecho a la salud, el artículo 10 del Protocolo de San Salvador establece que los estados deben extender “los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado” (negrilla fuera del texto), esto implica el acceso a atención primaria en salud, la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables⁴⁸. Este es el caso de las y los migrantes venezolanos que se encuentran llegando al país en situaciones de pobreza extrema.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares establece que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”⁴⁹. Así los estándares internacionales de protección de derechos para esta población implican no sólo que los Estados deben atender las urgencias médicas sino proveer todos aquellos servicios que eviten un daño irreparable en la salud.

⁴⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 13 sobre el derecho a la educación. Párrafo 57. E/C.12/1999/10

⁴⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 25 (Derecho a un nivel de vida adecuado)

⁴⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12 (Derecho a la salud). Aprobado por el estado colombiano mediante ley 74 de 1068.

⁴⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Párrafo 43. E/C.12/2000/4

⁴⁸ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 10 (Derecho a la salud). Aprobado por el estado colombiano mediante ley 319 de 1996.

⁴⁹ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, artículo 28. Aprobada por el estado colombiano mediante ley 146 de 1994.

En este sentido, el Comité DESC en la observación general No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, recordó que los Estados partes tienen la obligación de respetar el derecho a la salud garantizando que todas las personas, incluidos los migrantes indocumentados, tengan igualdad de acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, independientemente de su condición jurídica y su documentación⁵⁰. Así mismo, el Comité consideró que la creación de condiciones que aseguren a todas las personas asistencia médica incluye “el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental”⁵¹.

Adicionalmente, el numeral 2do del artículo 12 del PIDESC establece que los Estados partes deberán adoptar medidas para reducir la “mortalidad y de la mortalidad infantil, y [promover] el sano desarrollo de los niños (...); la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”⁵².

En el caso del derecho a la salud, el contenido mínimo esencial del derecho implica que los Estados deben no sólo atender las urgencias médicas de la población migrante sino proveer todos aquellos servicios que eviten un daño irreparable en la salud. Teniendo en cuenta que el núcleo esencial del derecho a la salud implica el acceso igual y oportuno a servicios médicos preventivos, curativos, paliativos y a los medicamentos esenciales a todas las personas que se encuentren en la jurisdicción de un Estado⁵³, se concluye que la sola prestación de servicios de urgencias a los migrantes en situación irregular constituye una violación del derecho a la salud y el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el PIDESC para los Estados partes⁵⁴.

Esta interpretación del alcance del derecho a la salud para la población migrante coincide con lo establecido en la Constitución Política de Colombia que afirma que el Estado debe garantizar “a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (Artículo 49 Constitución Política). A esto se agrega que tanto la Ley Estatutaria en Salud y la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable.

⁵⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Párrafo 34. E/C.12/2000/4

⁵¹ Ibidem. Párrafo 17

⁵² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 12 (Derecho a la salud). Aprobado por el estado colombiano mediante ley 74 de 1068.

⁵³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Párrafo 34. E/C.12/2000/4

⁵⁴ J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pp. 507-514.

La Corte Constitucional ha reiterado a lo largo de su jurisprudencia que la salud es un derecho constitucional fundamental ⁵⁵ y por lo tanto debe “protegerse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social consagrados en el artículo 49 de la Constitución Política” ⁵⁶ . Al ser un derecho fundamental, implica que el Estado y los particulares que prestan servicios de salud tienen la obligación “desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho”⁵⁷. Así, “la garantía básica del derecho fundamental a la salud consiste en que todas las personas deben tener acceso efectivo a los servicios que requieran”⁵⁸ (Negrilla fuera del texto).

Adicionalmente, la Corte ha considerado que el derecho a salud es un derecho fundamental por cuanto está “directamente relacionado con el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. Según este (...) punto de vista, la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. Con base en esta apreciación gradual de la salud, el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal”⁵⁹.

Por su parte, la Corte Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que “toda persona, incluyendo por tanto a los extranjeros que se encuentren en Colombia, tienen derecho a un mínimo vital, en tanto que manifestación de su dignidad humana, es decir, un derecho a recibir una atención mínima por parte del Estado en casos de externa necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades más elementales y primarias. De tal suerte que, al legislador le está vedado restringir el acceso de los extranjeros a esas prestaciones mínimas, en especial, en materia de salud, garantizadas en diversas cláusulas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano”⁶⁰ (Negrilla fuera del texto).

El derecho a la salud de los extranjeros que no están afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud está consagrado en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, el artículo 67 de la Ley 715 de 2001, y los artículos 10 y 14 de la Ley 1751 de 2015, los cuales establecen que prestadores de servicios de salud deben prestar atención inicial de urgencias obligatoriamente a todas las personas, nacionales o extranjeras, sin requerir la presentación de documentación o capacidad de pago.

Frente a la situación de Venezuela y la migración resultante, el Ministerio de Salud ha actuado en varias ocasiones buscando atender las necesidades en el área de salud que se han creado en el país. Mediante el Decreto 866 del 2017, por el cual se sustituye el capítulo 6 del título 2 de la Parte 9 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016 – Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social en cuanto al giro de recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de los países

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T-999 de 2008. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010. MP: Jorge Iván Palacio Palacio

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-999 de 2008. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2010. MP: Jorge Iván Palacio Palacio

⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-597 de 1993. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia C-834 de 2007. MP: Humberto Antonio Sierra Porto

fronterizos, se estableció el uso de ciertos recursos económicos para la proporción de atención de urgencias para esta población, y especifica que las “atenciones iniciales de urgencia” comprenden, además la “atención de urgencias”. El Decreto 780 de 2016, dentro del cual este nuevo capítulo fue incorporado, define “urgencia”, “atención inicial de urgencia” y “atención de urgencias” de la siguiente manera:

“1. Urgencia. La alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier etiología que genera una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

2. Atención inicial de urgencia. Denominase como tal a todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud.

3. Atención de urgencias. Es el conjunto de acciones realizadas por un equipo de salud debidamente capacitado y con los recursos materiales necesarios para satisfacer la demanda de atención generada por las urgencias.”

Además, el Ministerio de Salud, por medio de la Resolución 5269 de 2017, complementa la definición de “atención de urgencias” al explicar que es una “[m]odalidad de prestación de servicios de salud, que 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” (negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, la “atención de urgencias” que debe ser prestada a los nacionales de países fronterizos ⁶¹ ⁶², comprende no solamente la estabilización de signos vitales y las necesidades médicas inmediatas, pero también aquellas acciones que busquen preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras de la integridad de la persona, lo cual está en línea con las obligaciones de las autoridades en el derecho interno y e internacional.

2.2. La situación del derecho a la salud en Venezuela y sus implicaciones en Colombia

⁶¹ Ministerio de Salud en la Circular No. 25 de 2017 que instruye a las IPS garantizar esta atención a la población migrante

⁶² Según los criterios de la Resolución 5596 de 2015, art. 10 de la Ley 1751 de 2015, el decreto 866 de 2017 recursos y la Circular 12 de 2017.

Teniendo en cuenta que es obligación de los estados brindar una atención básica en salud – qué va más allá de la atención en urgencias - para todos los migrantes independientemente de su estatus legal, es importante que la Corte Constitucional tenga en cuenta el estado actual del sistema de salud al que se enfrentan las personas en Venezuela.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe sobre la situación de derechos humanos en Venezuela de diciembre de 2017, advierte con preocupación la grave crisis económica y social en Venezuela, la cual caracteriza como una donde ha habido “un significativo aumento de la pobreza y la pobreza extrema, así como de enormes dificultades de acceso a alimentos, medicamentos, servicios de salud y vivienda adecuada por grandes sectores de la población.”⁶³. Desde el 2015 hasta el 2017, la falta de condiciones mínimas para atención en salud, la precariedad de la infraestructura de salud y el debastecimiento de medicinas y materiales médicos se agudizaron a niveles nunca antes vistos, afectando a la población en general y en particular a personas históricamente excluidas y discriminadas⁶⁴La CIDH ha identificado los graves retrocesos con respecto al acceso y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales “hasta el punto de no garantizarse contenidos esenciales de derechos tan vitales como la alimentación o la salud.”⁶⁵

La CIDH, también, por medio de la Resolución 2 de 2018, reconoce que el aumento exponencial del flujo de personas desde Venezuela se da en muchos casos, “como una estrategia de supervivencia que les permita a ellas y sus familias preservar derechos tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la salud y la alimentación, entre otros”⁶⁶. Respecto a la crisis alimentaria y sanitaria resalta que ha tenido fuertes impactos especialmente sobre “niños, niñas y adolescentes, mujeres, personas mayores, pueblos indígenas y afrodescendientes, personas con discapacidad, personas con enfermedades y personas en situación de pobreza”⁶⁷, quienes requieren medidas de protección especial. La Comisión también indica su preocupación por la dificultades que enfrentan muchas personas para obtener documentos oficiales, incluidos pasaportes, requeridos por los Estados receptores para regularizarse y así acceder igualitariamente a derechos⁶⁸.

El fracaso del sistema de salud se evidencia, por ejemplo, en la mortalidad materna, que sucede principalmente en países de ingreso bajo, consta en su mayoría de muertes evitables y se trata de un tipo de muerte que refleja las inequidades en el acceso a los servicios de salud de ricos y pobres⁶⁹. En el caso particular "la mortalidad materna en Venezuela ha aumentado 30% desde el año 98 y eso significa que es uno de los tres países en los cuales ha aumentado la mortalidad materna en América Latina y el Caribe. En los demás países

⁶³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe de país: Situación de derechos humanos en Venezuela. 2018, párr.. 405. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

⁶⁴ Ibid, párr. 406.

⁶⁵ Ibid, párr. 413.

⁶⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Migración Forzada de Personas Venezolanas. 2018. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-2-18-es.pdf>

⁶⁷ Ibid.

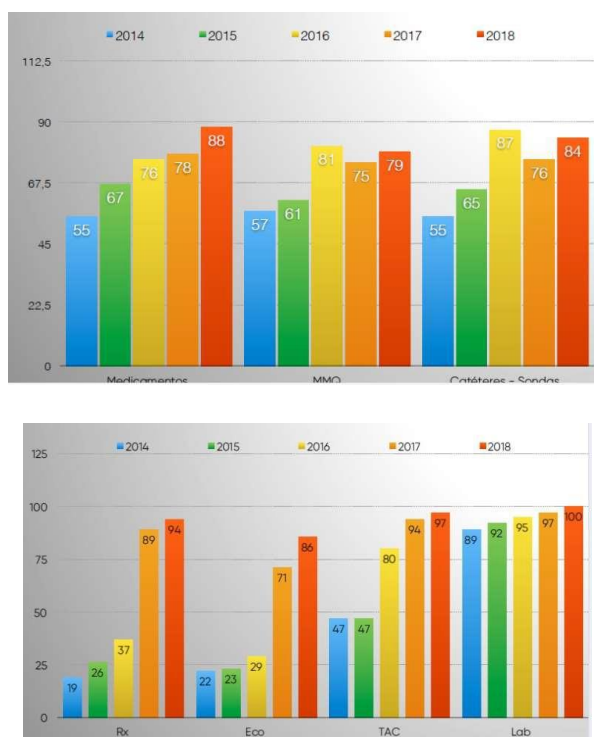
⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Organización Mundial de la Salud. Mortalidad Materna. En <http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/maternal-mortality>

lo que ha habido es reducción de la mortalidad materna⁷⁰. Esto es corroborado por datos oficiales de 2016 que muestran que frente a 2015 la mortalidad materna aumentó drásticamente, pasando de 457 a 756 muertes⁷¹.

La crisis de salud en Venezuela tiene distintas causas, entre las que se encuentra que más del 68% de la población no tiene seguros de atención médica. De hecho, la población sin cobertura en salud ha aumentado en 18,3% desde 2014 y es el quintil más pobre es el que tiene una menor protección (15,1%)⁷². A la poca cobertura de los seguros se suma el desabastecimiento y la escasez de medicamentos, pues en el primer trimestre de 2018 el 88% de los hospitales presentó escasez de medicamentos, mientras que el 79% no dispone de material médico quirúrgico y el 84% de los hospitales tiene escasez de catéter y sondas (gráfico 3)⁷³. Por su parte, el 100% de los laboratorios no están operando o presentan un servicio intermitente, porcentaje que es del 94% para los rayos x, 86% para las ecografías y 97% para los TAC⁷⁴.

Gráfico 3. Servicios inoperativos/intermitentes



⁷⁰ Gonzáles, M. Encuesta sobre salud. Coordinador unidad políticas públicas USB. 2017. En <http://elucabista.com/2018/02/27/video-presentacion-resultados-encovi-2017/>

⁷¹ Ministerio del Poder Popular para la Salud. Boletín Epidemiológico. Semana Epidemiológica 52. P. 31.

⁷² UCA-USB-UCV, Universidad Central de Venezuela. Encuesta sobre Condiciones de Vida Venezuela-salud. 2017. En <https://www.ucab.edu.ve/wp-content/uploads/sites/2/2018/02/ENCOVI.-Salud-2017.-21-de-febrero-2017.pdf>

⁷³ Asamblea Nacional. Encuesta Nacional de Hospitales. 2018. En <http://puntodecorte.com/an-realizo- encuesta-nacional-de-hospitales-y-aqui-est-an-los-resultados/>

⁷⁴ Ibidem.

Fuente: Encuesta Nacional de Hospitales (2018)

Ahora bien, teniendo claridad sobre la situación de la salud en Venezuela es importante comprender el impacto de la misma en la región. En el 2018, once países de las Américas notificaron casos de sarampión: Antigua y Barbuda (1 caso), Argentina (1), Brasil (46 casos), Canadá (4 casos), Colombia (5), Ecuador (1 caso), Estados Unidos de América (41 casos), Guatemala (1 caso), México (4 casos), Perú (2 casos) y Venezuela (279 casos)⁷⁵. En Venezuela el primer caso se dio en la semana 26 de 2017 y hasta la semana 12 de 2018 han sido confirmados 1006 casos, incluidas dos defunciones. Este brote ha tenido impactos en Brasil, donde hasta el 6 de abril de 2018 se notificaron 316 casos sospechosos de sarampión y se comprobaron 36, de los cuales 34 eran venezolanos⁷⁶. Asimismo, el único caso de sarampión confirmado en Ecuador es de un venezolano.

En el caso colombiano, se han notificado 5 casos confirmados de sarampión en menores, todos procedentes de Venezuela⁷⁷. Durante el trabajo de campo realizado por Dejusticia los días 18, 19 y 20 de mayo se realizó una entrevista en la Secretaría de Salud, donde el funcionario afirmó que lo que tiene más preocupada a la Secretaría en materia de salud pública es el sarampión, enfermedad de la cual el último brote en Colombia había sido en 2011⁷⁸. De hecho, el Gobierno cuenta con la campaña "Controlemos el sarampión" en la que se invita a los migrantes a vacunarse (imagen 1).

Imagen 1. Campaña "Controlemos el sarampión"



Fuente: Instituto Nacional de salud

Otro de los aspectos de salud que Dejusticia identificó en el trabajo de campo son los partos de madres venezolanas en Colombia. En el 2016 fueron 212 partos en el Hospital Universitario Erasmo Meoz, mientras que en 2017 fueron 734 partos y entre enero y febrero de 2018 fueron 258⁷⁹. Sobre esta tendencia el coordinador del área de obstetricia ha expresado que “como las maternas venezolanas llegan sin ningún tipo de atención previa a

⁷⁵ Organización Panamericana de la Salud. Actualización Epidemiológica Sarampión. 2018. En http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&Itemid=270&gid=44330&lang=es. P. 1.

⁷⁶ Ibidem. P.2.

⁷⁷ Ibidem. P.2.

⁷⁸ Ministerio de Salud. Minsalud confirma caso de sarampión importado. 2018. En <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Minsalud-confirma-caso-de-sarampin-importado-en-Colombia.aspx>

⁷⁹ La Opinión. Los partos que tienen partiendo al hospital de Cúcuta. En <https://www.laopinion.com.co/cucuta/los-partos-que-tienen-partiendo-al-hospital-de-cucuta-151868#OP>

nuestra institución, son ingresadas con factores de riesgos tanto para la madre, como para el recién nacido, lo que requiere la autorización de traslados a unidades de cuidados intensivos o urgencias pediátricas. Es decir, no estamos hablando únicamente de atenciones a partos, sino de niveles superiores, es decir, especializados”⁸⁰. Esta falta de atención en salud se refleja en que al finalizar el 2017 hubo un aumento en la mortalidad perinatal y neonatal en los casos notificados del exterior, que se atribuye principalmente al proceso migratorio de los últimos años de Venezuela a Colombia ⁸¹, muertes que “se pueden evitar con una atención sanitaria de calidad durante el embarazo y el parto”⁸². Así mismo, es clara la situación de desnutrición de los niños y niñas venezolanas. Al final del año pasado se reportó el aumento de los casos de mortalidad por y asociada a desnutrición provenientes del exterior, especialmente de Venezuela⁸³.

A estos tres grandes impactos en el sistema de salud colombiano se suman más, dentro de los que se encuentra que Venezuela es el país que más casos notificados de malaria procedentes del exterior en Colombia presenta, con un 95,01% del total⁸⁴. También se presentó una muerte por difteria en el departamento de la Guajira de un menor de 3 años proveniente de Venezuela ⁸⁵. Asimismo, en el trabajo de campo los funcionarios de entidades entrevistadas manifestaron la gran cantidad de personas con VIH que ingresan a Colombia en busca de tratamiento, así como las personas con cáncer. A esto se suma que según pudimos verificar en la visita realizada a La Parada, jurisdicción de Villa del Rosario en Norte de Santander, las y los migrantes provenientes de Venezuela no tienen acceso a agua potable ni a saneamiento básico lo cual incrementa la aparición de enfermedades prevenibles en niños y niñas, tales como enfermedades de la piel, respiratorias y gastrointestinales.

Este contexto evidencia la precaria situación en salud con la que arriban a Colombia muchas personas provenientes de Venezuela, que tiene consecuencias directas para la vida y dignidad de las personas con lo cual se pone en riesgo su supervivencia y además esta situación de falta de garantía del derecho a la salud tiene el potencial de convertirse en serios problemas de salud pública para el país. De ahí que es urgente y necesario que las

⁸⁰ Ibidem

⁸¹ Instituto Nacional de Salud. Boletín Epidemiológico Semana 12. 2018. En <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2018%20Bolet%C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2012.pdf>. P. 2.

⁸² OMS. La verdadera magnitud de la mortinatalidad y la muerte materna y neonatal está subestimada. 2016. En <http://www.who.int/es/news-room/detail/16-08-2016-true-magnitude-of-stillbirths-and-maternal-and-neonatal-deaths-underreported>.

⁸³ Instituto Nacional de Salud. Boletín Epidemiológico Semana 12. 2018. En <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2017%20Bolet%C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2012.pdf>. P. 6.

⁸⁴ Instituto Nacional de Salud. Boletín Epidemiológico Semana 15. 2018. En <https://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2018%20Bolet%C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2015.pdf>. P. 20.

⁸⁵ Instituto Nacional de Salud. Boletín Epidemiológico Semana 8. 2018. En <http://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2018%20Bolet%C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2008.pdf>. P. 24.

autoridades colombianas, en cumplimiento de las obligaciones internacionales mencionadas en la sección anterior, garanticen la atención médica básica a los migrantes – más allá de los servicios de urgencias – independientemente de su estatus migratorio.

2.3. La atención básica en salud para los migrantes es una obligación jurídica, contribuye a la salud pública y además es una intervención costo-efectiva

Dentro de las principales barreras para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales se encuentran los recursos limitados que implican que en muchos casos los Estados argumenten que su implementación sea progresiva. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reiteró mediante la Declaración sobre las obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del PIDESC⁸⁶ que la falta de recursos disponibles no puede considerarse una justificación objetiva y razonable para el trato desigual. Según el Comité DESC: (...) “para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”⁸⁷.

Garantizar una atención básica en salud para la población migrante es una obligación del Estado colombiano basada en la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos. Aunque por sí sola esta obligación debería cumplirse, es importante contestar los argumentos de quienes pretenden negar este derecho a los migrantes por razones económicas. Como se verá a continuación la mejor garantía del derecho a la salud no sólo protege la vida y la dignidad de las personas, sino que además es una intervención costo-eficiente en comparación con la prestación solamente de servicios de urgencias.

Es claro entonces que las personas venezolanas se enfrentan a una situación en la que el sistema de salud en su país está colapsado, lo que genera necesidad de migrar y buscar atención médica en Colombia. Sin embargo, en el país se les está atendiendo únicamente en urgencias⁸⁸, lo que podría seguirse argumentando desde un punto de vista financiero. Este argumento ni protege la dignidad humana ni tampoco protege la salud pública ni tampoco las finanzas públicas.

Por tanto, resulta erróneo pensar que es más económico excluir a los migrantes del sistema de salud. De hecho, permitir que los migrantes acudan al sistema de salud únicamente cuando es una urgencia, lleva a retrasos de acceso a medicamentos y atención médica en casos de grave enfermedad, que “tienen efectos a largo plazo en la salud de la población migrante. A la postre, la exclusión de los migrantes de los servicios de salud se convertirá

⁸⁶ Declaración del Comité DESC sobre Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 5to. (E/C.12/2017/1)

⁸⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 3 sobre las obligaciones de los Estados partes. Párrafo 10.

⁸⁸ Ministerio de Salud. Aseguramiento y atención a población migrante proveniente de Venezuela. 2018. En <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/Enlace-MinSalud-97-Migrante-Venezolano.pdf>

en una carga económica para el país de destino y puede suponer un riesgo para la salud pública de las comunidades de acogida”⁸⁹. Además, “las políticas de salud no integradoras contravienen el principio de la no discriminación consagrado en los instrumentos universales de derechos humanos. Los gobiernos deben ser conscientes de que, al negar a los migrantes el acceso a intervenciones primarias de salud, los Estados se exponen a mayores costos financieros y riesgos de salud pública, debido a que las enfermedades podrían volverse crónicas y más costosas de tratar si no interviene en los primeros momentos”⁹⁰ (negritas fuera del texto).

Sobre este tema, el Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes ha expresado que no se justifica un mero compromiso de brindar una atención de urgencia, no sólo desde una perspectiva de derechos humanos, sino también desde el punto de vista de la salud pública, puesto que no recibir ningún tipo de atención preventiva y primaria puede generar riesgos sanitarios tanto para los migrantes como para la comunidad de acogida. Los expertos han sugerido que proporcionar a los migrantes acceso a la atención preventiva y primaria en lugar de una intervención de urgencia con retraso, puede efectivamente reducir los costos del sistema sanitario⁹¹ (negritas fuera del texto).

Con respecto a la disponibilidad de recursos para financiar la atención básica en salud para los migrantes, el Comité DESC resaltó que “son necesarias la asistencia y la cooperación internacionales para que los Estados que afrontan una afluencia súbita de refugiados y migrantes puedan cumplir sus obligaciones básicas, definidas anteriormente. (...) El Comité es consciente de que, cuando se afrontan grandes corrientes de migrantes que huyen de los conflictos o la persecución, algunos Estados soportan una carga mayor que otros. Por ello considera que cualquier medida que adopten los Estados partes para facilitar la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto en el territorio de otros Estados contribuye a los objetivos del Pacto”⁹². Por tanto, el Estado colombiano debe hacer todos los esfuerzos para buscar cooperación internacional destinada a atender el derecho a la salud de una población en situación de debilidad manifiesta como se ha expuesto a lo largo de esta intervención.

3. EL DERECHO A LA SALUD PARA SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN: NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, Y PERSONAS CON ENFERMEDADES TERMINALES Y CRÓNICAS

3.1. Del derecho a la salud en Colombia para niños, niñas y adolescentes migrantes como sujetos de especial protección Constitucional

⁸⁹ OIM, OMS, OACNUDH. Migración internacional, salud y derechos humanos. 2013. En http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/WHO_IOM_UNOHCHRPublication_sp.pdf. P. 56.

⁹⁰ Ibidem. P. 19.

⁹¹ Naciones Unidas. Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Sr. Jorge Bustamante. 2010. En <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4eef18e42>. P. 9.

⁹² Declaración del Comité DESC sobre Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 18. (E/C.12/2017/1)

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

En Colombia, los niños y las niñas son sujetos de especial protección constitucional y por lo tanto su derecho fundamental a la salud y el acceso pleno a los servicios de salud debe ser garantizado por el Estado, sin distinción alguna. La normativa nacional e internacional, así como la jurisprudencia han establecido y constantemente reiterado las obligaciones de protección elevadas respecto de los niños y las niñas y de sus derechos fundamentales. El artículo 44 de la Constitución consagra la protección especial debida a los niños y las niñas, reconociendo el carácter fundamental de sus derechos, garantizando su protección y su desarrollo integral por parte de la familia, la sociedad y el Estado como actores corresponsables, y estableciendo la prevalencia de los derechos y del interés superior de la niñez sobre cualquier otra consideración.

En virtud el artículo 93 de la Constitución, los diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia referentes a los derechos de los niños y la protección especial de esta población forman parte del bloque constitucional y deben ser utilizados para interpretar el artículo 44 y las protecciones que se le debe proporcionar a este sector de la población. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) establecen que los niños y las niñas precisan de todas las medidas necesarias para garantizar su protección y su bienestar tanto por parte de la familia, de la sociedad y del Estado y de un trato especial para el cumplimiento de ellas⁹³.

A partir de esto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas y adolescentes cuentan con el estatus de sujetos de especial protección constitucional reforzada, lo que significa que “la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objeto primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna”⁹⁴. Esta protección especial constitucional reforzada debe ser interpretada y entendida a la luz de los principios generales establecidos por la Convención de los Derechos del Niño, los cuales han sido desarrollados y explicados por el Comité de los Derechos del Niño, el órgano encargado de la interpretación y aplicación de la CDN, y han sido incorporados en la normativa nacional. Estos principios incluyen: (1) el principio del interés superior del niño o niña (y la prevalencia de sus derechos), (2) el principio de no discriminación, y (3) el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, y serán explicados a continuación.

⁹³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3 (interés superior del niño y protección) y art. 9 (interés superior del niño en la separación de la familia); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 24 (derecho del niño a la protección); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10 (protección del interés superior del niño en el derecho a la familia); Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19 (derechos del niño).

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo; sentencia T-884 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.

3.1.1.1. El principio del interés superior y la prevalencia de los derechos

El principio del interés superior del niño como la consideración fundamental en la toma de decisiones que afecten los derechos y las libertades de los niños y las niñas está consagrado en el numeral 1 del artículo 3 de la CDN, el cual declara que el interés superior del niño debe ser una consideración primordial en las decisiones concernientes a la niñez tomadas por instituciones públicas y privadas, idea contenida también en el Principio II de la Declaración de los Derechos del Niño. Según el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño “constituye una consideración de primer orden en todas las acciones que afecta a la infancia” y “debe determinarse en función de sus necesidades físicas, emocionales y educativas, la edad, el sexo, la relación con sus padres y cuidadores y su extracción familiar y social y tras haberse escuchado su opinión.”⁹⁵

Concorde a esto, la Corte Constitucional ha establecido cinco características del interés superior del niño. Al respecto ha establecido que este es concreto, es decir, que únicamente se puede determinar tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada niño o niña⁹⁶; que es relacional, es decir, que cuando los derechos de los niños entran en tensión con los derechos de otros y es necesario ponderarlos, los derechos de los niños son relevantes y prevalecen⁹⁷; que no es excluyente, que no necesariamente son absolutos al ser prevalentes⁹⁸; que es autónomo, por lo que se entiende que aunque contradiga los intereses de terceros, como los padres, la situación específica del niño es el criterio determinante; y que es obligatorio para todos, vinculando a la familia, a la sociedad y al Estado y haciéndolos responsables de la protección de los niños y de las niñas⁹⁹.

Estos principios de prevalencia de los derechos y del interés superior del niño han sido incorporados en la legislación nacional. Según el artículo 6 de la Ley 1098 de 2006, Por la cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia, las normas constitucionales y aquellas consagradas en los instrumentos internacionales de derechos humanos forman parte de este Código, y sirven como guía interpretativa y aplicativa. Así mismo establece en los artículos 8, 9 y 203, en concordancia con el artículo 44 de la CP, que los derechos de los niños prevalecen si existe conflicto con los derechos de los demás, que se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño o niña, y que los dos son principios rectores de la creación e implementación de políticas públicas¹⁰⁰. El Código define el interés superior como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”¹⁰¹ De mismo modo, en el ámbito de salud, la Ley

⁹⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación General #15 (derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud). CRC/C/GC/15, párr. 12.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-514 de 1998. MP: José Gregorio Hernández Galindo.

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-466 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo.

¹⁰⁰ Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), art. 203 (principios rectores de las políticas públicas).

¹⁰¹ Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), art. 8 (interés superior de los niños, las niñas, y los adolescentes) y art. 9 (prevalencia de los derechos).

Estatutaria 1751 de 2015 considera la prevalencia de los derechos de los niños como un principio del derecho fundamental a la salud¹⁰².

3.1.1.2. El principio de no discriminación

El principio de no discriminación y el principio de igualdad, cuya aplicación a los derechos de los migrantes en general fue explicada anteriormente en la sección 1.1. de este texto, es aplicable de igual manera a los derechos y libertades de los niños y las niñas. Además de las responsabilidades generales, el Estado colombiano tiene la responsabilidad elevada de garantizar los derechos de los niños y niñas, los cuales son prevalentes, y tomar en cuenta el interés superior de los niños y niñas sin discriminación alguna. Los derechos que la Constitución garantiza a los niños y a los extranjeros en los artículos 44 y 100 son aplicables a todos los niños y niñas sujetas a la jurisdicción del Estado colombiano sin distinción alguna, en virtud del artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual obliga al estado a respetar los derechos enunciados en ella independientemente del origen nacional, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus familiares, entre otras cosas¹⁰³. También los Principios I y X de la Declaración de los Derechos del Niño disponen que los niños y niñas disfrutarán de sus derechos sin excepción alguna y serán protegidos de prácticas discriminatorias.

Esta universalidad de los derechos de la niñez sin discriminación alguna se encuentra reflejada en el ordenamiento interno, en las normas concernientes a la niñez y a su derecho a la salud. El Código de Infancia y Adolescencia, según su artículo 1º tiene como finalidad la garantía del pleno desarrollo de todos los niños y niñas sin discriminación alguna y es aplicable a “todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional”¹⁰⁴. De la misma manera, en el ámbito de salud, uno de los principios esenciales del derecho fundamental a la salud, codificado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones, es la accesibilidad, que comprende la no discriminación en el acceso a los servicios y tecnologías de salud a todas las personas en condiciones de igualdad¹⁰⁵, y la Ley 100 de 1993, Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, también garantiza la igualdad y no discriminación como principio del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con especial consideración a la prevalencia constitucional de los derechos de los niños y las niñas¹⁰⁶.

¹⁰² Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud), art. 6, literal f (prevalencia de los derechos de los niños y de las niñas como principio del derecho fundamental a la salud).

¹⁰³ Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2, núm. 1 “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

¹⁰⁴ Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), art 4 (ámbito de aplicación).

¹⁰⁵ Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud), art. 6, literal c (la accesibilidad como elemento esencial del derecho fundamental a la salud).

¹⁰⁶ Ley 100 de 1993 (Sistema de Seguridad Social), art. 153 (principios del sistema general de seguridad social en salud).

Además, respecto a grupos particulares de niños que puedan requerir atención particular por otras condiciones de vulnerabilidad, en las Observaciones Generales número 5 y 11, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la obligación de no discriminación requiere que “los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos,” y para poder combatirla, contempla que los Estados introduzcan cambios en la legislación, en la administración, en medidas educativas y en la asignación de recursos. Así, la Corte Constitucional, en las sentencias T-466 de 2016 y T-080 de 2018, identificó y ordenó medidas especiales para garantizar el derecho a la salud y a la alimentación adecuada de los niños y niñas pertenecientes a la etnia Wayuu y a varias comunidades Emberá, Wounaan y Tule del Chocó, reconociendo las condiciones de vulnerabilidad particulares enfrentadas por la niñez de estos grupos poblacionales. Actualmente en Colombia, la niñez migrante proveniente de Venezuela se enfrenta a condiciones particulares a su situación, especialmente si están en situación migratoria irregular, y el Estado debería reconocer las necesidades que esto crea y adoptar medidas para responder a ellas y proteger a los niños y niñas en esta situación.

3.1.1.3. El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y el derecho a la salud

El derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo es otro de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño, consagrado en el artículo 6 de la CDN, por el cual se reconoce el derecho intrínseco a la vida y la responsabilidad del Estado de garantizar la supervivencia y desarrollo del niño en la máxima medida. La protección del derecho a la vida y a la supervivencia es condición necesaria para la protección del desarrollo de los niños y de las niñas y constituye un prerrequisito esencial para el ejercicio de los demás derechos. Su protección está garantizada explícitamente por el artículo 2 (protección de la vida de todas las personas por parte del Estado), artículo 11 (derecho a la vida), artículo 44 (derecho fundamental a la vida de los niños y niñas, garantía de su desarrollo integral) y artículo 366 (bienestar general como finalidad del Estado) de la Constitución, el artículo 4 (derecho a la vida) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículo 6 del PIDCP (derecho a la vida).

Respecto a al derecho a la vida, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”¹⁰⁷, y que “todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece”¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999, p. 40. Disponible http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf

¹⁰⁸ Ibid. P. 49.

Ahora bien, el artículo 27 de la CDN y el Principio II de la Declaración de los Derechos del Niño disponen que el desarrollo debe ser físico, mental, espiritual, moral y social, debe ocurrir de forma saludable, y en condiciones de libertad y de dignidad. Uno de los factores determinantes más importantes para la garantía del desarrollo integral del niño y de la protección de su vida es la atención en salud. El derecho a la salud de los niños y las niñas es clasificado como fundamental por disposición constitucional expresa (art. 44). Por su parte, el artículo 24 de la CDN contiene la responsabilidad del Estado de garantizarle a esta población el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios de tratamiento por condiciones de salud, asegurándose que ningún niño, sin distinción sea privado de este derecho. Además, a través de este tratado, el Estado colombiano se ha comprometido a asegurar “la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños”. En el mismo sentido, el Código de Infancia y Adolescencia consagra el derecho a la salud integral, la cual define como “un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad,” en el artículo 27 (derecho a la salud) y en el artículo 17 (derecho a la vida).

Respecto a este derecho, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que este es un derecho inclusivo que incluye no solamente la prevención, la promoción de la salud, sino también “el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud.”¹⁰⁹ El Comité también reconoce que la salud de los niños y niñas puede verse afectada por muchos factores que están en constante evolución, tales como la situación económica mundial, la pobreza, la migración y los desplazamientos de población, así como la discriminación y la marginación, entre otros factores,¹¹⁰ y reitera la importancia de la realización del derecho a la salud de los niños por su importancia para el disfrute de los demás derechos¹¹¹.

Respecto a la garantía del derecho fundamental a la salud respecto de niños y niñas como sujetos de especial protección y las posibles afectaciones que la falta de atención adecuada puede tener sobre su salud en casos particulares, la Corte Constitucional ha reiterado la importancia del nivel de garantía superior¹¹², por la etapa de vida en la que se encuentran y por que “cualquier retraso o negación en la prestación del servicio puede llegar a afectar de manera irreversible su condición médica y proyectar sus procesos relacionales con su entorno, su familia y la sociedad en general, así como sus ciclos de formación académica y cognitiva,”¹¹³ reconociendo que la falta de garantía del derecho a la salud puede no solo afectar su desarrollo sino también su vida.

¹⁰⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General #15 (derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud). CRC/C/GC/15, párr. 2.

¹¹⁰ Ibid. Párr. 5.

¹¹¹ Ibid. Párr. 7.

¹¹² Corte Constitucional, sentencia T-121 de 2015. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sentencia T-069 de 2018. MP: Alejandro Linares Cantillo.

¹¹³ Corte Constitucional, sentencia T-678 de 2017. MP: Carlos Bernal Pulido. Sentencia T-069 de 2018. MP: Alejandro Linares Cantillo.

3.1.2. Derecho a la salud de niños migrantes provenientes de Venezuela en particular

Respecto a los niños y niñas migrantes provenientes de Venezuela y su derecho fundamental a la salud, entonces, el Estado colombiano tiene la obligación de garantizar el disfrute al máximo nivel posible del derecho a la salud de todos los niños y niñas sin discriminación alguna. Por lo tanto, el Gobierno Colombiano les debe garantizar la atención integral en salud, es decir, la prestación de todos los servicios necesarios conducentes a la prevención, la conservación o la recuperación de la salud de aquellas que se encuentran en el territorio nacional y bajo su jurisdicción, independientemente de su situación migratoria, y de acuerdo con los principios enunciados previamente.

Además, debe tener en cuenta los factores que pueden haber afectado o afectar la salud de este sector de la población. En este caso, debe considerar la situación de salud en Venezuela en general y el acceso a este derecho por parte de los niños y niñas en particular. La situación de salud de los niños y niñas en Venezuela es preocupante. Según cifras oficiales, la mortalidad infantil, es decir en menores de un año, está en alza. En 2016 se tuvo un acumulado de 11.466 muertes, lo que representa un aumento de 30,12% frente a 2015¹¹⁴. Este es un indicador en el que “dado que la mayoría de las muertes en menores de un año son prevenibles, se considera un indicador de la calidad de vida y bienestar de una población y es imprescindible como indicador de monitoreo del derecho a la salud. La sobremortalidad infantil puede interpretarse como una brecha en la implementación del derecho a la salud, producto de la discriminación estructural”¹¹⁵. A la mortalidad infantil se suma que “las últimas cifras muestran que el 11,4 % de los niños menores de cinco años padece malnutrición moderada o severa. La Organización Mundial de la Salud (OMS) establece el umbral de la crisis de malnutrición infantil en el 10 %, lo que lleva a Caritas a declarar el estado de crisis, en los distritos analizados, ya que se supera este punto”¹¹⁶. Estas condiciones, así como el colapso general del sistema de salud venezolano y la extrema escasez de medicamentos y materiales médicos demuestran que los niños y niñas provenientes de Venezuela que entran a Colombia vienen de una situación donde no se les estaba garantizando el derecho a la salud y que pueden venir en condiciones de salud críticas.

El Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y el Comité de los Derechos del Niño han resaltado que el principio de no discriminación es fundamental para la garantía de los derechos de niños migrantes y que “todos los niños que participan en la migración internacional o se ven afectados por ella tienen derecho al disfrute de sus derechos con independencia de su edad, género, identidad de género u orientación sexual, origen étnico o nacional, discapacidad, religión, situación económica, situación de residencia o en materia de documentación, apatridia, raza, color, estado civil o situación familiar, estado de salud u otras condiciones sociales,

¹¹⁴ Ministerio del Poder Popular para la Salud. Boletín Epidemiológico. Semana Epidemiológica 52. P. 31.

¹¹⁵ CEPAL. Tasa de mortalidad infantil. S.f. En https://celade.cepal.org/redatam/PRYESP/SISPPI/Webhelp/tasa_de_mortalidad_infantil.htm

¹¹⁶ Caritas. Los niños ante la crisis de alimentos en Venezuela, mientras la malnutrición se dispara. 2018. En <https://www.caritas.org/2017/05/los-ninos-ante-la-crisis-de-alimentos-en-venezuela-mientras-la-malnutricion-se-dispara/?lang=es>

actividades, opiniones expresadas o creencias, o las de sus padres, tutores o familiares. Este principio es plenamente aplicable a cada niño y a sus padres, con independencia de cuál sea la razón para trasladarse, ya sea que el niño esté acompañado o no acompañado, en tránsito o establecido de otro modo, documentado o indocumentado o en cualquier otra situación.”¹¹⁷

Los Comités mencionados resaltan las obligaciones del Estado de garantizar el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo de los niños y niñas, reconociendo que estos derechos pueden estar en riesgo en cualquier momento del proceso migratorio, por las situaciones a las que se puede enfrentar esta población, que pueden resultar en daños físicos, psicológicos, explotación, marginación, discriminación y xenofobia, generando otro nivel de posible vulnerabilidad¹¹⁸.

Por lo tanto, las obligaciones en materia de derechos de los niños y en particular en salud del Estado, son aplicables a todos los niños y niñas y no se pueden condicionar a su situación como migrante o como migrante en condición irregular. Se debe además proteger y garantizar este derecho a las personas que no tengan la capacidad de pagar los servicios de salud que requieren, y tomar en cuenta las circunstancias particulares del niño y de su entorno, en este caso de las condiciones particulares que la situación de migración haya creado en su caso.

Aparte de las condiciones a las que se enfrentaban en Venezuela, la situación de vulneración a la que se enfrentan los niños y niñas provenientes de Venezuela, particularmente en el ámbito de la salud se ha visto reflejada en Colombia. En el departamento de Norte de Santander ha aumentado la notificación de muertes en menores de 5 años procedentes de Venezuela¹¹⁹. Además, los 5 casos de sarampión en el país se presentaron en menores venezolanos, que tienen entre 10 meses y 2 años¹²⁰. También ha muerto un menor de 3 años venezolano de difteria en el departamento de la Guajira¹²¹. A estas cifras oficiales se suma la información recolectada por Dejusticia en el trabajo de campo realizado en Cúcuta. Allí distintas organizaciones manifestaron que, debido a la falta de acceso a agua potable, los migrantes bañan a los niños en el río, lo que genera enfermedades en la piel. Los entrevistados manifestaron que se evidencia la desnutrición de los niños y que muchos recién nacidos pasan situación de calle, lo que les genera fiebre y escalofríos. También expresaron la preocupación por enfermedades respiratorias en niños y niñas, como la bronquitis, y por la diarrea y deshidratación causadas por la falta de acceso a agua potable. En una de las entrevistas se enfatizó que la situación de salud de los niños y

¹¹⁷ Comité de los Derechos del Niño y Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Observación General #22 y #3 (principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional). CMW/C/GC/3-CRC/C/GC/22, párr. 21.

¹¹⁸ Ibid. Párr. 40.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Salud. Boletín Epidemiológico Semana 2. 2018. En <http://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2018%20Bolet%C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2002.pdf>. P. 3.

¹²⁰ Organización Panamericana de la Salud. Actualización Epidemiológica Sarampión. 2018. En http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&Itemid=270&gid=44330&lang=es. P. 3.

¹²¹ Instituto Nacional de Salud. Boletín Epidemiológico Semana 8. 2018. En <http://www.ins.gov.co/buscador-eventos/BoletinEpidemiologico/2018%20Bolet%C3%ADn%20epidemiol%C3%B3gico%20semana%2008.pdf>. P. 24.

niñas provenientes de Venezuela que se encuentran actualmente en Colombia responde en gran medida a las condiciones en las que están viviendo en Colombia al no tener acceso a agua potable, saneamiento ni a una vivienda, así como a la falta de atención preventiva en salud y a servicios integrales de salud.

Esta Corte recientemente se pronunció sobre el derecho a la salud de los niños y niñas provenientes de Venezuela que presentan enfermedades graves o degenerativas, en el caso del niño CEOS en la sentencia T-705 de 2017. Como en el caso de referencia, el niño CEOS no podía acceder a los tratamientos necesarios para atender su estado de salud en Venezuela por la crisis del sistema de salud en ese país y migró a Colombia en búsqueda de preservar su integridad física y dignidad por medio de atención en salud. En este fallo, la Corte afirma la protección reforzada de niños especialmente cuando se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta por su enfermedad y por lo tanto expuestos a una mayor condición de vulnerabilidad. La Corte explica que deben “recibir un amparo prioritario, pronto y eficaz” así como un “tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a la enfermedad padecida, resaltando que la protección financiera del sistema pasa a un segundo plano, pues lo que debe primar son las garantías fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.”¹²² Además, la Corte reconoce que esta obligación del Estado debe prestarse de una manera “libre de discriminación y de obstáculos de cualquier índole”¹²³.

Para poder hacer cumplir las obligaciones referentes al derecho a la salud de niños migrantes, el Comité de los Derechos del Niño insta a los Estados a determinar y eliminar los obstáculos a los que se enfrentan los niños para poder acceder a los servicios de salud, incluyendo las barreras financieras, institucionales y culturales¹²⁴. En la situación actual que enfrenta Colombia referente a la migración proveniente de Venezuela, algunos obstáculos a los que se enfrentan los niños y niñas migrantes provenientes de Venezuela incluyen requisitos de documentación y regularización migratoria, los cuales deben ser eliminados para garantizar el acceso pleno al derecho a la salud. Además, el Comité resalta la importancia de reconocer las dificultades concretas de los niños afectados por emergencias humanitarias y las situaciones que resultan de los desplazamientos a gran escala y de adoptar medidas especiales para garantizar el acceso ininterrumpido a la salud, al apoyo material incluyendo alimentos y agua potable, y la atención psicosocial¹²⁵. Así mismo, en la Observación conjunta antes mencionada, los Comités afirman que la atención en salud debe ser proporcionada a todos los niños migrantes de igual manera que a los nacionales, sin importar su situación migratoria, sin presentar documentos migratorios y que el Estado debe desarrollar políticas y estrategias de acuerdo con las necesidades particulares de la niñez migrante que se encuentra en su territorio.

Respecto a la barrera de regularización, la cual será explicada más detalladamente en la sección 4 de este texto, la normativa colombiana ya cuenta con un estándar aplicable que

¹²² Corte Constitucional, sentencia T-705 de 2017. MP: José Fernando Reyes Cuartas.

¹²³ Ibidem

¹²⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación General #15 (derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud). CRC/C/GC/15, párr. 29.

¹²⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación General #15 (derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud). CRC/C/GC/15, párr. 40.

está alineado con las responsabilidades constitucionales e internacionales con las que carga respecto al derecho al acceso a servicios de salud para los niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular y sin capacidad de pago. La Ley 100 de 1993, en el artículo 157, literal a, numeral 2, explícitamente garantiza la particular importancia de la inclusión de “los menores en situación irregular” en el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, considerándoseles un grupo con particular importancia de la población más pobre y vulnerable del país¹²⁶.

El Estado colombiano debe garantizar el cumplimiento de esta disposición, así como de sus obligaciones constitucionales e internacionales respecto al acceso al derecho a la salud de los niños y niñas migrantes provenientes de Venezuela. Como población sujeta de especial protección internacional, cuya protección se rige bajo los principios del interés superior del niño y de la niña, de la prevalencia de sus derechos, la no discriminación y la importancia de la garantía de sus derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo, el derecho fundamental a la salud de los niños migrantes provenientes de Venezuela debe garantizarse plenamente. Esto significa que en casos donde no exista capacidad de pago por la situación de doble vulnerabilidad de un niño o una niña migrante y sin recursos suficientes para financiar sus servicios en salud, el Estado debe garantizar su acceso al régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la proporción de todos los servicios médicos necesarios para garantizar su bienestar, y la eliminación de todas las barreras que impidan el disfrute de los derechos prevalentes de los niños y las niñas.

3.2. El derecho a la salud en Colombia para personas con enfermedades crónicas o terminales

De manera similar, las personas con enfermedades crónicas o terminales, como lo son el cáncer, las enfermedades renales y el VIH, entre otras, han sido consideradas como sujetos de especial protección por la Corte Constitucional. La Corte se ha referido a las enfermedades terminales o crónicas como el cáncer como “enfermedades catastróficas o ruinosas” por las graves afectaciones que estas causan en la salud de la persona, y por como atentan contra sus derechos fundamentales a la vida (art. 11, CP), a la dignidad humana y solidaridad (art. 1), la integridad física (art. 12), el derecho a la igualdad y protección especial a las personas que se encuentren en debilidad manifiesta (art. 13), el derecho a la seguridad social (art. 48), el derecho a la atención en salud (art. 49), el principio de solidaridad social (art. 95), entre otras disposiciones constitucionales, la Corte ha enfatizado la protección constitucional reforzada que estas personas merecen¹²⁷. Al encontrarse en un estado de debilidad manifiesta, el Estado, la sociedad y el juez constitucional les deben una singular atención¹²⁸.

¹²⁶ “Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado . . . son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, . . . los menores en situación irregular. . . “. Ley 100 de 1993 (sistema de seguridad social), art. 157, literal A, numeral 2 (tipos de participantes en el sistema general de seguridad social en salud).

¹²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-326 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹²⁸ Ibid.

Como fue demostrado en la sección 2 de este texto, el derecho al acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud está garantizado por el artículo 49 de la Constitución a todas las personas sin discriminación alguna, y este comprende el acceso igual y oportuno a servicios médicos preventivos, curativos, paliativos y a los medicamentos esenciales a todas las personas que se encuentren en la jurisdicción de un estado. Esta obligación impuesta sobre el Estado ha sido elevada con respecto a las personas con enfermedades terminales y crónicas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por ejemplo, esta Corte ha establecido que las personas que padecen de cáncer gozan de una especial protección constitucional debido a la gravedad, la complejidad y la magnitud de su enfermedad, y que el Estado tiene la obligación de proporcionarles una mayor protección del derecho a la salud.¹²⁹ En este sentido, la Corte ha declarado que “[l]as personas que padecen de cáncer, . . . por tratarse de una enfermedad que tiene un gran impacto negativo en su salud y su vida digna, gozan de una protección especial y reforzada de su derecho a la salud, convirtiendo en indispensable la prestación del servicio de manera integral, brindándole todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos necesarios para el pleno restablecimiento de su salud o para mitigar las dolencias que le impiden desarrollar su vida en mejores condiciones.”¹³⁰ También, en el caso de las personas que viven con VIH, la Corte ha reiterado el deber del Estado de proporcionarles protección integral, ya que el VIH “constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna”.¹³¹

Como se ha demostrado, la Corte ha reconocido constantemente que las personas que sufren de enfermedades graves que causan el deterioro progresivo del estado de salud merecen un trato especial y la protección constitucional de sus derechos, especialmente de su derecho fundamental a la salud, por las enfermedades con las que viven. Por el derecho a la igualdad y de no discriminación, este estatus de sujeto de especial protección de las personas con enfermedades de este tipo se extiende a las personas migrantes provenientes de Venezuela que padecen de estas patologías y se ve reforzado por las vulnerabilidades resultantes de su condición médica y por su situación como migrante, especialmente en el contexto de la crisis humanitaria en Venezuela de la que provienen. Además, el reconocimiento que la Corte extiende a las personas con estas patologías se basa en la naturaleza de las mismas, no de cualquier otro criterio, y por eso es aplicable a todas las personas que se encuentren en el territorio nacional.

En general, las personas con enfermedades crónicas y terminales tienen en riesgo su vida por la naturaleza de las enfermedades, riesgo que aumenta si no se cuenta con el tratamiento y los servicios médicos necesarios para combatirla o para lidiar con sus efectos para poder vivir con dignidad. Por la situación del sistema de salud en Venezuela las personas en esta situación peligran aún más, al no poder acceder a tratamientos o medicinas requeridas. Entre los distintos contextos se encuentran 6.000 personas con problemas

¹²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-142 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo. Sentencia T-239 de 2015. MP: Martha Victoria Sáchica Méndez. Sentencia T-066 de 2012. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-239 de 2015. MP: Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia T-262 de 2005. MP: Jaime Araújo Rentería. Ver también sentencia T-262 de 2012. MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

renales que requieren diálisis y no reciben la atención necesaria, más del 50% de la población mayor de 50 años con hipertensión o diabetes o riesgo de las mismas, 560 personas con linfoma que no tienen acceso a medicamentos, 4.242 personas con hemofilia que no cuentan con factores para coagular la sangre y 10.000 personas con problemas de salud mental que no son atendidas en centros de atención psiquiátrica, entre otras¹³².

En el caso particular del cáncer la vulneración del derecho a la salud es clara: 1.500 personas en Venezuela se encuentran afectadas por falta de reactivos y fármacos de medicina nuclear. Además, no es posible conseguir todos los medicamentos para quimioterapia. Hasta 2015 había 3.285 mujeres con cáncer de mama que no conseguían todos los medicamentos esenciales, a lo que se suma un diagnóstico temprano limitado por la falta de mamógrafos y ecógrafos¹³³. Frente al cáncer de cuello uterino, tanto la tasa de mortalidad como la de incidencia han aumentado desde el 2013 (tabla 1)¹³⁴.

Tabla 1. Resumen de proyecciones de incidencia y mortalidad para cáncer de cuello uterino

Año	Mortalidad	Tasa mortalidad*	Incidencia	Tasa incidencia*
2013	1623	10,79	3969	25,91
2014	1716	11,39	4095	27,19
2015	1740	11,40	4145	27,15
2016	1764	11,40	4196	27,12

Fuente: Sociedad anticancerosa de Venezuela (2017)

Por la atroz situación en la que viven las personas que sufren de cáncer en Venezuela, muchos se ven obligados a migrar a Colombia o a otros países en búsqueda de tratamientos y medicamentos para preservar sus vidas, donde se encuentran con otra serie de barreras para acceder a los servicios necesitados, entre ellas barreras de regularización migratoria.

Aunque no hay información pública disponible de la situación de los migrantes con enfermedades crónicas y terminales en Colombia, es importante resaltar que la atención que se les brinda en caso de no tener una situación migratoria regular es únicamente de urgencias. Sin embargo, los programas exitosos contra las enfermedades crónicas requieren un abordaje intersectorial y una reorientación del sistema de atención de salud. Es necesario mejorar la accesibilidad y la disponibilidad de los servicios y el acceso a los medicamentos esenciales, además de tener equipos de salud multidisciplinarios con la combinación apropiada de aptitudes para la prestación de servicios. Hay que focalizarse en la calidad de atención para reducir las barreras relacionadas con los factores sociales, económicos y

¹³² CodeVida y Provea. Artículo 12. El derecho a la salud. Informe Conjunto de Organizaciones de Defensa del Derecho a la Salud al Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, con motivo del Examen del 3er Informe Periódico del Estado Venezolano en el Período de Sesión 55° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 2015. Pp. 24-25.

¹³³ Ibidem. Pp. 24-25.

¹³⁴ Sociedad anticancerosa de Venezuela. Boletín de incidencia y mortalidad del cáncer basado en los datos del informe pronósticos de la mortalidad e incidencia de cáncer en Venezuela, año 2016. 2017. En <https://www.cancervenezuela.org/descargas/boletin-incidencia-mortalidad-cancer-informe-pronosticos-mortalidad-venezuela-2016.pdf>

culturales y para mejorar la protección social de la salud, en particular entre las poblaciones vulnerables¹³⁵.

Aunque en Colombia hasta ahora se les ha garantizado el acceso a servicios de urgencias a todas las personas, así estén en situación irregular migratoria, esto no es suficiente, ya que estas personas solamente recibirán el tratamiento para sus enfermedades crónicas si estas resultan en situaciones agudas o que amenazan sus vidas, dependiendo de la manera en que el proveedor de servicios de salud lo interprete ¹³⁶. Para personas que sufren de enfermedades renales, por ejemplo, y necesitan diálisis cada dos días, o que sufren de cáncer y necesitan radioterapias, quimioterapias y medicamentos, los cuales son necesarios para mantener un nivel de bienestar y luchar contra la expansión o el empeoramiento de su condición, la interrupción del tratamiento resultaría en impactos graves para la salud y posible intervención de urgencias. Sin embargo, aunque en urgencias se logre estabilizar una persona que llega en condiciones críticas, las enfermedades de este tipo seguirán causando efectos dañinos para la salud e integridad personal, situaciones que se pueden controlar o evitar accediendo a los tratamientos correctos y adecuados.

Las personas provenientes de Venezuela que se encuentran en territorio colombiano y no cuentan con los recursos para financiar sus tratamientos y servicios de salud deberían poder acceder al Sistema de Seguridad Social en Salud para acceder a sus necesidades. Adicionalmente, el requerimiento impuesto por la normativa actual de la presentación de documentación migratoria para acceder al régimen subsidiado no debe ser una barrera para acceder a los servicios vitales. De hecho, en reiteradas ocasiones, esta Corte ha permitido la inaplicación de normas en casos de personas que padecen de cáncer, clasificando esta como una enfermedad catastrófica, a quienes se debe otorgar un trato preferente. Por ejemplo, en la sentencia T-066 de 2012, en el caso de un señor de 54 años que padecía cáncer torácico, la Corte inaplicó las normas que limitan los tratamientos incluidos en el POS para amparar el derecho a la salud del paciente. Similarmente, en la sentencia T-090 de 2008, la Corte ordenó la inaplicación de la reglamentación de pago de medicamentos fuera del POS para que una mujer con cáncer avanzado renal metastásico con progresión pulmonar pudiera acceder a los medicamentos necesarios, eximiéndola “del pago de cualquier suma de dinero que obstaculice su acceso efectivo a la prestación de los servicios de salud requeridos.”

De acuerdo a esto, la Corte Constitucional debería reconocer la situación como sujeto de especial protección a los migrantes provenientes de Venezuela con enfermedades terminales y crónicas, y en el caso de personas que carecen la capacidad de pago de sus necesidades médicas, reconocer el derecho a acceder a todos los servicios de salud del Estado, reconociendo las múltiples vulnerabilidades con las que pueden contar, resultantes de su situación como migrante, su situación socioeconómica y su situación particular de

¹³⁵ OMS, OPS. Manejo integrado de las enfermedades crónicas y sus factores de riesgo. S.f. En http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=1543%3A2012-integrated-disease-management&catid=1415%3Aintegrated-disease-management&Itemid=1353&lang=es

¹³⁶ European Union Agency for Fundamental Rights. Migrants in an irregular situation: Access to healthcare in 10 European Union Member States, p. 31. Disponible en: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1925-FRA-2011-fundamental-rights-for-irregular-migrants-healthcare_EN.pdf

salud, y eliminar las barreras para este acceso. En conclusión, un Estado Social de Derecho, fundado en la dignidad humana, no puede permitir la muerte o el grave deterioro de la integridad personal de quienes viven con enfermedades crónicas y terminales que se encuentran bajo su jurisdicción, sean o no migrantes.

4. LA REGULARIZACIÓN MIGRATORIA NO PUEDE SER UN REQUISITO PARA QUE LAS PERSONAS PROVENIENTES DE VENEZUELA PUEDAN ACCEDER A SERVICIOS DE SALUD

El Gobierno Nacional, respondiendo a la crisis humanitaria que ha resultado en el incremento de personas provenientes de Venezuela en su país y a la situación que enfrentan al llegar al territorio colombiano en cuestiones de salud, ha introducido ciertos cambios a la normativa con el propósito de extender o clarificar el derecho a la salud de estas personas, tanto para aquellas que no están o no pueden estar afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud como para las que pueden acceder a él por contar con el Permiso Especial de Permanencia u otro documento. Sin embargo, esta respuesta no ha sido suficiente porque no responde a las necesidades reales de esta población ni a las barreras institucionales a las que se enfrentan para acceder a servicios de salud. La falta de atención vital, en especial para sujetos de especial protección como los niños y niñas y las personas con enfermedades crónicas que son migrantes, vulnera el derecho fundamental a la salud de la población proveniente de Venezuela, a la que el Estado debe ciertas obligaciones por encontrarse dentro de su jurisdicción. Además, desconocer las barreras y las realidades de la población migrante proveniente de Venezuela y así perpetuar su exclusión de derechos significa vulnerar el principio de no discriminación.

4.1. Descripción de normativa actual y servicios prestados actualmente

Como se mencionó en la sección 2.1. de esta intervención, el derecho a la salud de los extranjeros que no están afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud está limitado al ámbito de atención de urgencias, y está consagrado en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, el artículo 67 de la Ley 715 de 2001, y los artículos 10 y 14 de la Ley 1751 de 2015, los cuales establecen que prestadores de servicios de salud deben prestar atención inicial de urgencias obligatoriamente a todas las personas, nacionales o extranjeras, sin requerir la presentación de documentación o capacidad de pago. Así mismo, a través del Decreto 866 de 2017 y la Resolución 5269 de 2017 el Ministerio de salud ha tratado de responder a las necesidades en el área de salud que se han creado en el país a raíz de la migración de personas provenientes de Venezuela.

Sin embargo, a pesar de la existencia de estas garantías de prestación de servicios de urgencias en el derecho nacional e internacional, aunque estas no sean suficientes para cumplir con las obligaciones debidas en materia de salud a los migrantes, estas no están siendo cumplidas plenamente respecto a las personas que, como los accionantes de los casos de referencia, padecen de condiciones médicas que, si no son tratadas de una manera efectiva y constante, comprometen la integridad y la vida de los pacientes. Al limitar la atención de urgencias a la categorización más urgente, se vulnera el derecho a la salud de estas personas, quienes en el contexto actual no pueden acceder al sistema de salud de otra

manera, ya sea por limitaciones de recursos o barreras de documentación, que serán discutidas más adelante.

Además, al limitar al ámbito de urgencias la prestación de servicios de salud para las personas provenientes de Venezuela que no pueden acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud por varias razones, se ignoran las necesidades médicas básicas de esta población, que también presenta condiciones fácilmente tratables o prevenibles, que se han exacerbado por la completa falta de atención en Venezuela y por las condiciones en las que viven cuando llegan a Colombia. Por ejemplo, en Villa del Rosario, Santander, por medio del trabajo de campo ejecutado por Dejusticia, se evidenció que la niñez está presentando condiciones prevenibles que responden a las condiciones en las que viven – desde hongos, alergias y escabiosis en la piel por bañarse en las aguas contaminadas del Río Táchira o en aguas de cañerías por la falta de acceso al agua, diarrea, gastritis, desnutrición y deshidratación por la falta de agua potable en el municipio, y gripas y bronquitis al dormir a la intemperie. La modalidad de urgencias como está siendo implementada no responde de una forma adecuada o eficiente a estas problemáticas, ya que estas personas recibirían atención médica solamente cuando lleguen a un punto de extrema necesidad, aumentando el impacto de las enfermedades sobre las personas y haciendo muy difícil la atención médica.

4.2. Descripción de los requisitos para afiliarse al Sistema de Salud en Colombia

La respuesta del Estado frente a las necesidades médicas que no clasifican como urgencias de los extranjeros ha sido generalmente por la vía de afiliación al sistema de seguridad social. El Estado, por medio de la Ley 100 de 1993 y la Ley 1438 de 2011, garantiza el derecho a la seguridad social, incluyendo el derecho a la salud, y establece la universalidad del aseguramiento de salud a todos los habitantes y residentes del país, incluyendo a los extranjeros. Sin embargo, la manera de acceder a este sistema requiere la presentación de algún documento válido según la normativa que lo regula, en este caso el Decreto 780 de 2016. Para poder acceder al régimen, los nacionales colombianos, dependiendo de su edad deben presentar su registro civil de nacimiento, tarjeta de identidad, o cédula de ciudadanía, y los extranjeros, su cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático, salvoconducto de permanencia, pasaporte de las Naciones Unidas para personas en condición de refugio o asilo¹³⁷, o Permiso Especial de Permanencia¹³⁸. Si bien la inclusión del Permiso Especial de Permanencia como documento válido de identificación en el Sistema de Protección Social, así como su creación, puede ser vista como un avance beneficioso para ciertos sectores de la población migrante en la respuesta a la situación actual, este avance es muy limitado y excluye a una gran parte de la población que no puede obtener los documentos necesarios. Además, la adherencia a este sistema y su rigidez no responde adecuadamente a las necesidades de la población migrante, que no debe ser tratada en general como otros extranjeros que llegan a Colombia en situaciones de normalidad.

¹³⁷ Ministerio de Salud y Protección Social. Decreto 780 de 2016 (reglamentario del sector salud y protección social), art. 2.1.3.5. (documentos de identificación para efectuar la afiliación).

¹³⁸ Migración Colombia. Resolución 3015 de 2017.

Se evidencian entonces tres niveles de barreras que enfrenta la población proveniente de Venezuela y que afectan su acceso al derecho fundamental a la salud. En primer lugar, las barreras impuestas por la grave situación en Venezuela, la que resultó en las vulneraciones iniciales del derecho a la salud al no poder acceder a servicios ni a medicamentos en su país, cuyas consecuencias migran a Colombia con la población. En segundo lugar, las barreras a las que se enfrentan en Colombia, que incluyen aquellas impuestas por sus condiciones de vida en Colombia, obstáculos por la falta de recursos y por no poder acceder a servicios de salud. En tercer lugar, las barreras específicas de documentación tanto en Venezuela como en Colombia, ya que estas impiden que puedan acceder a procesos de regularización y así poder acudir a las rutas de acceso a servicios. Mientras el gobierno colombiano no reconozca estos tres niveles de barreras, no podrá desarrollar las políticas públicas adecuadas para atender a esta población en materia de salud y no estará garantizando el derecho fundamental a la salud a esta población. Aunque el Ministerio de Salud, el pasado 12 de febrero de 2018 anunció por medio del Boletín de Prensa No. 015 de 2018¹³⁹ que establecerá un plan básico en salud para extranjeros en Colombia, se prevé que este incluirá solo las urgencias hospitalarias y algunas actividades de promoción y prevención, como controles prenatales para mujeres en embarazo y algunas vacunas. Sin embargo, la atención de urgencias ya está garantizada por la normativa, ya se han estado desarrollando jornadas de vacunación, hasta el día de hoy no ha habido otro pronunciamiento por parte de esta entidad respecto a este plan, y no se han visto avances sobre la atención prenatal a embarazadas y otras actividades de promoción y prevención que tomen en cuenta los diferentes niveles de obstaculización a la que se enfrenta esta población.

4.3. Barreras que existen para las personas que podrían regularizarse

Una de las grandes barreras a las que se enfrentan las personas provenientes de Venezuela es la dificultad de poder acceder a las rutas de regularización en Colombia, la cual, entre otras cosas, les permitiría acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud al contar con uno de los documentos requeridos para hacerlo, bajo la normativa y la práctica actuales.

Para comprender las barreras a las que se enfrentan los venezolanos con opción de regularizarse, es fundamental entender primero cuál es la situación a la que se enfrentan todas las personas en Venezuela a la hora de adquirir un pasaporte o apostillar un documento oficial. Dado el deterioro institucional y la grave situación económica del país, los documentos oficiales requeridos para procesos de regularización son muy difíciles de obtener, y para algunas personas imposibles, ya que por la crisis, las instituciones a cargo de la expedición de pasaporte o de la legalización y apostille de documentos, no están funcionando regularmente o llevando a cabo los procedimientos administrativos como lo hacían anteriormente, y cuando sí lo hacen, estos procesos tienen costos que son inasequibles para las personas, quienes por la situación económica del país, ni siquiera tienen los recursos suficientes para satisfacer la canasta familiar. Primero, está el alto costo

¹³⁹ Ministerio de Salud y Protección Social. Gobierno prepara un plan básico de beneficios en salud para extranjeros. 2018. En <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Gobierno-prepara-un-plan-basico-de-beneficios-en-salud-para-extranjeros.aspx>

pues el trámite administrativo vale entre Bs. 3.000 y Bs. 6.000 y la cita Bs. 390.000. Es decir que un pasaporte vale al menos Bs. 393.000, lo que equivale al 30% del salario mínimo integral y bono de alimentación¹⁴⁰. Además, en caso de que se logre ahorrar ese monto, los venezolanos deben esperar hasta un año para sacar su pasaporte, por lo que el Gobierno creó la modalidad exprés¹⁴¹ por un valor de Bs. 390.000, con un precio total mínimo de Bs. 783.000 (pasaporte normal más monto por ser exprés), lo que es el 59,9% de un salario mínimo.

La Corte Constitucional debe comprender estos precios elevados en un contexto de hiperinflación en Venezuela, que en 2018 alcanzaría el 13.864,6%¹⁴². A eso se suman las denuncias de corrupción hechas por los ciudadanos, pues si bien “los pasaportes venezolanos han sido vendidos desde hace décadas en el mercado negro: los venezolanos podían ahorrarse un día o dos de cola y los extranjeros buscaban en ellos libertad de movimiento, pero nunca la corrupción había alcanzado la escala actual”¹⁴³. En caso de tener que apostillar un documento, “la identificación es en la mayoría de los casos imposible porque el sistema de apostilla en Venezuela no está operando adecuadamente y los costos del trámite de documento no son accesibles”¹⁴⁴. De hecho, el Gobierno colombiano es consciente de las dificultades de apostillar por lo que “la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante la Circular 064 del 18 de mayo 2017, estableció un procedimiento especial para la inscripción en el registro civil de quienes siendo hijos de nacionales colombianos nacieron en la República Bolivariana de Venezuela, teniendo en cuenta las dificultades para la obtención de los documentos antecedentes apostillados en dicha República”(negrillas fuera del texto)¹⁴⁵.

Por lo tanto, las personas en Venezuela no pueden realísticamente obtener pasaportes, renovar sus pasaportes vencidos, o apostillar documentos como registros civiles y registros de matrimonio, documentos que en Colombia se les requiere para regularizar su situación. En caso de que una persona con opción de regularizarse tuviese los documentos necesarios y llegase a Colombia, en el trabajo de campo realizado por Dejusticia a Cúcuta se constató que existe una alta xenofobia hacia las personas provenientes de Venezuela. Por ejemplo, el alcalde de Cúcuta ha manifestado públicamente que “no comparto que demos desayuno almuerzo y comida, porque ahí sí vendría muchísima gente a vivir acá; solo quiero

¹⁴⁰ El Nacional. Conozca los nuevos precios para tramitar el pasaporte con la UT de Bs. 500. 2018. En <http://www.el-nacional.com/noticias/economia/conozca-los-nuevos-precios-para-tramitar-pasaporte-con-500-225189>

¹⁴¹ El Espectador. ¿Por qué es tan difícil sacar el pasaporte en Venezuela? 2018. En <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/por-que-es-tan-dificil-sacar-el-pasaporte-en-venezuela-articulo-738727>

¹⁴² International Monetary Fund. República Bolivariana de Venezuela. 2017. En <http://www.imf.org/en/Countries/VEN>

¹⁴³ El País. La mafia detrás de la diáspora venezolana. 2018. En https://elpais.com/internacional/2018/01/29/america/1517254119_563359.html

¹⁴⁴ Defensoría del Pueblo. "El Gobierno debe garantizar los derechos de colombianos y venezolanos que llegan al país": Defensor del Pueblo. 2017. En <http://www.defensoria.gov.co/es/nube/noticias/6361/El-Gobierno-debe-garantizar-los-derechos-de-colombianos-y-venezolanos-que-llegan-al-pais>

¹⁴⁵ Registraduría Nacional del Estado Civil. Circular No. 145. 2017. En <http://www.refworld.org/es/pdfid/5a1475974.pdf>. P.1.

dormitorios”¹⁴⁶. El sentimiento de rechazo fue constatado a la hora de hablar con algunos funcionarios públicos, que dijeron frases como “vienen acá a parir”, “muchas veces estamos dejando de hacerle la atención a un ciudadano colombiano por dársela a un venezolano”, entre otras.

Respecto a la respuesta estatal que resultó en la creación del Permiso Especial de Permanencia, esta no consiste en una política suficiente para resolver las barreras a las que se enfrenta esta población y excluye a sectores vulnerables de ella. El Estado, para poder responder adecuadamente a las necesidades de esta población que ahora se encuentra bajo su jurisdicción, debe tomar en cuenta la existencia de estas barreras y la forma como estas constituyen o pueden resultar en prácticas discriminatorias prohibidas constitucionalmente.

4.4. Requerir que las personas se regularicen para poder acceder a servicios de salud es inconstitucional

Como fue sustentado en la sección 1.1. de este texto, el Estado colombiano tiene la obligación de promover y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad y estatus migratorio. Por lo tanto, condicionar la garantía del derecho al acceso a la salud de las personas migrantes provenientes de Venezuela a la regularización migratoria para poder recibir atención médica básica más allá de urgencias es inconstitucional y contraviene las obligaciones internacionales del Estado.

En la sentencia T-705 de 2017 mencionada anteriormente, sobre el niño CEOS, esta Corte sostuvo el concepto de que el reconocimiento de los derechos de los extranjeros genera la obligación de su parte de cumplir con las normas y los deberes establecidos para todos los residentes del país. La Corte usó esta justificación para instar a la madre del niño a regularizar su situación migratoria y a afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud para que su hijo pueda recibir la atención requerida que no se considera como atención de urgencias¹⁴⁷.

La obligación que tienen los extranjeros de cumplir con la Constitución y las leyes colombianas mientras permanezcan en el territorio nacional es parte del principio de igualdad entre nacionales y extranjeros y es generalmente necesaria para mantener la seguridad del Estado. Sin embargo, respecto al derecho fundamental a la salud en la coyuntura actual en Colombia, requerir la regularización para poder acceder a servicios de salud es una carga desproporcionada por la dificultad o imposibilidad de lograrla, a la cual no se puede condicionar este derecho tan vital. Hacerlo significa ignorar los estándares internacionales y nacionales al respecto y desacatar el principio de igualdad y de no discriminación.

¹⁴⁶ La Opinión. Dormitorios sí, pero no comida: Alcalde de Cúcuta sobre venezolanos. 2018. En <https://www.laopinion.com.co/cucuta/dormitorios-si-pero-no-comida-alcalde-de-cucuta-sobre-venezolanos-147301#OP>

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-705 de 2017. MP: José Fernando Reyes Cuartas.

Reiterando la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia de esta Corte, se evidencia que el requisito de obtener un estatus migratorio formal para poder acceder a servicios de salud contraviene las obligaciones del Estado. Primero, el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales, incluido el derecho fundamental a la salud, se extiende a todas las personas bajo la jurisdicción del Estado, incluso si están en situación migratoria irregular¹⁴⁸, lo cual ha sido reiterado por la Corte en la sentencia T-215 de 1996 al afirmar que ninguna actuación legislativa o administrativa “puede desconocer la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales ni los derechos inherentes a la persona humana garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales en el caso de los extranjeros, así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular”¹⁴⁹. El excluir a las personas en situación irregular de este derecho es un incumplimiento de estas obligaciones.

Segundo, el trato que el Estado debe extender hacia los trabajadores migrantes no debe ser menos favorable que aquel dado a los nacionales en relación con el ámbito de salud¹⁵⁰. Al agregar requisitos de regularización, especialmente ante la situación actual de Venezuela, el trato extendido es menos favorable, ya que se desconocen las barreras adicionales que las personas migrantes provenientes de Venezuela tienen que superar para poder acceder a este derecho.

Tercero, la Corte ha reconocido la posibilidad de restringir los derechos de los extranjeros por razones de orden público¹⁵¹ o de extender un trato desigual si superan un test de igualdad¹⁵². Sin embargo, los derechos fundamentales como el de salud no se pueden restringir por lo tanto no supera el test de igualdad. Entre los criterios que se deben analizar se encuentran: (i) el ámbito en el que se establece la diferenciación, y la determinación de que si este permite las diferenciaciones entre nacionales y extranjeros¹⁵³; (ii) el tipo de derecho que se encuentre comprometido, la no afectación de derechos fundamentales, y la situación concreta¹⁵⁴; y (iii) la justificación de una finalidad objetiva y razonable y una proporcionalidad entre el tratamiento y la finalidad perseguida del tratamiento diferenciado¹⁵⁵. En estos casos, el ámbito concierne el derecho fundamental a la salud, el cual no puede ser restringido en base a la situación migratoria de las personas y por ende no permite las diferenciaciones entre nacionales y extranjeros. Tampoco se ha extendido

¹⁴⁸ Declaración del Comité DESC sobre Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 3ro. (E/C.12/2017/1)

[http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2017%2f1&](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2017%2f1&Lang=en)

Lang=en

¹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-215 de 1996. MP: Fabio Morón Díaz.

¹⁵⁰ Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, artículo 25. Aprobado por el estado colombiano mediante ley 146 de 1994.

¹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-385 de 2000. MP: Antonio Barrera Carbonell.

¹⁵² Corte Constitucional, sentencia C-768 de 1998. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sentencia C-913 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2017. MP: Cristina Pardo Schlesinger. Sentencia C-913 de 2003. MP: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

ninguna justificación objetiva, y razonable para llevar a cabo este trato diferencial que comprende excluir del acceso básico a servicios de salud a un grupo poblacional vulnerable por la grave situación humanitaria que enfrenta su país y vulnera sus derechos. Además, el requisito de regularización migratoria, especialmente a la luz de las barreras que existen de documentación, acceso a procesos institucionales y de recursos, no son requerimientos proporcionales ante la vital importancia del derecho en cuestión. Por lo tanto, el trato diferenciado hacia personas migrantes provenientes de Venezuela respecto al contenido básico del derecho a la salud, es decir, el condicionamiento de los servicios de atención básica en salud a la obtención de un estatus migratorio regular, no supera el test de igualdad y es inconstitucional.

La exigencia impuesta a estas personas de regularizar su situación migratoria para poder acceder a los servicios públicos brindados por el Estado es entonces una carga desproporcionada para poder acceder a derechos, especialmente frente a la alta improbabilidad o imposibilidad de estas personas de conseguir los documentos y los recursos necesarios para acceder a las formas tradicionales de regularización migratoria. Además, desconoce los estándares internacionales a los que el Estado colombiano se ha comprometido. En el ámbito de salud en particular, además, va en contra de los principios de accesibilidad, equidad, continuidad, y solidaridad y contra el derecho de las personas de no ser obligados a soportar sufrimiento evitable ni obligados a padecer enfermedades que pueden recibir tratamiento¹⁵⁶.

Por las actuales políticas colombianas, las personas que no cuentan con estos documentos requeridos para ingresar al Sistema de Salud Subsidiado no pueden obtener la atención en salud que requieren. Al exigir la regularización como proceso previo a poder recibir atención médica vital, se desconoce la realidad de la situación política y social en Venezuela y los efectos que esta tiene sobre las habilidades de las personas de conseguir los documentos mencionados, afectando desproporcionadamente a los sectores más vulnerables de esta población, como lo son las personas con problemas graves de salud y los niños, niñas y adolescentes. Además, va en contra de las obligaciones del Estado colombiano respecto del derecho a la salud de migrantes, y especialmente de aquellos que son sujetos de especial protección constitucional

5. Casos concretos

5.1. Caso del niño MAMR

En el caso concreto del niño MAMR, su familia emigró a Colombia por la persecución contra ella por el Gobierno venezolano, indicando la posible necesidad de protección internacional de sus integrantes, así como por la falta de anestesia en Venezuela que no permitió que se realizaran las intervenciones quirúrgicas necesarias para remover dos hernias que impiden al niño vivir una vida normal y le causan molestias y dolor. Su familia actualmente no cuenta con los recursos para pagar los gastos médicos de

¹⁵⁶ Ley 1751 de 2015 (Ley Estatutaria de Salud), art. 6 (elementos y principios del derecho fundamental a la salud) y art. 10 (derechos y deberes de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud).

su hijo, ni para alimentarse adecuadamente. Al ser un niño y padecer de esta condición médica que compromete sus órganos, es sujeto de especial protección que además por su condición de migrante y posiblemente de refugiado se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad. Por lo tanto, requiere la garantía de todos los servicios necesarios en salud para garantizar el máximo nivel de su bienestar físico, mental y social conforme a los estándares nacionales e internacionales de la protección del derecho a la salud de los migrantes y en especial de las personas sujetos de especial protección.

Con respecto a este caso, respetuosamente solicitamos que la Corte Constitucional REVOQUE la sentencia del 12 de octubre de 2017 de la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, y en su lugar PROTEJA el derecho a la salud de MAMR y ORDENE que se le proporcionen el tratamiento y medicamentos necesarios para atender a su patología.

5.2. Caso de NYSR

En el caso concreto de NYSR, es una mujer cabeza de familia que padece de cáncer de cuello uterino y migró a Colombia por la necesidad de atención médica, ya que en Venezuela no podía conseguir los medicamentos ni acceder a los tratamientos necesarios para atender su enfermedad. Al estar desempleada, ser cabeza de familia y por su grave estado de salud, no cuenta con los recursos para acceder por su propia cuenta a las radioterapias y quimioterapias que necesita para mejorar su estado de salud. Por su situación de debilidad manifiesta derivada de la complejidad de su enfermedad y la amenaza que esta impone sobre su integridad personal y su vida, y por encontrarse en un muy grave estado de salud actualmente, así como las vulnerabilidades adicionales que implican el ser migrante, mujer y madre cabeza de familia, NYSR requiere la garantía de todos los servicios necesarios en salud para garantizar el máximo nivel de su bienestar físico, mental y social conforme a los estándares nacionales e internacionales de la protección del derecho a la salud de los migrantes y en especial de las personas en situación de debilidad manifiesta.

Adicionalmente, al ser hija de madre colombiana, según el artículo 96 de la Constitución Política, NYSR es nacional colombiana. Sin embargo, por razones desconocidas no cuenta con el documento que lo acredita y por lo tanto no puede acceder a los derechos y servicios garantizados a los ciudadanos colombianos. Finalmente, es preciso recordar que la señora Sanguino al ser madre cabeza de familia tiene una protección reforzada que se fundamenta en el artículo 43 de la Constitución y la reiterada jurisprudencia constitucional.

Además, recordamos a la Corte que al tratarse del caso de una mujer, quien sufre de cáncer de cuello uterino específicamente y es madre cabeza de familia este caso concreto debe ser analizado con un enfoque de género, tomando en cuenta su particular situación y vulnerabilidades como mujer. También, a la luz de la patología específica de la señora NYSR, recordamos las obligaciones del Estado respecto de los derechos sexuales y reproductivos, protegidos por tratados internacionales ratificados por Colombia y considerados parte del derecho fundamental a la salud por la jurisprudencia de esta Corte.

La Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) reconoce la importancia de garantizar servicios apropiados en salud sexual y reproductiva sin discriminación¹⁵⁷. Esta Corte ha afirmado que la salud sexual y reproductiva es uno de los ámbitos del derecho fundamental a la salud, y que esta significa “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades y dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos.”¹⁵⁸ Adicionalmente, estos derechos “también amparan el derecho de las personas a acceder a servicios de salud reproductivos lo cual incluye tratamientos médicos para enfermedades del aparato reproductor”¹⁵⁹, como en el caso del cáncer de cuello uterino de la señora NYSR.

Con respecto a este caso, respetuosamente solicitamos que la Corte Constitucional: REVOQUE la sentencia del 23 de agosto de 2017 del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cúcuta, y en su lugar, PROTEJA el derecho a la salud de NYSR y ORDENE que se le proporcionen el tratamiento y medicamentos necesarios para atender a su patología. En el mismo sentido le solicitamos a la Corte que PROTEJA el derecho a la nacionalidad de NYSR y tome medidas para facilitar el trámite de acreditación de la misma.

6. SOLICITUD DE ORDEN GENERAL

En relación con la situación general sobre el acceso al derecho de salud para las personas migrantes le solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional que ORDENE al Ministerio de Salud y Protección Social, la creación e implementación de una política integral en salud que garantice el derecho a la salud de las personas migrantes provenientes de Venezuela, lo cual incluye proporcionar una atención médica básica, independientemente de su estatus migratorio. Esta política debe tener en cuenta el núcleo esencial del derecho a la salud, el cual implica el acceso igual y oportuno a servicios médicos preventivos, curativos, paliativos y a los medicamentos esenciales.

El desarrollo de esta política debe tener en cuenta las condiciones particulares de la crisis económica y social en Venezuela, en particular en materia de salud, así como evitar mantener las barreras existentes o crear nuevas barreras de documentación o institucionales. Esto significa garantizar el estado de salud a todas las personas independientemente de su estatus migratorio, y eliminar las barreras respecto al acceso a la regularización así como el condicionamiento del acceso a servicios de salud a la titularidad de un estatus migratorio legal.

¹⁵⁷ Convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 10, literal h (eliminación de discriminación contra la mujer en el ámbito de salud) y art. 11 (eliminación de discriminación contra la mujer en el ámbito de la seguridad social y salud reproductiva).

¹⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-306 de 2016. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, citando Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, sentencia de 28 de noviembre de 2012, p. 48.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-306 de 2016. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia T-732 de 2009. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

Esta política además deberá garantizar el derecho a la salud de los sujetos de especial protección, tales como, los niños y niñas migrantes, así como los migrantes con enfermedades terminales y crónicas, a los cuales se les deberá garantizar todos los servicios médicos que sean necesarios para garantizar el máximo nivel de bienestar físico, mental y social, eliminando cualquier barrera para su disfrute. Para financiar esta política el Gobierno Nacional aplicará el principio de subsidiariedad y podrá acudir a cooperación internacional y regional.

Atentamente,

César Rodríguez Garavito

Rodrigo Uprimny Yepes

Lucía Ramírez Bolívar

Silvia Ruiz Mancera

Valentina Rozo

Mauricio Albarracín