

Sentencia T-210/18

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SERVICIO DE SALUD- Cobertura para los residentes en todo el territorio nacional

ATENCIÓN INICIAL DE URGENCIAS-Finalidad y elementos

La normativa que regula prestación de los servicios de salud consagra la 'atención inicial de urgencias' obligatoria en cualquier IPS del país como una garantía fundamental de todas las personas. En este sentido, el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, reiterado por el artículo 67 de la Ley 715 de 2001. La normativa advierte que el incumplimiento de esta disposición será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) por cada multa, y en caso de reincidencia podrá conllevar hasta la pérdida o cancelación del registro o certificado de la institución.

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SERVICIO DE SALUD- Cubrimiento universal en el SGSSS

UNIVERSALIZACIÓN EN SALUD-Concepto

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD SGSSS-Trámite de afiliación

Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 de 2016. De conformidad con lo dispuesto en dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con fundamento en lo anterior, se evidencia que esa disposición indica que todos los ciudadanos independientemente de que sean nacionales colombianos o extranjeros, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por lo tanto, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación.

PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL SERVICIO DE SALUD- Garantía del derecho a la salud de los migrantes en Colombia

AFILIACION DE EXTRANJEROS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Regulación/AFILIACION DE EXTRANJEROS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Requisitos

Si bien existe un mandato de igualdad expreso entre extranjeros y nacionales en el artículo 100 constitucional, la Carta autoriza la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales; y, en

segundo lugar, que las diferenciaciones realizadas con fundamento en la nacionalidad, por basarse en un criterio sospechoso de discriminación, son inadmisibles salvo que existan suficientes razones que las justifiquen. Adicional a lo anterior, como se estableció en la sentencia SU-677 de 2017, el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una exigencia a los extranjeros de cumplir la Constitución Política y la ley, tal como lo establece el artículo 4º constitucional al disponer “es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Es decir, la vinculación al SGSSS de los extranjeros está sujeta, en principio, a que los mismos cumplan con los requisitos legales contemplados en las normas que regulan el trámite de afiliación al SGSSS, de la misma manera en que le corresponde hacerlo a los nacionales.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Deber de cumplir el ordenamiento jurídico

MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Acciones del Estado Colombiano para enfrentar crisis humanitaria

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-Protección internacional/**DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-**Obligaciones mínimas del Estado colombiano

De acuerdo con el derecho internacional, los Estados deben garantizar a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, no solo la atención de urgencias con perspectiva de derechos humanos, sino la atención en salud preventiva con un enérgico enfoque de salud pública. No obstante, de acuerdo con otros instrumentos de derecho internacional y a algunos desarrollos recientes de soft law sobre el contenido mínimo esencial del derecho a la salud de los migrantes, se ha establecido con fundamento en el principio de no discriminación, que (i) el derecho a la salud debe comprender la atención integral en salud en condiciones de igualdad e ir mucho más allá de la urgencia. Por eso, de contar con estándares más bajos, (ii) pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la “obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12” del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas; especialmente y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atentan contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de no discriminación en la prestación del servicio de salud .

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-Barreras legales para su protección

DERECHO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES-Atención médica de urgencias de los migrantes en situación irregular

La Corte ha reconocido el derecho que por ley tienen todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, a recibir atención de urgencias. Estas responsabilidades de los entes territoriales para sufragar su atención en salud fueron reiteradas en sede constitucional en la reciente sentencia T-705 de 2017.

DERECHO A LA SALUD Y AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL DE EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN COLOMBIA-

Caso de ciudadana venezolana que padece cáncer

DERECHO A LA SALUD Y AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL DE EXTRANJEROS NO RESIDENTES EN COLOMBIA-

Caso de menor venezolano que requiere cirugía con carácter urgente

Referencia: Expedientes (i) T-6578193 y (ii) T-6578985

Acciones de tutela promovidas por (i) Natty Yeraldín Sanguino Ruiz contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, y (ii) Francys Deriannys Rodríguez López en calidad de agente oficiosa de su hijo Miguel Arcángel Márquez Rodríguez contra Clínica Puente Barco Los Leones, ESE Hospital Universitario Erasmo Meoz, el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, y la ESE IMSALUD.

Procedencia: (i) Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cúcuta, y (ii) Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta.

Asunto: Derecho a la salud de los migrantes

Magistrada sustanciadora:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., primero (1º) de junio de dos mil dieciocho (2018).

En ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando

Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de las sentencias (i) del 23 de agosto de 2017 proferida en única instancia por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cúcuta, y (ii) del 12 de octubre del 2017 proferida en segunda instancia por la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta mediante las cuales se denegó el amparo.

El asunto llegó a esta Corporación por la remisión que hicieron dichas autoridades judiciales, en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 86 de la Constitución y en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección N°2, mediante auto del 16 de febrero de 2018, escogió los casos para su revisión y dispuso acumularlos por presentar unidad de materia para que fueran fallados en una sola sentencia.

En cumplimiento de este auto, mediante oficio del 2 de marzo de 2018, la Secretaría de esta corporación envió los expedientes a este despacho e informó que el término máximo para fallar es de tres meses.

I. ANTECEDENTES

Expediente T-6578193

El 8 de agosto de 2017, Natty Yeraldín Sanguino Ruiz, promovió acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander –IDS en adelante–, por considerar vulnerados sus derechos a la salud y a la vida digna, en tanto dicha entidad se ha negado a autorizar los servicios de quimioterapia, medicamentos y tratamientos que requiere en razón del cáncer de útero que padece. Las entidades vinculadas por los jueces de instancia explican que sí se brindó atención de urgencias, y que, dado que los servicios de quimioterapia son ambulatorios, los mismos requieren autorización especial del IDS para ser practicados. Para fundamentar la demanda relató los siguientes:

A. Hechos

1. La señora Natty Yeraldín Sanguino Ruiz de 34 años de edad, madre cabeza de familia, ciudadana venezolana, hija de madre colombiana y padre venezolano, manifestó que fue diagnosticada con cáncer de cuello uterino en su país¹.

2. Informó que debido a su grave situación de salud y las precarias condiciones actuales del sistema de salud venezolano que le impedía conseguir los

¹ Folio 1 del cuaderno 1.

medicamentos y acceder al tratamiento de quimioterapia, tuvo que migrar hacia Cúcuta en búsqueda de atención médica, dejando a sus cinco hijos en su país de origen.

3. La accionante ingresó el 8 de julio de 2017 por urgencias a la sala de partos del Hospital Universitario Erasmo Meoz de Cúcuta² – en adelante HUEM – con un intenso sangrado vaginal, dolor abdominal, dolores de cabeza, anemia y, en general, un estado inmunológico muy delicado.

4. Allí se le brindó atención médica de urgencias y se confirmó su patología (Cáncer de Cuello Uterino Estadio IIIB). Además, le fueron iniciados los ciclos de radioterapia mientras se encontraba hospitalizada, los cuales inmediatamente mejoraron su estado de salud.

5. El 28 de julio de 2017, la **E.S.E. HUEM** dio de alta a la paciente una vez mejoró su cuadro clínico y le ordenó manejo ambulatorio por oncología médica con radioterapia y quimioterapia. El Hospital inició los ciclos de radioterapia mientras se encontraba hospitalizada, y luego de forma ambulatoria. Sin embargo, no ha iniciado el tratamiento de quimioterapia.

6. El día 8 de agosto de 2017, Natty Yeraldín Sanguino Ruiz promovió acción de tutela contra el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander en la cual solicitó se decrete medida provisional para la protección de sus derechos fundamentales. También solicitó se ordene al Instituto Departamental de Salud para que requiera al HUEM o autorice a otra entidad a efectuar todos los trámites administrativos tendientes a la realización de las quimioterapias y el tratamiento necesario, y a los futuros medicamentos que con ocasión de la enfermedad sean formulados.

7. La accionante declaró que su condición socioeconómica derivadas de la falta de empleo, su grave estado de salud y su condición de migrante y madre cabeza de familia le impiden acceder por sus propios medios al tratamiento.

B. Actuación de instancia y contestación de la acción de tutela

Repartida la acción de tutela, el Juzgado 2° Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cúcuta, mediante auto del 9 de agosto de 2017³, admitió el trámite y decidió no decretar la medida provisional por considerar que debía estudiar de fondo el caso antes de dar alguna orden a las entidades territoriales. Además, ofició al Instituto Departamental de Salud, al HUEM, al Ministerio de Salud y a la Unidad Administrativa Migración Colombia para que contestaran la acción de tutela y allegaran pruebas⁴.

Mediante autos del 15⁵ y 22⁶ de agosto de 2017, el juzgado decide integrar al

² Respuesta del Hospital Universitario Erasmo Meoz. Folio 115 del cuaderno 2, expediente principal.

³ Folio 17 del cuaderno 1.

⁴ Folio 17 del cuaderno 1.

⁵ Folio 29 del cuaderno 1.

⁶ Folio 48 del cuaderno 1.

contradictorio y oficiar al Ministerio de Relaciones Exteriores y al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, subcuenta ECAT, y a la Registraduría Nacional del Estado Civil como entidades accionadas, para que ejerzan su derecho de defensa y contradicción.

Respuesta Hospital Universitario Erasmo Meoz⁷

En escrito del 15 de agosto de 2017, el hospital solicitó su desvinculación de la presente acción de tutela al considerar que sí brindó la atención inicial de urgencias y la atención inicial de la patología que la paciente requería, consistente en la detención del sangrado, toma de biopsia por ginecología, confirmación del diagnóstico de carcinoma de cérvix e inicio de las quimioterapias y radioterapias, entre otros. Señaló que debido a que su tratamiento es prolongado y ambulatorio, y a que la paciente se encontraba estable sin criterios de hospitalización, dio orden de egreso el 28 de julio de 2017 con la prescripción de continuar quimioterapia y radioterapia ambulatoria, y le entregó orden de las terapias para la gestión de autorización de servicios frente a la entidad responsable de asumir dichos costos.

Señaló que los protocolos de manejo de este tipo de patologías establecen que los ciclos de quimioterapia, por sí solos, no son motivos suficientes para dejar a una paciente hospitalizada, ya que por estar inmunosuprimida podría estar expuesta a más riesgos en su salud en un ambiente intrahospitalario.

Adujo que, debido a su nacionalidad venezolana, los servicios se prestaron con cargo al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander con fundamento en el Decreto 866 de 2017 del Ministerio de Salud. Agregó que los servicios a pacientes ambulatorios deben ser autorizados por la entidad responsable de asumir los costos de salud de pacientes venezolanos, ya sea el ente territorial o la entidad a la que logre afiliarse. Por esta razón, estableció que no puede autorizar servicios ni asumir situaciones presupuestales que sean competencia del asegurador pues estaría incurriendo en el delito de peculado.

Además, le recomendó a la demandante que regule su situación de permanencia en Colombia y adelante los trámites para obtener su Permiso Especial de Permanencia –PEP- el cual le permitirá afiliarse al sistema de seguridad social y acceder a los servicios de salud que requiere. Pero si en el entretanto llegare a requerir atención, será el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander el encargado de autorizar dichos servicios.

Respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores⁸

En escrito del 22 de agosto de 2017, la Cancillería solicitó su desvinculación de la presente acción porque las pretensiones de la demanda no pueden ser satisfechas por el ministerio, y porque la entidad no ha vulnerado los derechos de la actora.

⁷ Folios 32 a 44 del cuaderno 1.

⁸ Folios 45 al 47 del cuaderno 1.

En primer lugar, estableció que el artículo 96 constitucional, modificado por el Acto Legislativo No. 1 de 2002, señala que son nacionales colombianos, por nacimiento “*los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República*”. Indica que los casos de nacionalidad por nacimiento le corresponde conocerlos a la Registraduría Nacional del Estado Civil, según lo establecido en la sentencia T-212 de 2013, en los Decretos 1260 de 1970 y 2241 de 1986 (numerales 4 y 11 del artículo 26) y en el concepto del Consejo de Estado No. 1445 del 10 de octubre de 2002, del Consejero Ponente Augusto Trejos Jaramillo.

En segundo lugar, señaló que la Circular No. 052 del 29 de marzo de 2017 de la Registraduría Nacional del Estado Civil reguló los lineamientos para realizar la inscripción en el Registro Civil de Nacimiento de una persona nacida en el extranjero hijo de padre o madre colombiano. En el evento de registros extemporáneos, señaló que la norma aplicable es el artículo 50 de dicho decreto, regulado por el artículo 1° del Decreto 999 de 1988. Igualmente, agregó que el artículo 31 del Decreto 019 de 2012 establece que todos los actos y hechos jurídicos pueden ser inscritos en cualquier oficina del territorio nacional o en los consulados de Colombia en el exterior. Por estas razones consideró que existe falta de legitimación por pasiva en su caso.

Respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil

En escrito del 24 de agosto de 2017, la Registraduría solicitó que se nieguen las pretensiones de la accionante en razón a que, si bien la inscripción del nacimiento de la actora es viable conforme a la normativa vigente (artículos 96 C.P; 4° de la Ley 43 de 1993; 38 de la Ley 962 de 2005 y 2.2.6.1.2.3.2 del Decreto 356 del 3 de marzo de 2017; Circular 064 del 18 de mayo de 2017 y Circular 052 de 2017), no existe prueba de que se le haya negado a la accionante el registro de su nacimiento, razón por la cual le corresponde acudir primero a la oficina registral para dar inicio al trámite administrativo.

Adicionalmente, informó que si bien el Decreto 356 de 2017 autoriza la inscripción de los nacimientos ocurridos en Venezuela de los menores de siete años con padre o madre colombiano, la Registraduría no ha impedido el registro de mayores de edad, como puede leerse en la circular 064.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de única instancia

El día 23 de agosto de 2017, dicho juzgado resolvió negar el amparo al considerar que los servicios de urgencias sí fueron prestados de forma efectiva, pero para acceder a tratamientos de alto costo, como lo son las quimioterapias, la accionante debía contar con un documento válido que demostrara que ha

legalizado su permanencia en el país y que la identifique como beneficiaria del sistema de seguridad social en salud⁹.

Expediente T-6578985

El 25 de agosto de 2017, Francys Deriannys Rodríguez López, quien actúa como agente oficiosa de su hijo menor de edad Miguel Arcángel Márquez Rodríguez, promovió acción de tutela contra la Clínica Puente Barco Los Leones, ImSalud, el HUEM y el IDS, por considerar vulnerados los derechos a la salud y vida digna de su hijo, en tanto dichas entidades se han negado a autorizar la ‘valoración por cirugía pediátrica’ que le fue ordenada debido a las hernias inguinal y umbilical que padece. Las entidades demandadas explican que sí se brindó atención de urgencias al niño, y que las hernias no representan una urgencia vital que requieran atención inmediata. Para fundamentar la demanda relató los siguientes:

A. Hechos

1. La señora Francys Deriannys Rodríguez López, quien actúa como agente oficiosa de su hijo menor de edad Miguel Arcángel Márquez Rodríguez, manifestó que ella y su familia eran perseguidos por el gobierno venezolano y sus funcionarios en razón a que no tenían el denominado “carné de la patria”, razón por la cual se encontraban en condiciones socioeconómicas precarias.

2. La accionante declaró que su hijo de dos años¹⁰ tiene una “hernia escrotal gigante y otra umbilical desde su nacimiento” de las cuales no había podido ser operado antes por su corta edad. Adujo que una vez completó la edad requerida para intervenirlos quirúrgicamente, en Venezuela no accedieron a operarlo por la falta de anestesia, razón por la cual migró con urgencia hacia Cúcuta.

3. El niño ingresó por urgencias a la Clínica Puente Barco Los Leones de la E.S.E. ImSalud en Cúcuta el 31 de octubre de 2017, en compañía de su madre y personal del ICBF, debido a que presentaba molestias derivadas de las hernias, las cuales tienen comprometidos sus testículos y le impiden caminar adecuadamente y vivir la vida normal de un niño de su edad. La actora adujo que la hernia escrotal que el niño tiene entre las piernas le llega hasta las rodillas y es muy protuberante y notoria, y que la del ombligo también se le está empezando a notar.

4. Informó que el médico tratante de la Clínica señaló que necesitaba ‘Valoración prioritaria por cirugía pediátrica’, razón por la cual lo remitieron al **HUEM** en donde la atención del menor de edad fue rechazada con el argumento de que (i) no se trataba de una urgencia médica, y que (ii) el paciente no contaba con afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

⁹ Folios 65 y 66 del cuaderno 1.

¹⁰ Folio 116 del cuaderno 2.

5. Con fundamento en lo anterior, el 25 de agosto de 2017 la madre del niño interpuso acción de tutela en contra de la Clínica Puente Barco Los Leones, ImSalud, el HUEM y el Instituto Departamental de Salud, y solicitó que se ordene a la ESE HUEM autorice y practique la valoración ordenada, así como el tratamiento, los medicamentos que se le llegaren a ordenar en razón a su patología, y el traslado a otra ciudad, transporte, hospedaje y alimentación para él y un acompañante, de ser requerido.

6. La demandante declaró que vive actualmente en un albergue y que no tienen recursos para pagar un arriendo y atender los requerimientos médicos de su hijo¹¹, que han tenido que soportar la privación de alimentos y que tanto ella como su compañero se encuentran enfermos¹².

B. Actuación de instancia y contestación de la acción de tutela

Repartida la acción de tutela, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta, mediante auto del 28 de agosto de 2017¹³ (i) admitió la acción de tutela y ordenó al HUEM, como **medida provisional**, proceder a autorizar y a realizar la ‘valoración por cirugía pediátrica’ a Miguel Arcángel Márquez que había sido ordenada por el médico Carlos Marto Ponzon en la consulta por servicio de urgencias en IMSALUD. Lo anterior, con fundamento en que la misma es necesaria para garantizar el tratamiento oportuno, permanente e ininterrumpido del niño.

Adicionalmente, (ii) ofició a las entidades accionadas para que se pronunciaran sobre la demanda, y (iii) ordenó vincular a Migración Colombia, al Ministerio de Salud y Protección Social, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) y al Centro de Migración Pescadero de Cúcuta.

Respuesta del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar

En escrito del 29 de agosto de 2017, el ICBF contestó la acción de tutela y coadyuvó las pretensiones de la accionante. Solicitó que se ordene al HUEM que realice la valoración por cirugía pediátrica, con fundamento en los artículos 13, 44 y 55 de la Constitución Política y de otras disposiciones legales.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

El Director Jurídico del Ministerio de Salud solicitó se le exonere de todas las responsabilidades endilgadas mediante la presente acción. Señaló que debido a la crisis migratoria el Ministerio de Relaciones Exteriores creó el llamado ***Permiso Especial de Permanencia*** –en adelante PEP- mediante la Resolución 5797 de 2017, mecanismo de facilitación migratoria que permite a los nacionales venezolanos permanecer en Colombia de manera regular y ordenada, con el cumplimiento de determinados requisitos.

¹¹ Folio 3 del cuaderno 1.

¹² Folio 16 del cuaderno 2.

¹³ Folio 5 del cuaderno 1.

Informó que el Ministerio de Salud viene trabajando en un proyecto de resolución para incluir el PEP como documento válido de identificación en los sistemas de información del Sistema de Protección Social, y así mismo, incluir a las personas que lo porten dentro de los sistemas de información del Sistema General de Seguridad Social en Salud, -en adelante SGSSS. Expedida esta norma, las EPS podrán realizar la afiliación al SGSSS de las personas con PEP la cual quedará sujeta al marco legal vigente en cada régimen.

Además, refirió otra normativa que fundamenta la obligación del Estado de universalizar el aseguramiento al sistema y garantizar el acceso y la atención en salud a todos los habitantes del territorio nacional, como los artículos 3, 152, 156 literal b de la Ley 100 de 1993 y artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, entre otros. Así mismo, mencionó la reglamentación relativa a la obligación que tienen los municipios de garantizar la prestación del servicio a la población pobre y vulnerable no cubierta con subsidios a la demanda, (artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001).

Realizó algunas precisiones con relación a la *atención de pacientes extranjeros*. Indicó que *la atención inicial de urgencias* debe ser prestada a todas las personas de forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, servicios cuyo costo será asumido por el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA o por la EPS a la cual esté afiliada la paciente (artículo 168 de la Ley 100 de 1993; y 67 de la Ley 715 de 2001).

En conclusión, señaló que la normativa aplicable que todos los ciudadanos deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al SGSSS, como lo es el salvoconducto de permanencia. Sin embargo, advirtió que sí se brinda atención de urgencias a los pacientes extranjeros sin capacidad económica que no cuentan con afiliación.

Respuesta del Hospital Universitario Erasmo Meoz

El HUEM solicitó su desvinculación de la presente acción, en razón a que considera que cumple a cabalidad con sus objetivos misionales pues brinda asistencia médica hasta donde su capacidad técnica lo permite. Respecto de la medida provisional decretada por el juez, señaló que no le corresponde a éste autorizar la valoración del niño en razón a que el hospital es solo una IPS, y este tipo de autorizaciones son competencia de la EPS a la cual se encuentra afiliada el paciente o del ente territorial.

Agregó que las hernias del menor de edad no representan una urgencia vital de aquellas que deben ser cubiertas por el ente territorial a la población fronteriza, con cargo a la Subcuenta ECAT del FOSYGA (Decreto 866 de 2017). Agregó que, si la ESE HUEM asumiera como propios los costos de la atención prestada, por ser entidad pública incurriría en peculado con detrimento del erario público al destinar recursos a asuntos que no están dentro de su misión institucional.

Respuesta del Centro de Migraciones (CORPOSCAL)

En escrito del 30 de agosto de 2017, el Centro de Migraciones de la comunidad católica Scalabriniana (CORPOSCAL) señaló que el centro le había brindado a la accionante y a su hijo menor de edad atención de hospedaje, alimentación y aseo desde hace aproximadamente 10 días desde el momento de la notificación de esta acción. Sin embargo, adujo que no es posible prestarle atención por un término indeterminado, dado que el centro de migraciones es una casa de paso, y todos los días llegan personas en condiciones similares que solicitan alojamiento.

Respuesta de la E.S.E. ImSalud¹⁴

En escrito del 30 de agosto de 2017, la E.S.E. ImSalud solicitó ser excluida de la presente acción porque considera que carece de competencia para satisfacer las pretensiones de la demandante porque (i) es una institución prestadora de servicios de salud de baja complejidad que no tiene habilitados los servicios de pediatría, y (ii) en lo que le corresponde, no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante y de su hijo pues realizó de forma oportuna la remisión del niño al HUEM para que fuera valorado.

Señaló que mientras los municipios tienen el deber de dirigir y prestar los servicios de salud de primer nivel a través de los hospitales locales y los centros y puestos de salud (literal a del artículo 6 de la Ley 10 de 1990), los departamentos tienen el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud del segundo y el tercer nivel de atención que comprende los hospitales regionales, universitarios y especializados (literal b del artículo 6 de la Ley 10 de 1990).

Adujo que no se infiere de la normativa que exista obligación de afiliarse al sistema de salud a los extranjeros que se encuentren en el país sin que medie un vínculo laboral regido por las leyes colombianas y que, por lo tanto, los extranjeros sin contrato de trabajo y/o sin ingresos deben ser “vinculados” al sistema, según el literal b del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, mientras se amplía esa cobertura para ellos.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia¹⁵

Mediante sentencia del 4 de septiembre de 2017, el Juzgado 4 Civil del Circuito de Oralidad de Cúcuta decidió tutelar los derechos a la salud y a la vida digna del niño, y ordenó al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander programar la valoración prioritaria por cirugía pediátrica y de requerir cirugía, practicarla en caso de que el médico tratante la califique como urgencia vital¹⁶.

¹⁴ Folios 36 al 40 del cuaderno 1.

¹⁵ Folios 68 al 75 del cuaderno 1.

¹⁶ Folio 75 del cuaderno 1.

Impugnación¹⁷

El 7 de septiembre de 2017, la señora Laury Páez del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander impugnó la sentencia sin exponer las razones de su inconformidad, recurso que fue concedido el 12 de septiembre de 2017.

Sentencia de segunda instancia¹⁸

Mediante sentencia del 12 de octubre del 2017, la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta decidió revocar el fallo impugnado y en consecuencia denegar el amparo debido a que el menor de edad no se encuentra afiliado al SGSSS y no cuenta con ningún documento que valide su permanencia legal en el país, y que le permita realizar su afiliación. Así mismo, exhortó al ICBF para que brinde el acompañamiento necesario a la madre del niño durante el trámite del Permiso Especial de Permanencia (PEP en adelante), el cual le permitirá afiliarse a su hijo al Sistema de Seguridad en Salud.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

1. Mediante **auto del 2 de abril de 2018** este despacho accedió a la solicitud de copias presentada por el señor Mauricio Albarracín de la organización no gubernamental Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad DeJusticia, y decretó su expedición a costa del solicitante.

2. Mediante **auto del 12 de abril de 2018**, esta Sala de Revisión vinculó al trámite de la presente acción de tutela a la Secretaría de Salud de la Alcaldía de San José de Cúcuta, a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia y al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- (dentro del expediente T-6578193); y a la Secretaría de Salud de la Alcaldía de San José de Cúcuta, a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, al Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– y a la Registraduría Nacional del Estado Civil (dentro del expediente T-6578985), para que se pronunciaran sobre los hechos de las demandas.

Así mismo, ofició a las accionantes de los procesos para que informaran a esta Corporación sobre las actuaciones que han adelantado hasta la fecha para obtener la satisfacción de sus pretensiones y sobre su situación socioeconómica actual. También ofició a las instituciones demandadas para que se pronunciaran de fondo sobre la negativa de la prestación de servicios de salud a las peticionarias; el estado actual de registro de los pacientes ante el SGSSS, Migración Colombia, y la Registraduría Nacional del Estado Civil; y las gestiones institucionales y presupuestales que han adelantado para atender la demanda creciente de servicios de salud causada por la migración masiva de población venezolana hacia Colombia.

¹⁷ Folio 85 del cuaderno 1.

¹⁸ Folios 18 al 23 del cuaderno 2.

Mediante dicho auto se invitó también a distintas organizaciones de apoyo a migrantes existentes en Colombia (organizaciones internacionales, ONGs y organizaciones de la sociedad civil) que asisten humanitariamente a la población y sus derechos para que informaran a este despacho sobre el acompañamiento que brindan en materia de salud y sobre la atención que las autoridades de salud de Cúcuta han prestado a la población venezolana migrante con enfermedades crónicas y dolencias de salud no valoradas como ‘urgencias médicas’.

Por último, se extendió la invitación al Centro de estudios de derecho, justicia y sociedad – DeJusticia – y a la Agencia de Cooperación Internacional Alemana –GIZ – para que aportaran la información que consideraran relevante para el estudio de los casos concretos.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social - ADRES¹⁹ (antiguo FOSYGA)

En respuesta del 23 de abril de 2018, la Oficina Asesora Jurídica de la entidad advirtió un vacío existente en la normativa en materia de salud, el cual no permite tratar a los *migrantes irregulares no asegurados en situación de pobreza* dentro de la categoría “población pobre no asegurada”.

Respecto a la atención en salud de esta población, refirió el **Concepto 2-2012-013619 de 2012 de la Superintendencia Nacional de Salud** el cual señala que la población pobre no asegurada, mientras logra ser beneficiaria del régimen subsidiado, tiene derecho a la prestación de servicios de salud.

Por eso, sugiere al juez constitucional ser desvinculada del trámite de estas tutelas y valorar la posibilidad de que los accionantes puedan ser tratados como ‘**población pobre no asegurada**’ para efectos de que “su atención sea asumida como tal con subsidios a la demanda con cargo a los recursos de la oferta de la respectiva entidad territorial donde tenga lugar la prestación del servicio de salud, conforme a lo previsto en los artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001”. Así, considera que en las personas de los casos objeto de estudio podrían ser calificadas dentro de dicha categoría, por lo que el costo de su atención debería ser asumido por la entidad territorial.

Agregó que la ADRES se abstiene de promover el incidente de nulidad por falta de notificación en las dos acciones de tutela de la referencia, sin que ello signifique la aceptación de algún tipo de responsabilidad en las vulneraciones de derechos fundamentales alegadas, pues de no financiarse este tipo de servicios de salud con cargo a las entidades territoriales se pone en riesgo los recursos de la entidad. Con fundamento en lo anterior, solicitó a la Corte modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del SGSSS con las

¹⁹ Folios 74 al 77 del cuaderno 2, expediente principal.

cargas que se impongan a las entidades a las que se les compruebe la vulneración de los derechos invocados.

Ministerio de Relaciones Exteriores²⁰

En escrito del 23 de abril de 2018, la Oficina Jurídica de la Cancillería alegó la falta de legitimación por pasiva de la entidad debido a que la prestación de servicios de salud, objeto de las acciones de la referencia, se escapa de las competencias atribuidas a ese Ministerio. Para ello, (i) reiteró las funciones atribuidas al Ministerio de Relaciones Exteriores, las cuales están contenidas en el artículo 4 del Decreto 869 de 2016 y en el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, y (ii) recordó que la función de control de ciudadanos es propia de Migración Colombia, la cual según el Decreto 40662 de 2011 cuenta con personería jurídica y patrimonio autónomo.

Adicional a este escrito, el Director para el Desarrollo y la Integración Fronteriza de la Cancillería presentó un memorando²¹ en respuesta a la pregunta sobre *qué medidas se han implementado hasta la fecha para hacer frente a las nuevas necesidades de atención en salud derivadas de la crisis migratoria*. Indicó que desde el 2015 se han generado espacios de coordinación interinstitucional con el sector salud, inicialmente a través de reuniones con la *Mesa Sectorial de articulación*, liderada por las autoridades locales de cada región (10 reuniones). Posteriormente, por medio de reuniones semanales desde el *Puesto de Mando Unificado* en las ciudades de Cúcuta y Riohacha (35 reuniones).

Por último, agregó que en coordinación con el Gabinete de Frontera Venezuela, instancia de la Presidencia de la República, han avanzado en acercamientos y diálogos con países cooperantes y agencias de cooperación internacional para implementar actividades que permitan fortalecer el cerco epidemiológico e instalar puestos de vacunación en los pasos fronterizos. Igualmente, informó que se han generado espacios entre el Ministerio de Salud y organismos de cooperación para la implementación de diferentes acciones.

Registraduría Nacional del Estado Civil²²

Mediante escrito del 24 de abril 2018, el Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad indicó que la entidad ha sido diligente y ha comunicado a la accionante y a la Registraduría Especial de Cúcuta, desde el 23 de agosto de 2017, la regulación que rige la inscripción extemporánea de nacimientos de colombianos en el exterior y el trámite que debe seguir. Así mismo, señaló que le informó que la **Circular 064 del 185 de mayo de 2017²³** prorrogó las medidas excepcionales para garantizar la inscripción de estos nacimientos en los casos en los y las interesadas no cuenten con el requisito de registro civil extranjero apostillado.

²⁰ Folios 86 al 90 del cuaderno 2, expediente principal.

²¹ Folios 99 y 100 del cuaderno 2, expediente principal.

²² Folios 108 al 111 del cuaderno 2, expediente principal.

²³ La **Circular 145 del 17 de noviembre de 2017** amplió a su vez el termino de vigencia de la Circular 064.

Señaló que consultado el Sistema de Información de Registro Civil (SIRC) no se encontraron datos de registro civil de nacimiento de la accionante, lo que evidencia que ésta no ha realizado solicitud alguna ante la entidad.

Hospital Universitario Erasmo Meoz²⁴

En escrito del 20 de abril de 2018, el Subgerente de servicios de salud del Hospital manifestó que no ha negado los servicios de urgencias de los pacientes respecto de los cuales se interpusieron las tutelas de la referencia. Procedió a relacionar cada uno de los servicios prestados a Miguel Arcángel y la señora Natty Yeraldín y las ordenes de servicios entregadas a los pacientes. Así mismo, anexa resumen de la historia clínica de ambos pacientes como fue requerido por esta Corporación.

Agregó que mientras se logra la afiliación de los interesados, la responsabilidad de generar autorizaciones de servicios de salud corresponde al Instituto Departamental de Salud, razón por la cual considera que el Hospital no ha incumplido con sus obligaciones dentro del SGSSS.

Ministerio del Interior²⁵

En escrito del 20 de abril de 2018, la oficina jurídica de la entidad precisó cuáles son sus funciones, de acuerdo al Decreto Ley 2893 de 2011, entre las cuales señaló que se encuentra encargado de “Formular y hacer seguimiento de la política de atención a la población en situación de vulnerabilidad, para la materialización de sus derechos (...) en coordinación con las demás entidades competentes del Estado”. Agregó que carece de competencia para la prestación del servicio de salud, razón por la cual no puede endilgársele responsabilidad en estos casos.

Asociación de Migrantes de Venezuela –Asovenezuela²⁶

En escrito del 23 de abril de 2018, la organización señaló que el trato del migrante en materia de salud, no ha sido equitativo con el resto de los habitantes del territorio nacional, y agregó que no puede haber integración sin acceso equitativo a los servicios públicos.

Indicó que existe una desinformación de los prestadores de servicios de salud los cuales constantemente asimilan irregularidad migratoria con *ilegalidad*, pese a que la ilegalidad necesariamente hace referencia a una figura que enfrenta la ley. Además, agregó que los mismos no se encuentran familiarizados con la documentación que puede tener una persona extranjera o un migrante (PEP, visa, salvoconducto de refugiado, entre otros), lo cual ha

²⁴ Folios 115 al 123 del cuaderno 2, expediente principal.

²⁵ Folios 124 al 125 del cuaderno 2, expediente principal.

²⁶ Organización cuyo objetivo es impulsar la efectiva inserción y el desarrollo del migrante venezolano en la sociedad colombiana y en el mundo, para lo cual brinda servicios de asistencia legal; promoción de emprendimientos comerciales venezolanos; y sirve como punto de encuentro cultural y recreativo de los migrantes.

resultado en negativas para la prestación del servicio, incluso en los casos que existe el derecho a la atención integral.

Por último, explicó que gracias a la información recabada de los migrantes pobres que acuden al centro, se verificó que, además, existe alta complejidad administrativa para la recuperación de cadáveres por impago de deudas en los centros hospitalarios, y para que se autorice la salida de los migrantes que han sido atendidos en algunos centros de salud por la misma razón²⁷.

Ministerio de Salud y Protección Social

En respuesta del 23 de marzo de 2018, la Directora Jurídica dio respuesta al cuestionario formulado por este despacho. En primer lugar, ante la pregunta de *cómo se han atendido las necesidades en salud de los migrantes que van más allá de la atención inicial de urgencias*, señaló que la atención en salud de los nacionales venezolanos migrantes cuyo estatus migratorio está regularizado, incluyendo a personas que hayan obtenido el PEP, se garantiza, previo trámite de afiliación, al régimen contributivo o subsidiado del SGSSS.

Indicó que para aquellos que se encuentran de paso y/o no han regularizado su estatus migratorio, el SGSSS no ha previsto una cobertura especial más allá de la atención de urgencias y de las acciones colectivas de salud. Por esta razón, dijo que al momento de ingresar deberán contar con una póliza de salud que permita la cobertura de cualquier contingencia, de lo contrario la prestación del servicio debe ser sufragada con sus recursos propios.

Adicional a lo anterior, aclaró que la atención de urgencias es más comprehensiva de la atención inicial de urgencias. Mientras que la segunda solo llega a estabilizar signos vitales²⁸, la atención de urgencias *“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”*²⁹. Sobre el particular, el Ministerio señaló explícitamente:

“Tratándose de la atención de urgencias, con la expedición del Decreto 866 de 2017 se reguló una fuente de recursos complementaria, del orden nacional, la cual se fundamenta en los principios de subsidiariedad y concurrencia, que el legislador estableció en el artículo 57 de la Ley 1815 de 2016, sin perjuicio de las competencias propias de las entidades territoriales, en materia de financiación de la atención en salud”

En segundo lugar, en respuesta a la pregunta sobre *cuál es el procedimiento que deben seguir las IPS para obtener el pago de los servicios prestados a los migrantes fronterizos que no hacen parte del régimen subsidiado y no cuentan*

²⁷ Folios 126 al 138 del cuaderno 2, expediente principal.

²⁸ Sentencia C-313 de 2014, considerando 5.2.14.3, de acuerdo con el Decreto 412 de 1992.

²⁹ Artículo 8 numeral 5 de la Resolución 5269 de 2017 del Ministerio de Salud.

con capacidad de pago, señaló que, de acuerdo con los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, las entidades territoriales tienen la función de materializar la garantía de atención en salud a las personas residentes en su jurisdicción en lo “*no cubierto con subsidios a la demanda*”. Señaló que estas responsabilidades de los entes territoriales en casos en los que los extranjeros no residentes no tienen recursos para sufragar su atención en salud fueron reiteradas en sede constitucional en la reciente **sentencia T-705 de 2017**.

Señaló que el pago de las atenciones de urgencias se realiza, en primer lugar, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones –SGP, del rubro correspondiente a ‘subsidio a la oferta/Eventos NO-Plan de Beneficios’, y complementariamente, con recursos del orden nacional regulados con el Decreto 866 de 2017.

Finalmente, explicó en detalle cómo se realiza el procedimiento para el cobro de dichos servicios prestados. Indicó que luego de que las ESEs reportan los Registros Individuales de Prestación de Servicios –RIPS ante el Sistema Integral de Protección Social –SISPRO del Ministerio, éste último asigna a la entidad territorial mediante resolución, y **según disponibilidad de recursos**, los dineros públicos regulados mediante el Decreto 866 de 2017. Lo anterior, de manera proporcional al histórico de nacionales de países fronterizos atendidos y reportados al SISPRO. Posteriormente, las entidades territoriales reciben las cuentas presentadas por las ESEs; realizan la auditoría de las mismas y proceden a reconocer y a pagar a las ESEs y a las Entidades Operadoras de servicios de salud (artículo 2.5.3.8.3.1.1) dichas atenciones de urgencias, con los recursos que les fueron asignados. Por último, las entidades territoriales presentan a la oficina de Gestión Territorial, Emergencias y Desastres del Ministerio, los informes de seguimiento a la ejecución de los recursos asignados.

En tercer lugar, al abordar la pregunta sobre *qué gestiones se han adelantado para afiliar al régimen subsidiado a los migrantes venezolanos pobres que no cuentan con capacidad de pago*, recordó que para la afiliación al SGSSS se requiere, en primer lugar, contar con un documento de identificación válido en Colombia, es decir, se requiere que los migrantes hayan regularizado su estatus migratorio.

Ante la pregunta de *cómo están financiado los entes territoriales las atenciones en salud de enfermedades crónicas, tratamientos o procedimientos que van más allá de la atención inicial de urgencias*, el Ministerio señaló que las facturas por atenciones en salud a inmigrantes en situación irregular se presentan a las entidades territoriales en las que ocurren dichas atenciones, aunque informan que no tienen evidencia de que éstas se hubieren pagado.

Acerca de los *límites que existen para la prestación de servicios de salud a la población migrante*, señaló que como indicó, existen los límites ya señalados para los extranjeros no residentes en el territorio nacional. Pese a los límites que puedan existir, señaló que mediante **Circular 025 de 2017**, la cual fue

expedida para fortalecer las acciones en salud pública para responder a la situación de migración proveniente de Venezuela.

Por último, con relación a *las medidas que han implementado para hacer frente a los crecientes costos en salud causados por la migración de población venezolana hacia Colombia*, relacionó la expedición de varias normas. Así mismo, informó que se han realizado acciones de asistencia técnica, capacitación y coordinación sectorial e intersectorial para monitorear el fenómeno migratorio en los territorios más afectados, así como gestiones para la consecución de apoyo y cooperación de la comunidad internacional.

Centro de Estudios Derecho, Justicia y Sociedad -DeJusticia³⁰

Mediante escrito del 25 de abril de 2018, DeJusticia solicitó a este despacho una ampliación del término para intervenir de forma completa dentro del proceso de la referencia. Sin embargo, en escrito preliminar, sostuvo que 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 presentar este argumento, la organización dividió su intervención en seis partes, así:

(i) Los migrantes tienen los mismos derechos que los nacionales colombianos. Indicó que, según la Constitución, los migrantes tiene los mismos derechos que los nacionales y recibirán el mismo trato de las autoridades independientemente de su origen nacional (artículos 13 y 100). En igual sentido, tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y observaciones generales del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales han establecido que los migrantes tienen iguales derechos que los nacionales del país que habitan, y no serán sujeto de discriminación en razón a su nacionalidad o estatus migratorio.

(ii) El derecho a la salud de los migrantes y las obligaciones mínimas del Estado colombiano. En este punto, adujo que la Declaración sobre las Obligaciones de los Estados con respecto a los Refugiados y los Migrantes en virtud del PIDESC, 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 encuentran bajo el control efectivo del Estado, sin excepción*”.

Así mismo, señaló que numerosos instrumentos internacionales reconocen que todos los migrantes, independientemente de su estatus, tienen derecho a recibir **atención médica básica**. La organización sostuvo que:

³⁰ La segunda intervención (versión completa) presentada por la organización no ha sido sintetizada en este acápite debido a su presentación extemporánea.

“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 Estado (Comité DESC Observación General No. 14 – Párrafo 34), 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 partes”

Frente a los **recursos limitados** que se invocan como la principal barrera para garantizar los DESC por los Estados, agregó que se ha demostrado que brindar atención primaria y atender a la población de forma preventiva es costo efectivo y se justifica desde una perspectiva de salud pública. Además, recordó que el Comité DESC señaló que *“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”*³¹.

Indicó que en esa misma declaración, el Comité 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”*.

(iii) *Situación del derecho a la salud en Venezuela.* DeJusticia argumentó que es importante que la Corte considere en su decisión el perfil de los migrantes que están llegando al país, los cuales en su mayoría (87%) se encuentran en situación de pobreza. Además, que tenga en cuenta que en el país vecino existe hasta un 90% de escasez de medicinas e insumos médicos a nivel nacional, y que hay un colapso de la infraestructura hospitalaria. Por esto, argumentó que frente al deterioro de la salud en el vecino país, se debe activar el principio de solidaridad contenido en el artículo 95 de la Constitución, impuesto a toda persona solo por pertenecer a un conglomerado social.

(iv) *Protección reforzada del derecho a la salud de niños y niñas migrantes y migrantes con enfermedades terminales y crónicas.* DeJusticia aseguró que, en el caso de los niños, quienes son sujetos de especial protección cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás (artículo 44), esta atención debe extenderse a todos los servicios médicos que sean necesarios para garantizar el máximo nivel de bienestar físico, mental y social, tal como lo establece el derecho internacional de los derechos humanos. De otra parte, la misma Constitución establece que las personas con enfermedades terminales y crónicas debido a su grave situación de salud se encuentran en una situación de debilidad manifiesta y está en riesgo su vida e integridad personal (artículo 11 de la Constitución).

³¹ Observación General núm. 3 (1990) (párr..10)

(v) *La regularización como una barrera de acceso al derecho a la salud de los migrantes.* Sobre este punto, sostuvo que una de las grandes barreras de los migrantes es su acceso a las rutas de regularización en Colombia, las cuales a su vez les permiten acceder al SGSSS. Señaló que las posibilidades de acceder a la regularización dependen del tipo de migración, de los recursos económicos con los que cuentan los migrantes y de las barreras institucionales y económicas que presentan en ambos países. En Venezuela, los documentos oficiales, como pasaportes o documentos apostillados son difíciles de obtener por los migrantes, no solo por sus costos inasequibles para una persona en situación de pobreza, sino por el deterioro institucional al que se enfrenta el país.

Aseguró que estas exigencias constituyen una carga desproporcionada para acceder al derecho a la salud, y van 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 obligadas a padecer enfermedades para las que existe tratamiento (artículos 6 y 10 de la Ley 1751 de 2015). Estas cargas pueden llevar a consecuencias inconstitucionales al violar el derecho a la vida digna (artículos 1 y 11 C.P).

(vi) *Los casos concretos.* Finalmente, solicitó que en ambos casos se proteja el derecho a la salud de los accionantes, ordenándose las prestaciones y procedimientos médicos que requieren. Además, con relación a la situación general, solicitó que se 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 los sujetos de especial protección, tales como niños y niñas migrantes, así como los migrantes con enfermedades terminales y crónicas, a los cuales se les deberá garantizar el máximo nivel de bienestar físico, mental y social.

Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

En escrito del 30 de abril de 2018, la entidad manifestó que ha garantizado la atención inicial de urgencias a la población venezolana a través de la red pública del departamento y con los recursos destinados a la población pobre no asegurada en los niveles 1 y 2, de conformidad con las directrices establecidas en el Decreto 780 de 2016, no sólo a población venezolana sino a los nacionales de países fronterizos. Agregó que en cuanto al giro de recursos aplican lo dispuesto en el artículo 2.9.2.6.1. del Decreto 866 de 2017³².

Señaló que una vez se supera esta etapa, los usuarios, en caso de requerir servicios adicionales, acuden a la acción de tutela para obtener la respectiva prestación, pues mientras no se afilien al régimen subsidiado no cuentan con la continuidad en la prestación del servicio.

Refirió que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander, ha garantizado la atención en salud a la población venezolana con base en lo

³² “(...) en cuanto al giro de recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de los países fronterizos (...)”

dispuesto en la Resolución N° 3673 del 2 de octubre de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, cuyo valor asciende a la suma de \$2.314.542.642 pesos.

Por último, sostuvo que *“las autoridades del nivel nacional, como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como el Ministerio de Salud y la Protección Social, deben tomar medidas claras y pertinentes a fin de destinar los recursos necesarios para la atención de la población venezolana”*. Concluyó advirtiendo a esta Corte que día a día este fenómeno aumenta y que a la fecha el Departamento está desbordado frente a la prestación de servicios de salud, sin que haya solución que mitigue el impacto de las migraciones.

Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES– y FUNDACOLVEN³³

Mediante escrito del 26 de abril de 2018, estas organizaciones presentaron intervención conjunta en la que advirtieron acerca de (i) las barreras que padecen los migrantes venezolanos para la garantía de su derecho a la salud, y (ii) los problemas de documentación y regularización, que constituyen barrera de entrada al SGSSS, y por ende una limitación para acceder a la prestación del servicio, más allá de las urgencias médicas.

Señaló que *“hasta el 2 de abril de 2018, había aproximadamente 1.300.000 venezolanos en territorio colombiano, según Migración Colombia, de los cuales entre el 60-70% estaban en situación migratoria irregular”*.

Así mismo, ante las 1.057 solicitudes de refugio que se han presentado en Colombia durante 2014 y 2017³⁴, las organizaciones advirtieron que la crisis humanitaria de Venezuela supone la obligación del Estado colombiano de realizar un rediseño y ajuste normativo del sistema de refugio que responda a estándares internacionales.

Desde febrero de 2018, la Presidencia ha tomado decisiones estrictas que cambian el panorama de los migrantes y refugiados: aumentó el pie de fuerza en la frontera; reguló el registro administrativo (Decreto 542 del 21 de marzo de 2018); suspendió la emisión de la tarjeta migratoria fronteriza; limitó la ampliación del PEP; conformó el Grupo Especial Migratorio (GEM); e incrementó las acciones de verificación de la situación migratoria. Informó que actualmente se realizan procedimientos de verificación y operativos en parques y centros comerciales que derivan en la sanción, deportación y expulsión. Aducen que dichas medidas coadyuvan a que el éxodo masivo de la población migrante ingrese por pasos fronterizos irregulares y permanezca en el país en situación migratoria irregular, lo cual perpetua la vulneración de sus derechos.

³³ Es una fundación de ciudadanos colombo-venezolanos que asiste humanitariamente a la población migrante y hace parte de las ‘Mesas Técnicas Venezuela’ integradas por otras ONGs y organismos internacionales con las cuales integran esfuerzos en diferentes áreas.

³⁴ Posiblemente el interviniente se refería al periodo 2014-2017, y no a esos dos años de forma exclusiva.

(i) *Barreras para el acceso a la salud.* Los intervinientes refirieron algunas disposiciones de las Leyes 100 de 1993, 715 de 2001, 1751 de 2015 y Decreto 780 de 2016 para reiterar el derecho de los migrantes irregulares a recibir atención de urgencias. Así mismo, recordó las reglas jurisprudenciales relativas a los derechos de los extranjeros que residen en territorio colombiano, desarrolladas por la sentencia C-834 de 2007.

Así mismo, mencionó la reciente **sentencia SU-677 de 2017** en la cual se destacó que el derecho a la vida es la base para ejercer los demás derechos reconocidos en nuestro ordenamiento, razón por la cual el Estado debe adoptar las medidas que permitan a las personas vivir en condiciones dignas. Así mismo, destacó que en la **sentencia T-860 de 1999**, reiterada en la T-675 de 2011, la Corte indicó que la muerte no es la única circunstancia contraria al derecho fundamental a la vida, sino todo aquello que la haga insoportable e indeseable.

(ii) *Barreras para acceder a la documentación y regularización.* Sobre este punto indicó que debido a que se suspendió la expedición de la **Tarjeta Migratoria Fronteriza**, quienes no lograron acceder a ella encuentran límites para realizar migración de carácter pendular y acceder a víveres y medicinas, en zona transfronteriza. De otra parte, aduce que, si bien Colombia cuenta con múltiples **visas**, no se trata de visas de carácter humanitario o visas complementarias de protección, situación que se traduce en que los costos de las visas son inalcanzables debido a la devaluación de la moneda venezolana. En la práctica, resulta casi imposible acceder a las mismas. Con relación al **PEP**, señaló que el mismo opera como un mecanismo temporal para acceder a Colombia de forma regular, sin embargo, este mecanismo está condicionado, pues solo es posible acceder a éste cuando las personas ingresaron antes del 2 de febrero de 2018.

Advirtieron que, dado que actualmente el gobierno determinó que para ingresar al país los venezolanos necesitan su pasaporte, no se cuentan con instrumentos administrativos efectivos ni visas que faciliten la entrada y permanencia de migrantes por la vía regular en Colombia.

(iii) *Derechos fundamentales de niños y niñas: derecho a la nacionalidad y riesgo de apátrida.* Sobre este punto, si bien no se relaciona directamente con los casos objeto de estudio, señalaron que los niños y niñas nacidos en territorio colombiano, hijos de extranjeros en situación migratoria irregular o que no cuenten con visa de domicilio, son registrados y reciben el registro civil de nacimiento como documento de identidad, sin adquisición de la nacionalidad colombiana.

Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos—PROVEA³⁵ y la Coalición de Organizaciones por el Derecho a la Salud y la Vida –CodeVida³⁶.

³⁵ PROVEA es una organización de derechos humanos venezolana creada en 1988, con larga experiencia en la investigación, el acompañamiento y la defensa de víctimas de violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en Venezuela.

Mediante escrito del 26 de abril de 2018, las organizaciones PROVEA y CodeVida intervinieron para coadyuvar las acciones de tutela de la referencia y solicitar a la Corte que, ante las graves, masivas y sistemáticas violaciones del derecho a la salud en Venezuela, ordene que se brinde atención médica a los accionantes por motivos humanitarios, con base en el cumplimiento de obligaciones internacionales con la protección del derecho a la salud y reducir al mínimo los riesgos de daño a la integridad física y mental de las personas, y usando el máximo de los medios y los recursos disponibles de asistencia y cooperación internacional. Lo anterior, con base en los datos que demuestran que la asistencia sanitaria internacional representa para estas personas la única oportunidad de salvarse ante el peligro inminente de perder sus vidas en Venezuela.

Así mismo, adjuntaron *‘Informe sobre graves, masivas y sistemáticas violaciones del derecho a la salud en Venezuela como resultado de una emergencia humanitaria compleja. Abril 2018’* elaborado por ambas organizaciones. En este informe, se documentó a esta Corte acerca del estado de desestructuración y destrucción del sistema sanitario venezolano como producto de una emergencia humanitaria compleja en la que se violan de forma sistemática y generalizada múltiples derechos humanos, incluyendo el derecho a la salud. Se denunció que *“300.000 personas que requieren medicinas y tratamientos de alto costo y otr[o]s 4 millones con condiciones crónicas de todas las edades se encuentran privadas de medicinas y tratamientos desde el año 2017, debido a la suspensión de programas de suministro y unidades de atención públicos y a una escasez que supera 90% en todas las farmacias del país. Las personas en condiciones crónicas han estado falleciendo sin acceso a tratamientos por más de 1 año”*.

Señaló que la tasa de mortalidad por la crisis de salud se ha disparado de forma exorbitante y alarmante por la (i) falta de diálisis y rechazo de órganos, (ii) falta de tratamiento profiláctico en casos de hemofilia, (iii) falta de medicamentos y equipos para tratar el cáncer, (iv) falta de marcapasos para personas con hipertensión, (v) falta de medicamentos para atender el paludismo y la malaria, (vi) falta de medicamentos para atender el VIH y de kits de bioseguridad para prevenir la transmisión del VIH a los recién nacidos, (vii) falta de atención especializada y precariedad en general para atender los servicios materno infantiles, entre muchas otras causas.

Finalmente, solicitó a la Corte que se autorice a los accionantes de ambos casos los servicios de salud que requieren de urgencia por motivos humanitarios, y que use para ello *el máximo de los recursos disponibles de asistencia y cooperación internacional*.

³⁶ CodeVida, creada en el año 2003, agrupa a organizaciones de personas con condiciones crónicas, siendo fundadoras Amigos Trasplantados de Venezuela (ATV), Acción Solidaria en VIH/SIDA (AcSol), Asociación Venezolana de Amigos con Linfoma (AVAL), Asociación Venezolana para la Hemofilia (AVH), Asociación Civil Senos Ayuda, Fundación de Lucha contra el Cáncer de Mama (FUNCAMAMA) y la Asociación Venezolana de Drepanocitosis y Talasemias. Durante los últimos años, Codevida ha llevado a cabo una intensa labor en defensa del derecho a la salud de 300.000 personas trasplantadas, con cáncer, linfoma, hemofilia, VIH y otras condiciones de salud, privadas de medicinas, tratamientos y acceso a servicios de salud en Venezuela.

Alcaldía de San José de Cúcuta

En escrito del 24 de abril de 2018, la entidad señaló que revisada la base de datos única de afiliados al SGSSS se constató que los accionantes no se encuentran afiliados a ninguna entidad de salud del régimen subsidiado. Agregó que para que puedan ser afiliados al sistema deberán contar con un documento de identidad válido, por lo que, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en Colombia, no puede presentar el pasaporte como documento en la medida en que la ley consagra la obligación de regularizar su situación a través de salvoconducto de permanencia.

Por último, indicó que solo en casos excepcionales y, en cumplimiento de fallos de tutela que han concedido servicios como medida provisional, se brinda atención a personas con enfermedades crónicas que requieren atención de alta complejidad; esos casos se financian con recursos del Instituto Departamental de Salud, los cuales a su vez han sido girados por el Sistema General de Participaciones.

Unidad Administrativa Especial Migración Colombia

En escrito del 23 de abril de 2018, la entidad señaló que debido a que los accionantes se encuentran en condición migratoria irregular, es necesario que, para que puedan afiliarse al SGSSS, puedan acercarse al Centro Facilitador de Servicios Migratorios más cercano de su jurisdicción. Informó que allí se les iniciará un proceso administrativo migratorio con la finalidad de regularizar su permanencia. Una vez finalizado el procedimiento, el extranjero podrá acceder a una cédula de extranjería o a una visa.

Agregó que si bien se debe prestar el servicio de urgencias a los migrantes irregulares, *“éste no lleva a que se cargue al sistema que se encuentra ya desfinanciado y sin los recursos suficientes que permitan una prestación superior o continua de los mismos, cuando el extranjero no ha hecho el mínimo esfuerzo para regularizarse y lograr acceder al sistema de salud”*.

Defensoría del Pueblo Regional Norte de Santander

En escrito del 26 de abril de 2018, la oficina regional de Norte de Santander señaló que las principales barreras para la atención en salud que presentan los migrantes son no estar afiliado a una EPS o EPSS ni poseer póliza de salud o recursos económicos para asumir los costos de los servicios que requieren.

Indicó que cuando se trata de dolencias crónicas o dolencias que requieren atención que va más allá de las urgencias médicas, la atención se ha procurado a través de acciones de tutela interpuesta por los mismos afectados o a través de la Defensoría Regional cuando el usuario lo solicita.

Agencia de Cooperación Internacional Alemana –GIZ

En escrito del 27 de abril de 2017, la organización informó que si bien cumple funciones respecto de la población desplazada por el conflicto armado en Colombia, en la actualidad no tiene mandato de asistencia humanitaria a población migrante.

Women's Link Worldwide -WLW

En escrito del 25 de abril de 2018, esta organización aportó el informe “Mujeres al límite. El peso de la emergencia humanitaria: vulneración de derechos humanos de las mujeres en Venezuela” el cual fue producido por la Asociación Venezolana para una Educación Sexual Alternativa –AVESA, la Asociación Civil Mujeres en línea, el Centro de Justicia y Paz – CEPAZ y el Centro Hispanoamericano para la mujer – FREYA, todas organizaciones venezolanas.

Señaló que respecto del cáncer de mama y de cuello uterino existen graves deficiencias, que se suman al alto índice de mortalidad de mujeres en Venezuela por esta causa. En el caso del cáncer de cérvix, indicó que *“a 2013 se registraron 3.960 casos y 1.623 defunciones asociadas a éste”*³⁷. Lo anterior, debido a la falta de medicamentos complementarios para los tratamientos de quimioterapia.

El informe aportado por WLW denuncia que las carencias en salud y alimentación se ven exacerbadas por el alarmante aumento de la pobreza y la pobreza extrema que impacta en mayor medida a las mujeres. Indicó que las mujeres, niñas y adolescentes requieren atención diferenciada a sus necesidades y riesgos de salud, y que *“la igualdad sustantiva exige que los Estados atiendan debidamente los factores de riesgo que afectan principalmente a las mujeres”*. Por ejemplo, la igualdad en salud reproductiva requiere el acceso a pruebas de detección y tratamiento precoz del cáncer de mama y el cáncer cervicouterino.

Centro de Migraciones: Corporación Scalabrini -Corposcal

En escrito del 30 de abril de 2018, la organización señaló que se encarga de brindar alojamiento y alimentación a la población migrante venezolana, y que apoya en la orientación de acceso a los servicios de urgencias. Indicó igualmente que además del Centro de Migraciones, en doce comunidades de la ciudad albergan a un número significativo de migrantes venezolanos en condiciones muy precarias, que *“tratan de resolver las situaciones de salud con medios caseros por no poder acceder a los servicios públicos de salud”*.

Finalmente, agregó que posiblemente se abrirá un espacio de atención de urgencias con Médicos Sin Fronteras –MSF para abordar esta situación de emergencia.

Consejo Noruego para Refugiados -NRC

³⁷ Folio 153 del cuaderno 2, expediente principal.

En escrito del 3 de mayo de 2018, el director de país de la organización advirtió, en primer lugar que, para noviembre de 2017, se registró un total de 95.826 ingresos de venezolanos al país a través de un Puesto de Control Fronterizo, de los cuales, para 31 de octubre de 2017, 67.000 habían aplicado al PEP. Indicó que en todo caso la cifra de venezolanos en Colombia es mucho mayor, y que según la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR, se estima que, para noviembre de 2017, era de 660.000 personas. De acuerdo con cifras de ACNUR, el 68% de la población migrante se encuentra en un estatus migratorio irregular.

Posteriormente, refirió el aumento de casos de malaria, difteria y tuberculosis en las áreas receptoras de población y la concurrencia de otros riesgos de los migrantes como la presencia de grupos armados y grupo de ‘limpieza social’ que amenazan a la población venezolana por su presunta participación en actividades ilegales y, a las mujeres, por ejercer la prostitución.

La organización hizo referencia al marco legal internacional de protección de los refugiados, el cual no se aplica cotidianamente en Colombia; en el cual se encuentra la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967.

Finalmente, luego de relacionar las barreras de acceso de los migrantes con o sin PEP al sistema de salud, indicó que la normativa colombiana para dar respuesta a las necesidades de protección es limitada y no cumple con los estándares de accesibilidad en materia de refugio ni de regularización migratoria. Y advirtió que un análisis del acceso al derecho a la salud para los migrantes debe realizarse a partir de la efectividad de los mecanismos de protección existentes en Colombia.

Corporación de Servicio Pastoral Social de la Diócesis de Cúcuta

En escrito del 3 de mayo de 2018 y a través de su representante legal, esta organización manifestó que las barreras que enfrenta la población venezolana migrante para acceder al servicio de salud en Cúcuta, se encuentran relacionadas con el Sistema de Seguridad Social en Colombia, la “*poca tradición de recibir población migrante*”³⁸, y la ausencia de declaración de un estado de emergencia por parte del Gobierno Nacional, tal y como lo hizo en el año 2015.

Señaló que la Corporación de Servicio Pastoral Social, a través del área de atención humanitaria, ha adelantado varios proyectos para asegurar atención integral a esta población, entre ellas (i) atención a las necesidades alimentarias de la población “*retornada, deportada e inmigrante*”³⁹; (ii) orientación legal en materia migratoria; (iii) donación de medicamentos, entre otras acciones.

III. CONSIDERACIONES

³⁸ Folio 410, cuaderno principal

³⁹ *Ibíd*em

Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, los fallos proferidos dentro de las acciones de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Situación que se analiza y planteamiento de problemas jurídicos

2. Las demandantes presentaron acción de tutela contra autoridades en salud del departamento de Norte de Santander al considerar que tales entidades vulneraron sus derechos, o los de la persona que representan, a la salud, a la vida, y al mínimo vital, al negarse a prestar ciertos servicios y/o procedimientos de salud que requerían, siendo éstos: en el primer caso (T-6578193); la quimioterapia y otros medicamentos para tratar el cáncer de cuello uterino que padece la accionante, y en el segundo (T-6578985); la valoración por cirugía pediátrica y la cirugía de reparación de hernia que requiere el menor de edad representado por su madre en esta demanda.

Los jueces de única instancia, en el primer caso, y de segunda instancia, en el segundo, denegaron tales derechos porque los pacientes no se encontraban afiliados al SGSSS y no contaban con ningún documento que demostrara que habían legalizado su permanencia en el país y que, a su vez, les permitiera realizar la afiliación al sistema.

3. En esa medida, de los casos objeto de estudio surgen dos problemas jurídicos. El primer problema jurídico consiste en determinar, si ¿el Hospital Universitario Erasmo Meoz y el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander vulneraron los derechos a la igualdad, a la salud, a la vida y a la integridad física de los accionantes al negarse a autorizar y prestar los servicios médicos que éstos solicitaron?

El segundo problema jurídico consiste en definir si ¿la normativa que reglamenta la regularización del estatus migratorio y el acceso al Sistema General de Seguridad Social en Salud de los migrantes irregulares, vulnera el derecho a la igualdad de esta población?, y de hacerlo, si ¿dicha diferenciación es constitucionalmente admisible?

4. Para resolver los problemas jurídicos planteados, resulta necesario para esta Corporación abordar los siguientes temas concretos: (i) El derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional y la obligación del Estado de universalizar el aseguramiento al sistema de salud; (ii) Los derechos de los extranjeros en materia de salud y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico; (iii) El derecho a la salud de los migrantes conforme el derecho internacional y las obligaciones mínimas del Estado colombiano; (iv) El derecho a la salud de los migrantes irregulares en Colombia y las principales barreras legales para su protección efectiva; (v) La imperiosa necesidad de adoptar medidas que dinamicen el principio de solidaridad en un contexto de crisis migratoria y la

razonabilidad de la ‘atención de urgencias’ a migrantes irregulares; y finalmente (vi) el análisis de los casos concretos.

El derecho a la salud de los habitantes del territorio nacional y la obligación del Estado de universalizar el aseguramiento al sistema de salud

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

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

6. En los primeros desarrollos acerca del derecho a la salud, la Corte concluyó que éste no era un derecho fundamental autónomo sino en la medida en que se concretara en una garantía de aplicación inmediata, como cuando, en aplicación de la tesis de la conexidad, se evidenciaba que su vulneración se materializaba en una afrenta contra el derecho a la vida o la integridad personal⁴⁰.

Esto se entendió así porque, “*tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano se hacía la distinción entre derechos civiles y políticos –derechos fundamentales –, por una parte, y derechos sociales, económicos y culturales de contenido prestacional –derechos de segunda generación– para cuyo cumplimiento se requiere de una acción legislativa o administrativa. Frente a los primeros, la protección a través del mecanismo de tutela operaba de manera directa, mientras que frente a los segundos era necesario que el peticionario entrara a demostrar que la vulneración de ese derecho de segunda generación, conllevaba a su vez el desconocimiento de uno fundamental*”⁴¹.

Posteriormente, la jurisprudencia constitucional replanteó las reglas mencionadas y precisó el contenido y alcance del derecho a la salud y de otros derechos económicos, sociales y culturales. Así, a partir de la relación íntima que guarda este derecho con el principio de dignidad humana, la Corte sostuvo que sería ‘fundamental’ todo derecho constitucional que funcionalmente estuviera dirigido a la realización de la dignidad humana y fuera traducible en un derecho subjetivo. Para ello, sostuvo que dicho concepto de dignidad humana habría de ser apreciado en cada caso concreto, según el contexto en que se encontrara cada persona, ya que son “*las circunstancias únicas y*

⁴⁰ Sentencias T-406 de 1992 y T-571 de 1992, entre otras.

⁴¹ Sentencia T-790 de 2012, MP: Alexei Julio Estrada.

particulares que lo caracterizan, las que permiten definir si se encuentra verdaderamente vulnerado un derecho fundamental”⁴².

7. De este modo, luego de reconocer que son fundamentales (i) todos aquellos derechos respecto de los cuales hay consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todos los derechos constitucionales que funcionalmente estuvieran dirigidos a lograr la dignidad humana y fueran traducibles en derechos subjetivos, la Corte Constitucional sostuvo que el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma “*cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho*”⁴³.

8. De otra parte, el alcance y contenido del derecho a la salud también debe entenderse integrado por lo que dispone el derecho internacional de los derechos humanos en esta materia. En efecto, **el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales** ha sido considerado como la expresión más elaborada e integral sobre el derecho a la salud en el derecho internacional al señalar que “*es el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*”. A partir de esta disposición, la Observación General 14 del año 2000 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estipuló que como obligaciones básicas en relación con este derecho los Estados tienen la obligación de asegurar, como mínimo, la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud.

Como lo recordó la **sentencia T-760 de 2008**⁴⁴ de esta Corte, el concepto del ‘más alto nivel posible de salud’ tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, por lo que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar “*toda una gama de facilidades, bienes y servicios*”⁴⁵ que aseguren el más alto nivel posible de salud; entre ellos “*la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano*”⁴⁶.

Esta misma sentencia, este Tribunal recordó que el Comité impuso a los Estados algunas obligaciones inmediatas con relación al cumplimiento de los deberes que se derivan del derecho a la salud, tales como (i) garantizar su ejercicio sin discriminación alguna (artículo 2.2) y (ii) la obligación de adoptar medidas (artículo 2.1) en aras de la plena realización del artículo 12, indicando que las medidas deben ser *deliberadas y concretas*, y su finalidad debe ser “la

⁴² Sentencia T-801 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴³ Sentencia T-760 de 2008, MP: Manuel José Cepeda, en referencia a la sentencia T-859 de 2003.

⁴⁴ MP: Manuel José Cepeda Espinosa

⁴⁵ Observación General no. 14, párrafo 9.

⁴⁶ Sentencia T-760 de 2008, en referencia a la Observación General no. 14.

plena realización del derecho a la salud”. Reitera también que, de acuerdo a la Observación General no. 12, la realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período implica **la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible** hacia el objetivo de la plena realización del derecho a la salud.

Pues bien, para comprender el alcance y contenido material del derecho a la salud, es preciso hacer referencia a las leyes y normas que estructuran el Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia.

El derecho a recibir atención de urgencias

9. La normativa que regula prestación de los servicios de salud consagra la ‘atención inicial de urgencias’ obligatoria en cualquier IPS del país como una garantía fundamental de todas las personas. En este sentido, el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, reiterado por el artículo 67 de la Ley 715 de 2001⁴⁷, señala:

*“La **atención inicial de urgencias** debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud, a todas las personas, independientemente de la capacidad de pago. Su prestación no requiere contrato ni orden previa. El costo de estos servicios será pagado por el Fondo de Solidaridad y Garantía en los casos previstos en el artículo anterior, o por la Entidad Promotora de Salud al cual esté afiliado, en cualquier otro evento.*

PARÁGRAFO. Los procedimientos de cobro y pago, así como las tarifas de estos servicios serán definidos por el gobierno nacional, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

A su vez, el parágrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007⁴⁸ dispone expresamente:

*“Parágrafo. Se garantiza a todos los colombianos la **atención inicial de urgencias**. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato”.*

Finalmente, el artículo 10 literal b) de la Ley 1751 de 2015, al establecer los derechos y deberes de las personas relacionados con la prestación del servicio de salud, dispuso lo siguiente:

⁴⁷ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros

⁴⁸ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

“Las personas tienen los siguientes derechos relacionados con la prestación del servicio de salud: (...)

*b) Recibir la **atención de urgencias** que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno”.*

La normativa advierte igualmente que el incumplimiento de esta disposición será sancionado por la Superintendencia Nacional de Salud con multas, por una sola vez o sucesivas, hasta de 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) por cada multa, y en caso de reincidencia podrá conllevar hasta la pérdida o cancelación del registro o certificado de la institución⁴⁹.

El cubrimiento universal en el SGSSS

10. A partir de estos instrumentos normativos con base en los cuales se determina el contenido del derecho a la salud, el órgano político de representación popular en Colombia dispuso mediante la **Ley 100 de 1993** que el Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, y por lo tanto todas las personas tienen la posibilidad de participar en el Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁰; unos en su condición de afiliados al *régimen contributivo*, otros como afiliados al *régimen subsidiado*. Los primeros, son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Los segundos, son las personas sin capacidad de pago para cotizar al sistema; se trata de la población más pobre y vulnerable del país a quienes se les subsidia su participación en el SGSSS⁵¹.

Al lado de estos dos tipos de participantes del SGSSS, el Legislador también ha regulado la atención en salud de la *población pobre no asegurada* que no se encuentra afiliada ni al régimen contributivo ni al subsidiado, y que carece de medios de pago para sufragar los servicios de salud.

En un primer momento, la ley denominó “participantes vinculados” a aquellas personas que *“por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado”* (Artículo 157 literal B de la Ley 100 de 1993).

No obstante, a partir de la expedición de la Ley 1438 de 2011⁵² que estableció la universalización del aseguramiento, se estipuló que **“todos los residentes en el país** deberán ser afiliados del Sistema General de Seguridad Social en

⁴⁹ Artículo 20 de la Ley 1122 de 2007, por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

⁵⁰ Artículo 156 de la Ley 100 de 1993.

⁵¹ Artículo 157 de la Ley 100 de 1993.

⁵² Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones, declarada EXEQUIBLE, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-791 de 2011, por el cargo examinado.

Salud”⁵³ para lo cual el Gobierno Nacional deberá desarrollar mecanismos que garanticen dicha afiliación.

Así mismo, regló el trámite a seguir en los casos en que una persona no asegurada requiera atención en salud. En estos casos, la norma dispuso que si la persona manifiesta no tener capacidad de pago, ésta será atendida obligatoriamente, y será afiliada por la EPSS de forma preventiva al Régimen Subsidiado mediante un mecanismo simplificado. Dentro de los 8 días siguientes, la EPSS verificará si la persona es elegible para el subsidio en salud, y en caso de no serlo se procederá a cobrar los servicios prestados. Este proceso de verificación estará dado por el cumplimiento de los requisitos de afiliación al SGSSS.

Sobre esta disposición, la Corte Constitucional se pronunció en **Sentencia T-611 de 2014**⁵⁴ y estableció que la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 implicó no solo la desaparición de la figura de participantes vinculados del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, *“generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud”*. En otras palabras, después de esta norma, los entes territoriales tienen el deber de afiliar al Régimen Subsidiado a toda la población pobre que resida en su jurisdicción, y no se encuentre asegurada.

La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la **sentencia T-614 de 2014**⁵⁵ al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlo en el SISBEN. En esta ocasión, el Distrito aplicó erróneamente la extinta figura de los “participantes vinculados” y, por ende, omitió dar aplicación al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, prolongando en el tiempo la afiliación de la peticionaria y su hijo al régimen subsidiado de salud.

Al lado de la anterior normativa, la **Ley 715 de 2001** reguló las competencias de los **departamentos** en materia de la prestación del servicio de salud, y señaló concretamente que, sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, les corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el Sistema General de Seguridad Social en Salud en su jurisdicción, para lo cual, tendrá la función de:

⁵³ Artículo 32.

⁵⁴ En este caso, al analizar un caso de una joven que padecía de hipertensión pulmonar severa, a la que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá se negó a afiliar al régimen subsidiado de salud y a exonerarla de copagos por cada servicio que requería para atender su padecimiento, la Sala de Revisión concluyó que esa entidad vulneró el derecho a la salud de la accionante, al incumplir lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011. Lo anterior debido a que omitió realizar las gestiones correspondientes para afiliar a la actora al régimen subsidiado de salud, teniendo en cuenta que ya había sido calificada por el SISBÉN. (Sentencia T-611 de 2014, MP: Jorge Iván Palacio Palacio).

⁵⁵ M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“43.2.2. Financiar con los recursos propios, si lo considera pertinente, con los recursos asignados por concepto de participaciones y demás recursos cedidos, la prestación de servicios de salud a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y los servicios de salud mental”.

Esta es precisamente otra de aquellas disposiciones que precisó que es en los departamentos en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar el acceso al servicio de salud de la ‘población pobre no asegurada’ que se encuentre en su territorio.

Finalmente, en desarrollo de esta disposición, el **Concepto 2-2012-013619 de 2012 de la Superintendencia Nacional de Salud** también ha señalado que *“la población pobre no asegurada, mientras logra ser beneficiaria del régimen subsidiado, tiene derecho a la prestación de servicios de salud de manera oportuna, eficiente y con calidad mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, con recursos de subsidios a la oferta (...)”.*

Trámite de afiliación al SGSSS⁵⁶

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

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

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

⁵⁶ Acápite extraído de la sentencia SU-677 de 2017 de este despacho.

documento de identidad válido para poderse afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Por lo tanto, **si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación.**

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

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

Los derechos de los extranjeros en materia de salud y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico

13. El artículo 100 constitucional se refiere concretamente a los derechos de los extranjeros y dispone que éstos gozan de los mismos derechos civiles y garantías que se les conceden a los colombianos. En este mismo artículo el constituyente dispuso que, por razones de orden público, el ejercicio de determinados derechos civiles de los extranjeros puede ser limitado o negado. Así mismo, estableció que el goce de las garantías concedidas a los colombianos se hará “*con las limitaciones establecidas en la Constitución y en la ley*”⁵⁷. Respecto de los derechos políticos, señaló que éstos están reservados a los colombianos, aunque contempló la posibilidad de que el Legislador reconociera a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares municipales o distritales⁵⁸.

Además de estas dos disposiciones, otras cláusulas constitucionales se refieren a los derechos de los extranjeros en Colombia: el artículo 4º, por ejemplo, dispone que “*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*”; el artículo 36 constitucional establece el derecho de asilo “*en los términos previstos en la ley*”; el artículo 40 dispone que le corresponde al Legislador reglamentar en qué casos los colombianos, por nacimiento o por adopción que

⁵⁷ Artículo 13 de la C.P.

⁵⁸ Artículo 100 de la C.P.

tengan doble nacionalidad, no podrán acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; el artículo 48 establece que “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”; el artículo 49 de la Carta Política dispone, a su vez, que “la ley señalará los términos en los cuales la atención básica [en salud] para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”. De igual manera, la Carta Política en su artículo 96 establece, entre otras cosas, que son nacionales colombianos por nacimiento “los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en la Republica”.

14. Todas estas disposiciones constitucionales, así como los tratados internacionales sobre derechos humanos y los tratados multilaterales y bilaterales que sobre la materia haya ratificado el país, son fuentes que constituyen el catálogo de derechos fundamentales de los extranjeros en Colombia⁵⁹. Sin embargo, pese a que estas disposiciones y, en particular, el artículo 100 constitucional hacen un reconocimiento de los derechos y los deberes de los extranjeros, no se deduce de este último que en nuestro ordenamiento esté proscrita la posibilidad de desarrollar un tratamiento diferenciado en relación con los nacionales.

Si bien pueden hacerse distinciones, es preciso recordar que la jurisprudencia de esta Corporación también ha sido muy clara al establecer que las diferenciaciones basadas en el origen nacional, en principio, son constitucionalmente problemáticas pues se basan en un criterio sospechoso de discriminación. En otras palabras, las restricciones de los derechos de los extranjeros son inadmisibles salvo que existan suficientes razones constitucionales que las justifiquen⁶⁰. En este sentido, la Corte ha advertido:

“(...) 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 (...) 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”⁶¹.

Como se observa, la Corte ha sostenido que no toda diferenciación por el origen genera la misma tensión ni debe ser analizada con la misma intensidad; **tanto el ámbito en el que se adopta determinada regulación, como los derechos involucrados, son criterios que deben ser evaluados para determinar en qué casos una diferenciación basada en la nacionalidad es constitucionalmente inadmisibles**⁶². Es decir, el derecho a la igualdad no opera de la misma manera y con similar arraigo en todos los casos para los nacionales

⁵⁹ Sentencia C-622 de 2013, MP: Humberto Sierra Porto.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Sierra Porto.

⁶² *Ibidem*.

y los extranjeros.

Además de la anterior regla, la Corte ha fijado y reiterado otras reglas jurisprudenciales que han determinado el alcance de los derechos de los extranjeros y los criterios que deben ser evaluados al momento de efectuar diferenciaciones. En la **sentencia C-834 de 2007**⁶³, la Corte recopiló algunas de ellas al conocer de una demanda en contra de la expresión “*los colombianos*” del artículo 1° de la Ley 789 de 2002⁶⁴.

En esta oportunidad reiteró las siguientes que guardan directa relación con el caso objeto de estudio:

*“(…) (iii) 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 aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular en el país*⁶⁵; (...)

*(vii) la ley no puede restringir, en razón de la nacionalidad 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 y tienen un carácter universal*⁶⁶;

*(viii) el mismo artículo 100 de la Constitución atenúa la fuerza de la expresión “origen nacional” contenida en el artículo 13, cuando ella se aplica a las situaciones en que estén involucrados los extranjeros*⁶⁷; (...)

*(xii) 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*⁶⁸;

*(xiii) la sola existencia de un tratamiento legal diferenciado entre los trabajadores nacionales y los trabajadores extranjeros no tiene por qué reputarse inconstitucional pues la Carta Política, recogiendo el contenido que hoy se le imprime a la igualdad como valor superior, como principio y como derecho, ha contemplado la posibilidad de que se configure un tratamiento diferenciado... lo importante es, entonces, determinar si ese tratamiento diferenciado es legítimo o si está proscrito por el Texto Fundamental*⁶⁹;

*(xiv) 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*⁷⁰; (...)

⁶³ MP: Humberto Antonio Sierra Porto

⁶⁴ En esta ocasión, se adujo que la norma realizaba una discriminación entre las personas en razón de su origen, excluyendo a los extranjeros del disfrute del derecho a la seguridad social. Al resolver sobre la constitucionalidad de la norma, la Corte estimó precisamente que la alusión a los ‘*colombianos*’ no era discriminatoria, ni atentaba contra el derecho a la seguridad social de los extranjeros, entre otras razones, porque el legislador tiene la facultad de “extender progresivamente el mencionado sistema de protección social hacia los extranjeros que se encuentren en Colombia fijando condiciones de acceso y permanencia en el mismo”, debido al carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales.

⁶⁵ Sentencia T- 215 de 1996, MP: Fabio Morón Díaz.

⁶⁶ Sentencia C- 385 de 2000, MP: Antonio Barrera Carbonell

⁶⁷ Sentencia C- 768 de 1998, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁸ Sentencia C- 1259 de 2001, MP: Jaime Córdoba Triviño

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Sentencia C- 395 de 2002, MP: Jaime Araujo Rentería

(xvi) cuando el legislador establezca un trato diferente entre el extranjero y el nacional, será preciso examinar si el objeto regulado permite realizar tales distinciones, la clase de derecho que se encuentre comprometido, el carácter objetivo y razonable de la medida, la no afectación de derechos fundamentales, la no violación de normas internacionales y las particularidades del caso concreto⁷¹; y (xvii) el legislador no está impedido para instituir un determinado trato diferencial entre nacionales y extranjeros, si existen razones constitucionales legítimas que así lo justifiquen⁷² (Subrayas fuera del texto original).

15. Particularmente, con relación a las distinciones que se realizan en materia de DESC, la misma sentencia estableció que **toda persona, incluyendo a los extranjeros, tienen derecho a recibir una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana; un núcleo esencial mínimo que el Legislador no puede restringir, especialmente en materia de salud.** Señaló también que este tipo de derechos, por otra parte, tienen una zona complementaria la cual “es definida por el correspondiente órgano político de representación popular, atendiendo a la disponibilidad de recursos económicos y prioridades coyunturales”⁷³. Por eso, el Legislador, dentro de su margen de configuración normativa y actuando en cumplimiento de los tratados internacionales sobre DESC que incorporan un mandato de progresividad, puede ir ampliando la cobertura del sistema de protección social hacia los extranjeros⁷⁴.

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

16. Adicional a lo anterior, como se estableció en la **sentencia SU-677 de 2017**⁷⁵, el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una exigencia a los extranjeros de cumplir la Constitución Política y la ley, tal como lo establece el artículo 4º constitucional al disponer “*es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades*”.

Es decir, la vinculación al SGSSS de los extranjeros está sujeta, en principio, a que los mismos cumplan con los requisitos legales contemplados en las normas que regulan el trámite de afiliación al SGSSS, de la misma manera en que le

⁷¹ Sentencia C- 913 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández

⁷² Sentencia C- 070 de 2004, MP: Clara Inés Vargas Hernández

⁷³ Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ MP: Gloria Stella Ortiz Delgado

corresponde hacerlo a los nacionales.

El derecho a la salud de los migrantes conforme el derecho internacional y las obligaciones mínimas del Estado colombiano

17. Con relación al derecho a la salud de los migrantes, las reiteradas referencias al *principio de no discriminación* en el derecho internacional garantizan a los migrantes regularizados o en situación de irregularidad el derecho a la salud⁷⁶.

En desarrollo de dicho principio, la Observación General no. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000) señala que los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el derecho a la salud de todas las personas en sus facetas preventiva, paliativa y curativa, “*incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales*”⁷⁷. Así mismo, indica que deben abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado, y particularmente, “*deben abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer*”⁷⁸.

Por su parte, la reciente Declaración del Comité sobre las **Obligaciones de los Estados con respecto a los Refugiados y los Migrantes** en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2017), determina el alcance del derecho a la salud de esta población al señalar que “*el contenido mínimo esencial de cada uno de los derechos debe protegerse en todas las circunstancias, y las obligaciones que esos derechos conllevan deben hacerse extensivas a todas las personas que se encuentran bajo el control efectivo del Estado, sin excepción*”⁷⁹.

Atención médica de urgencia

18. En informe reciente de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos se denunció que “*la mayoría de los países solo ofrecen a los migrantes en situación irregular el acceso a la atención médica de urgencia*”⁸⁰. La anterior es, en principio, armónica con el derecho internacional ya que la misma **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)** concede el derecho de los trabajadores migratorios y de sus familias a la

⁷⁶ Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁷⁷ Párrafo 34 Observación General no. 14

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Declaración del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: “*Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, E/C.12/2017/1, 13 de marzo de 2017, consultado en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJbFePxX56jVyNBwivepPdlwSXxq9SW9ZbgupEHPzmS%2BHfLpdYK94RGb1E0bob1qFojYcpR4KqEtEgsUR40u8nW>

⁸⁰ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014), “Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular”, HR/PUB/14/1. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf

atención médica de urgencia pues indica expresamente que, al igual que los nacionales, deberán poder recibir “cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud” con independencia de que exista “irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo” (artículo 28).

Sin embargo, el mismo **Comité sobre los Trabajadores Migratorios** (2013) señaló que éste mismo artículo tiene la entidad de imponer obligaciones más altas a los Estados al ser leídas conjuntamente con otros instrumentos de derecho internacional⁸¹, como los mencionados anteriormente.

Por ejemplo, la misma **Observación General no. 14** (2000) del Comité señaló que una de las obligaciones básicas de los Estados es la de “adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; (...) esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados”⁸², como los migrantes venezolanos en situación irregular, en el caso de Colombia.

19. Además, es una realidad que el hecho de garantizar la atención de urgencia a los migrantes en situación irregular puede trazar nuevas problemáticas y retos para los Estados, que pueden repercutir en la salud de los mismos migrantes. Lo anterior, debido a los diferentes matices que, en cada caso concreto, puede tener el concepto de ‘urgencia’ consagrado en la legislación interna de cada país. Al final, la decisión sobre cuando una afección puede ser considerada o no urgente recae en los profesionales de la salud.

Así fue señalado por el Alto Comisionado de los Derechos Humanos, el cual advirtió que, si bien ésta práctica puede dar flexibilidad para que los médicos ofrezcan tratamiento a los migrantes, también puede generar mayor arbitrariedad, discriminación y falta de rendición de cuentas⁸³.

El **Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes** también indicó que pese a que los Estados han elaborado diferentes criterios para determinar en qué consiste la atención de la salud de urgencia, “*en ellos se omite tratar la cuestión fundamental de no supeditar la atención de la salud a*

⁸¹ Consejo Económico y Social, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación general N° 2 sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares, 28 de agosto de 2013. Recuperado de <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJbFePxX56jVyNBwivepPdlwSXxq9SW9ZbgupEHPzmS%2BHfLpdYK94RGb1E0bob1qFojYcpR4KqEtEgsUR40u8nW>

⁸² Párrafo 4. Literal f.

⁸³ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014), ‘Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular’, HR/PUB/14/1. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf

la situación de inmigración de la persona interesada”⁸⁴. Por eso, indicó que una atención de urgencia, debe brindarse no solo desde una perspectiva de derechos humanos, sino también desde una perspectiva de salud pública, razón por la cual la misma debe venir acompañada de una atención preventiva fuerte que evite riesgos sanitarios tanto para los migrantes como para la comunidad que recibe.

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

21. No obstante, de acuerdo con otros instrumentos de derecho internacional y a algunos desarrollos recientes de *soft law* sobre el contenido mínimo esencial del derecho a la salud de los migrantes, se ha establecido con fundamento en el principio de no discriminación, que (i) el derecho a la salud debe comprender la atención integral en salud en condiciones de igualdad e ir mucho más allá de la urgencia. Por eso, de contar con estándares más bajos, (ii) pese a los limitados recursos disponibles, los Estados tienen la “*obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12*”⁸⁵ del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la adopción de medidas; especialmente y con mayor rigurosidad, cuando dichos estándares atentan contra una obligación de naturaleza inmediata, como lo es la obligación de *no discriminación* en la prestación del servicio de salud⁸⁶.

El derecho a la salud de los migrantes irregulares en Colombia y las principales barreras legales para su protección efectiva

22. Además del marco legal ya mencionado que regula la forma en que se estructura el Sistema General de Seguridad Social en Salud de forma general, es preciso hacer una breve referencia tanto a las generalidades del marco legal migratorio en Colombia, como a las regulaciones especiales en materia de salud para los migrantes expedidas recientemente y a los precedentes de esta Corporación en la materia.

23. De acuerdo con lo establecido en el numeral 2° del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República dirigir las relaciones internacionales del Estado, lo que incluye la política migratoria del país. En desarrollo de lo anterior, se ha dispuesto que el Ministerio de Relaciones Exteriores sea el encargado, de formular, orientar, ejecutar y evaluar la política migratoria de Colombia y otorgar las autorizaciones de

⁸⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2014), presentado de conformidad con la resolución 68/179 de la Asamblea, 11 de agosto de 2014, consultado en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9756.pdf?view=1>

⁸⁵ Observación General no. 14, párrafos 30 y 31. Consultado en <https://www.escribido.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12>

⁸⁶ *Ibidem*.

ingreso de extranjeros al país, en coordinación con la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia⁸⁷.

24. En primer lugar, es preciso referirse a la forma en que la normativa ha entendido el concepto de ‘irregularidad’ con relación a los extranjeros. El **Decreto 1067 de 2015** establece que se considerará que un extranjero está en situación de ‘**permanencia irregular**’ en los siguientes casos: (1) cuando haya ingresado de forma irregular al país (por lugar no habilitado; por lugar habilitado, pero con evasión y omisión del control migratorio; o sin la documentación necesaria o con documentación falsa); (2) cuando habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo; (3) cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa; y (4) cuando el permiso que se le ha otorgado, haya sido cancelado por las razones que se contemplan en la ley. Un ingreso regular al país será, entonces, aquel que se haga por medio de los pasos fronterizos, y con la presentación de la debida documentación.

25. En el contexto de crisis migratoria por la que se atraviesa actualmente, desde agosto de 2016 el Gobierno Nacional ha ideado un conjunto de herramientas para facilitar la movilidad y garantizar una migración ordenada, regulada y segura en zona de frontera. En primer lugar, reguló la expedición de la **Tarjeta Migratoria de Tránsito Fronterizo** entre Colombia y Venezuela. Para obtenerla, los migrantes solo debían indicar algunos datos básicos y presentar cualquier documento que los identificara, no siendo obligatoria la presentación del pasaporte. No obstante, dicha tarjeta no les permitía afiliarse al SGSSS ni estudiar ni trabajar.

26. A partir de febrero de 2017, el Gobierno advirtió que los residentes en zona de frontera, que deseen ingresar al territorio colombiano, sin usar su pasaporte, deberían contar con la Constancia de **Pre-Registro de la Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF)**, expedida por Migración Colombia. De este modo, de no contar con la Constancia de Pre-Registro, y posteriormente la **Tarjeta de Movilidad Fronteriza (TMF)**, los extranjeros tendrían que ingresar con su pasaporte debidamente sellado por las autoridades migratorias del vecino país. La expedición de esta última estaría sujeta a la validación de la información entregada por el ciudadano extranjero al momento de realizar su inscripción.

27. Posteriormente, el Ministerio de Relaciones Exteriores creó el llamado **Permiso Especial de Permanencia –PEP-** mediante la **Resolución 5797 de 2017**, como un mecanismo de facilitación migratoria que permite a los nacionales venezolanos permanecer en Colombia hasta por dos años de manera regular y ordenada, con el cumplimiento de determinados requisitos. El PEP es un documento otorgado por Migración Colombia con el fin de autorizar la permanencia de migrantes venezolanos que se encuentren en el territorio nacional sin la intención de establecerse, razón por la cual, no equivale a una Visa, ni tiene efectos en el cómputo de tiempo para la Visa de Residencia Tipo

⁸⁷ Artículo 4 numeral 17 del Decreto 869 de 2016.

“R”⁸⁸. A diferencia de la TMF, este documento sí permite a los migrantes estudiar y trabajar en Colombia, así como afiliarse al SGSSS.

Como medida para garantizar la afiliación de los migrantes al sistema fue expedida la **Resolución 3015 de 2017**, mediante la cual el Ministerio de Salud incorporó el PEP como documento válido de identificación en los sistemas de información del Sistema de Protección Social. Además, el Departamento Nacional de Planeación –DNP realizó modificaciones internas que desde el mes de agosto de 2017 permiten aplicar la encuesta SISBEN a nacionales de otros países⁸⁹.

Sin embargo, es importante recalcar que el PEP está condicionado, pues solo es posible acceder a éste cuando las personas hayan ingresado antes del 2 de febrero de 2018⁹⁰. Además, las organizaciones de apoyo a migrantes han manifestado que el PEP no otorga estatus migratorio, es decir, *“no permite un número de identificación dentro del territorio nacional, no permite tener cédula de extranjería, no permite crear un historial de permanencia en el país para luego considerarse la figura de domicilio, además, por el desconocimiento de las instituciones estatales, en la práctica, no permite el acceso al derecho a la salud”*⁹¹.

28. De otra parte, el Ministerio de Relaciones Exteriores también tiene la posibilidad de autorizar el ingreso y permanencia de un extranjero a Colombia mediante el otorgamiento de **visas**. La normativa en materia de migración que regula lo relativo al otorgamiento de visas y el control de extranjeros ha sido modificada constantemente por el Gobierno Nacional⁹².

Recientemente, mediante la **Resolución 6047 de 2017** que entró en vigencia el 30 de octubre, el Ministerio modificó sustancialmente la clasificación de visas que existía y estableció tres tipos: (i) Visa de visitante o visa tipo ‘V’; (ii) Visa de migrante o visa tipo ‘M’, y (iii) Visa de residente o visa tipo ‘R’. La visa de migrante está dirigida a personas que deseen ingresar y/o permanecer en el territorio nacional, con la intención de establecerse, y no cumplan con las condiciones de la visa tipo ‘R’. Para la solicitud, la norma dispuso que el extranjero que la solicite debe encontrarse en alguna de las condiciones enlistadas en el artículo 17 de dicha resolución, entre las cuales se encuentran: ser cónyuge o compañero permanente de nacional colombiano; estar reconocido como refugiado en Colombia; contar con empleo fijo en el país de larga duración; o haber registrado inversión extranjera en Colombia, entre otras.

No obstante, si bien Colombia cuenta con múltiples visas, no se trata de visas de carácter humanitario o visas complementarias de protección, situación que

⁸⁸ Artículo 3 de la Resolución 740 del 5 de febrero de 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores

⁸⁹ Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social

⁹⁰ Artículo 1 de la Resolución 740 del 5 de febrero de 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores

⁹¹ Intervención de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES– y FUNDACOLVEN (Folios 141 al 150 del cuaderno 2, expediente principal).

⁹² Ver el Decretos 4000 de 2004; Decreto 834 de 2013, Decreto 941 de 2014, Decreto 1067 de 2014, Decreto 1743 de 2015 y Resolución 532 de 2015 del Ministerio de Relaciones Exteriores.

se traduce en que los costos de las visas son inalcanzables para la gran mayoría de los migrantes debido a la devaluación de la moneda venezolana⁹³.

29. Además de que no existen visas que faciliten la entrada y permanencia por la vía regular en Colombia, lo mismo ocurre con el pasaporte; documento que actualmente necesita cualquier migrante de nacionalidad venezolana para ingresar al país, desde el momento en que se dejaron de expedir las TMF. La Corte ha tenido conocimiento de que este tipo de documentos son de difícil acceso por la gran mayoría de migrantes por dos razones, principalmente:

En primer lugar, debido al grave debilitamiento institucional que se vive en dicho país, el cual somete a sus ciudadanos a múltiples barreras administrativas para su otorgamiento. Un ejemplo de ello es que las instituciones encargadas de llevar a cabo procedimientos administrativos de expedición de pasaportes o apostille, no funcionan regularmente⁹⁴.

En segundo lugar, en razón a los altos costos que los mismos tienen en el país expulsor, los cuales los hacen inaccesibles para los venezolanos que emigran, quienes, en su gran mayoría, se encuentran en situaciones de pobreza. Según Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la población en situación de pobreza en Venezuela aumentó de manera alarmante sobre todo a partir del 2015, cuando se pasó del 48% al 73% de hogares en condición de pobreza. En el 2016, alcanzó el 81,8% de hogares, de los cuales el 51,51% estaba en situación de extrema pobreza⁹⁵. Y ya *“en 2017 el 87% de los hogares en Venezuela se encontraban en condición de pobreza, de los cuales 61% estaban en pobreza extrema”*⁹⁶.

Según declaraciones de los mismos ciudadanos, un pasaporte podía llegar a costar 10 millones de bolívares. Teniendo en cuenta que un salario mínimo mensual está entre los 400.000 y 500.000 Bs. (bolívares); para adquirir un pasaporte, un ciudadano venezolano necesitaba, entonces, los salarios mínimos de más de un año⁹⁷.

Según información aportada por Dejusticia, actualmente, *“un pasaporte vale al menos Bs. 393.000, lo que equivale al 30% del salario mínimo integral y bono de alimentación. 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 exprés por un valor de Bs. 390.000, con un precio*

⁹³ Intervención de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES– y FUNDACOLVEN. Folios 141 al 150 del cuaderno 2, expediente principal.

⁹⁴ Intervención de Dejusticia (versión completa), 3 de mayo de 2018, Folio 454 del cuaderno 2, expediente principal.

⁹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), Informe *‘Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela’*, párrafo 45, 31 diciembre 2017, Consultado en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>

⁹⁶ Intervención de Dejusticia en referencia a reciente Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Folio 189 del cuaderno 2, expediente principal.

⁹⁷ Euronews (2018) *‘El éxodo venezolano busca un refugio en Cúcuta’*, 26 de marzo de 2018. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=wD53GajiXX0>

*total mínimo de Bs. 787.000 (pasaporte normal más monto por ser exprés), lo que es el 59,9 de un salario mínimo*⁹⁸.

Pese a que con el último incremento salarial en Venezuela “*el salario quedó fijado en Bs 1.000.000 y el bono alimenticio en Bs 1.555.500, para un sueldo mínimo total de Bs 2.555.500*”⁹⁹, los anteriores precios elevados deben entenderse en un contexto de hiperinflación en Venezuela, que en 2018 alcanzaría el 13.864,6%¹⁰⁰, y de volatilidad económica y política.

30. Finalmente, los migrantes tienen la vía de la **nacionalización** o naturalización para regularizar su permanencia en Colombia¹⁰¹. Conforme a lo dispuesto en el artículo 96 constitucional:

“Artículo 96. Son nacionales colombianos:

1. Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y fuego (sic) se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

2. Por adopción:

a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

b) Los Latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del Gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron, y;

c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el

⁹⁸ Intervención de Dejusticia (versión completa), 3 de mayo de 2018, Folio 455 del cuaderno 2, expediente principal.

⁹⁹ El Nacional (2018). ‘Nicolas Maduro anunció un nuevo aumento salarial’, 30 de abril de 2018. Recuperado de: http://www.el-nacional.com/noticias/economia/nicolas-maduro-anuncio-nuevo-aumento-salarial_233090

¹⁰⁰ Intervención de Dejusticia (versión completa), 3 de mayo de 2018, Folio 455 del cuaderno 2, expediente principal.

¹⁰¹ Artículo 4 de la Ley 43 de 1993.

hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley” (Subrayas fuera del texto original).

Además de las Leyes 43 de 1993 y 962 de 2005, se expidió el 3 de marzo del año pasado el **Decreto 356 de 2017**¹⁰² el cual permite realizar la inscripción extemporánea de nacimiento de los colombianos nacidos en el exterior, con la presentación del registro civil de nacimiento del país de origen, en español y apostillado o legalizado. No obstante, dos meses después fue expedida la Circular 064 del 18 de mayo de 2017, en la cual la Registraduría prorrogó la anterior medida para aquellas personas que no cuentan con el requisito de registro civil extranjero apostillado, siempre que las mismas presentaran ante las oficinas con función registral dicho documento y acudieran con dos testigos. Lo anterior, en reconocimiento de la grave crisis institucional que atraviesa Venezuela y las barreras económicas que presentaban las personas para apostillar.

En este sentido, el artículo 2.2.6.12.3.1. del decreto que regula la aplicación de esta medida excepcional para los mayores de 7 años¹⁰³ estableció que en caso de no poder acreditarse el nacimiento con dichos documentos, el interesado debe presentar ante el funcionario encargado del registro civil *“una solicitud por escrito en donde relacione nombre completo, documento de identidad si lo tuviere, fecha y lugar de nacimiento, lugar de residencia, hechos que fundamenten la extemporaneidad del registro, y demás información que se considere pertinente (...) al momento de recibir la solicitud, el solicitante deberá acudir con al menos dos (2) testigos hábiles quienes prestarán declaración bajo juramento mediante la cual manifiesten haber presenciado, asistido o tenido noticia directa y fidedigna del nacimiento del solicitante”*.

Finalmente, mediante la **Circular 145 del 17 de noviembre de 2017**, la Registraduría amplió dichas medidas excepcionales para aquellas personas que no cuenten con el registro civil de nacimiento apostillado.

No obstante, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, han advertido que en la práctica se siguen presentando barreras asociadas a la exigencia de documentación apostillada, la cual es difícil de obtener debido a la debilidad institucional en Venezuela¹⁰⁴.

31. De este modo, una interpretación sistemática de la normativa en materia de salud y del marco legal migratorio permite concluir que para que un migrante logre su afiliación al SGSSS se requiere que regularice su situación en el territorio nacional, y que cuente con un documento de identificación válido en

¹⁰² Por el cual se modifica la Sección 3 del Capítulo 12 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

¹⁰³ Intervención de la Registraduría Nacional del Estado Civil, Folio 110 del cuaderno 2, expediente principal.

¹⁰⁴ Intervención de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento –CODHES– y FUNDACOLVEN. Folios 141 al 150 del cuaderno 2, expediente principal.

Colombia. Sobre lo anterior, en casos similares donde migrantes venezolanos en situación de irregularidad han solicitado la prestación de servicios de salud, la Corte ha sido enfática en sostener 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 en el país”*¹⁰⁵.

Por ejemplo, se requiere que el mismo haya regularizado su estatus migratorio mediante el Permiso Especial de Permanencia. Pero, además, como lo dejó claro el Ministerio de Salud en su intervención, de pretender su afiliación al Régimen Subsidiado, *“se requiere que el beneficiario demuestre que se encuentra dentro de la población pobre y vulnerable, para lo cual debe aplicar la encuesta SISBEN y clasificarse en niveles 1 o 2, procedimiento para el cual, a su vez, requiere un documento válido de identificación en Colombia”*¹⁰⁶.

Una lectura en perspectiva constitucional de la normativa vigente informada por los documentos presentados a este despacho por las distintas organizaciones de apoyo a migrantes, permite a la Corte develar que: debido a la crítica situación económica y política por la que atraviesa el vecino país y a la precariedad económica en la que se encuentran la gran mayoría de sus nacionales que llegan a Colombia, el cumplimiento por parte de los migrantes venezolanos de algunos deberes que impone la legislación migratoria para lograr su regularización en Colombia y la normativa en salud para lograr la afiliación, resultan ser de difícil cumplimiento.

Lo anterior, hace improbable entonces que los municipios puedan lograr la materialización del principio de universalización del aseguramiento y, por ende, conseguir la afiliación de toda esta población al régimen subsidiado (artículo 32 de la Ley 1438 de 2011).

Por otra parte, además de presentar múltiples barreras para lograr su regularización y posterior afiliación al SGSSS, la Corte advierte que los migrantes venezolanos en situación de irregularidad no afiliados, si bien generalmente son valorados como ‘población pobre no asegurada’, solamente reciben atención de urgencias por parte del sistema, como se explicará más adelante. Esto puede deberse también a la imposibilidad jurídica y material que actualmente tienen de establecer un domicilio, incluso aquellos migrantes que cuentan con PEP, lo cual a su vez dificulta el cumplimiento de la obligación de los departamentos de financiar con los recursos propios la atención integral en salud de toda la población pobre no asegurada, incluidos los migrantes en situación de irregularidad (artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001).

32. Ahora bien, (i) pese a que en las atenciones de urgencias, como se vio, se deberán entender incluidas las acciones en salud pública que respondan a la situación de migración masiva, y a que (ii) mediante Circular 25 del 31 de julio de 2017 del Ministerio de Salud se dispuso la intensificación de la vigilancia en salud pública; la Corte tuvo conocimiento de algunos casos en los cuales se demuestra que la forma en que se implementa actualmente la modalidad de

¹⁰⁵ Sentencia T-705 de 2017, MP: José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁰⁶ Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social.

urgencias no responde de forma eficiente en la prevención de situaciones de salubridad que podrían ser evitables con intervenciones colectivas de educación para la salud por parte de las autoridades locales:

“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 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”¹⁰⁷.

33. Por esta razón, como se explicará más adelante, la Corte considera que todas las anteriores barreras y condiciones a las se enfrentan los migrantes para acceder a la prestación de servicios de salud deben ser criterio que informe la revisión de la normativa actual y la expedición de nuevas regulaciones por parte de las autoridades responsables. Lo anterior, sin embargo, no es óbice para que se reitere en esta sentencia que los extranjeros, incluidos los migrantes que se encuentran con permanencia irregular en el territorio colombiano, tienen la obligación de cumplir con los deberes que a la fecha contempla la política migratoria y por lo tanto, deben procurar regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación al sistema de salud en Colombia¹⁰⁸.

El derecho a la atención de urgencias de los migrantes en situación irregular¹⁰⁹

34. En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, las autoridades nacionales han ejecutado otras acciones tendientes a superar la referida crisis y atender las necesidades de salud sobrevinientes. En efecto, en cumplimiento del deber de solidaridad del Estado consagrado en el artículo 1º Superior, y de la garantía prevista en el literal b) del artículo 10º de la Ley 1751 de 2015, en la que establece que toda persona tiene derecho a recibir atención de urgencias sin que sea exigible un pago previo alguno, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió el **Decreto No. 866 del 27 de mayo de 2017**.

Dicha normativa sustituyó en su totalidad el Capítulo 6 del Título 2 de la Parte 9 del Libro 2º del **Decreto 780 de 2016**, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en lo relacionado con el giro de recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de los países fronterizos. Este decreto reguló una fuente complementaria de recursos que el Legislador ya había establecido desde el artículo 57 de la Ley 1815 de 2016¹¹⁰.

¹⁰⁷ Intervención de DeJusticia (segunda entrega). Folio 453 del cuaderno 2, expediente principal.

¹⁰⁸ Sentencia SU-677 de 2017, MP: Gloria Stella Ortiz

¹⁰⁹ Este acápite fue extrapolado, parcialmente, de la sentencia SU-677 de 2017 de este despacho (fundamento 38 en adelante).

¹¹⁰ Desde la **Ley 1815 de 2016**, “Por la cual se decreta el de presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2017” se asignó una partida

Concretamente, dispuso que el Ministerio de Salud y Protección Social debe poner a disposición de las entidades territoriales los recursos excedentes de la Subcuenta del FOSYGA o quien haga sus veces, para cubrir el pago de las **atenciones iniciales de urgencia** prestadas a los nacionales de países fronterizos (artículo 2.9.2.6.1). Además, se estableció que dichos recursos se podrán utilizar siempre y cuando ocurran las siguientes condiciones:

- “1. Que corresponda a una atención inicial de urgencias.*
- 2. Que la persona que recibe la atención no tenga subsidio en salud en los términos del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, ni cuente con un seguro que cubra el costo del servicio.*
- 3. Que la persona que recibe la atención no tenga capacidad de pago.*
- 4. Que la persona que recibe la atención sea nacional de un país fronterizo.*
- 5. Que la atención haya sido brindada en la red pública hospitalaria del departamento o distrito” (artículo 2.9.2.6.3)*

Finalmente, señaló que los recursos de que trata el decreto serán distribuidos entre los departamentos y distritos que atiendan a la población fronteriza, con fundamento en el número de personas que han sido atendidas históricamente, pero siempre privilegiando en todo caso a los departamentos ubicados en las fronteras (artículo 2.9.2.6.4).

De este modo, como fue claramente explicado por el Ministerio de Salud en su respuesta al cuestionario enviado por este despacho, conforme a esta norma **el pago de las atenciones de urgencia se realiza, en primer lugar, con cargo a los recursos del Sistema General de Participaciones –SGP¹¹¹, y complementariamente, con recursos del orden nacional regulados en el Decreto 866 de 2017.** Es decir, los recursos de que trata el decreto son complementarios a los ya asignados a las entidades territoriales, y son destinados de forma subsidiaria a las atenciones iniciales de urgencia prestadas a nacionales de países fronterizos.

Sobre este punto es preciso aclarar, como lo señaló el Ministerio, que la ‘atención de urgencias’ es más comprehensiva que la ‘atención inicial de urgencias’. El mismo Decreto 780 de 2016, dentro del cual fue incorporado el Decreto 866 de 2017, ya había establecido dicha diferenciación en los siguientes términos:

“Artículo 2.5.3.2.3 Definiciones. Para los efectos del presente Título, adóptense las siguientes definiciones:

- 1. Urgencia. Es la alteración de la integridad física y/o mental de una persona, causada por un trauma o por una enfermedad de cualquier*

presupuestal para financiar las atenciones iniciales de urgencias que se presten a los nacionales de los países fronterizos (artículo 57).

¹¹¹ Concretamente, del rubro correspondiente a ‘subsidio a la oferta/Eventos NO-Plan de Beneficios’. Intervención del Ministerio de Salud.

etiología que genere una demanda de atención médica inmediata y efectiva tendiente a disminuir los riesgos de invalidez y muerte.

2. Atención inicial de urgencia. Denomínase 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’. Hechas estas precisiones es preciso señalar que el artículo 2.9.2.6.2 del Decreto 866 dispuso que, para la aplicación de dicha norma, “*se entiende que las atenciones iniciales de urgencia comprenden, además, la atención de urgencias*”. De este modo, mientras que la atención inicial de urgencias solo llega a estabilizar signos vitales¹¹², la **atención de urgencias** “*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*”¹¹³.

35. Adicionalmente, el Ministerio de Salud profirió la **Circular 25 del 31 de julio de 2017** dirigida a Gobernadores, Alcaldes, Directores Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, Gerentes de Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y Gerentes o Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, para **fortalecer las acciones en salud pública** para responder a la situación de migración masiva.

En tal normativa, se resalta la necesidad de **implementar políticas de coordinación intersectorial** entre las Direcciones Territoriales de Salud con otras entidades, tales y como la Registraduría Nacional del Estado Civil, las Defensorías y Comisarías de Familia y Migración Colombia, entre otras. Particularmente, sobre las atenciones en salud a los migrantes venezolanos, la Circular dispone que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud deben:

“2.1. Garantizar la atención de urgencias a la población migrante, según los criterios técnicos y ámbito de aplicación establecidos en la Resolución número 5596 de 2015, relacionada con la selección y clasificación de pacientes, en los servicios de urgencias – Triage,

¹¹² Sentencia C-313 de 2014, considerando 5.2.14.3, de acuerdo con el Decreto 412 de 1992.

¹¹³ Artículo 8 numeral 5 de la Resolución 5269 de 2017 del Ministerio de Salud.

incluyendo los casos de violencia sexual, acorde con el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, el Decreto número 866 de 2017 en cuanto a giros de recursos, entendiendo que la atención inicial de urgencia comprende, además, la atención de urgencias según su artículo 2.9.2.6.29”. (Subrayas fuera del texto original).

Mediante dicha circular también instó a las entidades territoriales sobre la necesidad de fortalecer los procesos de la gestión de la salud pública, entre ellos, las acciones de vigilancia en salud pública, vacunación e intervenciones colectivas, fortalecimiento del aseguramiento en la población que llena requisitos para ello, enfatizando en la necesidad de definir planes de acción del mismo territorio, en articulación con otros sectores.

36. De otra parte, como se explicó con anterioridad, de los artículos 43 y 45 de la Ley 715 de 2001 y del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, también puede inferirse que las entidades territoriales tienen la función de materializar la garantía de atención en salud a las personas residentes en su jurisdicción en lo “no cubierto con subsidios a la demanda”, en los casos en que no estén afiliadas al SGSSS y declaren no tener capacidad de pago.

En aplicación de la anterior regulación, la Corte ha reconocido el derecho que por ley tienen todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, a recibir atención de urgencias. Estas responsabilidades de los entes territoriales para sufragar su atención en salud fueron reiteradas en sede constitucional en la reciente **sentencia T-705 de 2017**¹¹⁴.

En esta ocasión, la Corte conoció del caso de un niño de 11 años de edad, diagnosticado con un “linfoma de Hodgkin” (cáncer del sistema linfático), a quien las autoridades en salud de Norte de Santander le negaron una tomografía de cuello, tórax y abdomen, las cuales eran necesarias para determinar el tratamiento que requería su enfermedad. En esta oportunidad, esta Corporación estableció:

“Aun cuando es claro que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander ha venido garantizando los derechos del niño CEOS, la Sala encuentra necesario precisar que dicha entidad es la encargada de gestionar y asegurar, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, la prestación de la atención de los servicios de salud requeridos por el menor y solicitados por el médico tratante como urgentes, así como también es el responsable de asumir los costos de los servicios de atención de urgencias que le fueron prestados al paciente por tratarse de un caso en el que un extranjero no residente no tiene los recursos para sufragar los mismos.

Con todo, si bien los departamentos son los llamados a asumir los costos de los servicios de atención de urgencia que sean requeridos, en virtud

¹¹⁴ MP: José Fernando Reyes Cuartas

del principio de subsidiariedad y de la subcuenta existente para atender algunas urgencias prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de países fronterizos, la Nación deberá apoyar a las entidades territoriales cuando ello sea requerido para asumir los costos de los servicios de atención de urgencias prestados a extranjeros no residentes”
(Subrayas fuera del texto original).

Con fundamento en lo anterior, la Corte ordenó al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander continuar brindando atención en salud al menor de edad hasta cuando se logre el registro del niño en la encuesta SISBEN, y su respectiva afiliación al sistema de salud. Así mismo, instó a la madre del menor de edad, quien interpuso en su representación la acción, para que dentro del término de un (1) mes adelante los trámites necesarios para regularizar su presencia y la de su hijo en el territorio colombiano y realice la afiliación junto a su hijo al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

37. En **sentencia SU-677 de 2017**¹¹⁵, la Corte también se pronunció sobre el caso de una mujer ciudadana venezolana y migrante en situación de irregularidad que se encontraba embarazada, a quien las autoridades de salud le negaron la práctica de los controles prenatales y la asistencia de su parto. En esta oportunidad, se realizó una interpretación del concepto de ‘urgencia médica’ a partir del alcance que este Tribunal le ha dado al derecho a la vida digna.

Así, luego de determinar que la preservación de la vida implica no solo librar al ser humano del hecho mismo de morir, sino protegerlo de toda circunstancia que haga su vida insoportable e indeseable; y le impida desplegar las facultades de las que ha sido dotado para desarrollarse en sociedad de forma digna, la Corte sostuvo lo siguiente:

“En el caso particular, a pesar de que médicamente el embarazo no ha sido catalogado como una urgencia, la accionante sí requería una atención urgente, pues su salud se encontraba en un alto riesgo por las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan del hecho de estar embarazada y por encontrarse en medio de un proceso de migración masiva irregular.

Además, la negativa de la prestación de estos servicios como una urgencia, en muchos casos lleva a la muerte de la madre, del feto y del recién nacido, lo que se puede evitar con la atención básica de los servicios de salud materna. (...)

Con fundamento en lo anterior, es preciso concluir que el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la accionante, al negarse a realizarle los controles prenatales y a atender el parto de forma gratuita. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la situación particular se evidenció que la peticionaria requería la

¹¹⁵ MP: Gloria Stella Ortiz Delgado

prestación de los servicios relacionados con el embarazo y el parto de forma urgente, en consideración a todos los riesgos que sufren las mujeres gestantes por el hecho de estar embarazadas, que incluso las pueden llevar a su muerte, en especial, en situaciones de crisis humanitaria como la que actualmente ocurre en el Estado colombiano por la migración masiva de ciudadanos venezolanos” (Subrayas fuera del texto original).

38. Los anteriores precedentes permiten inferir que, cuando carezcan de recursos económicos, **los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención de urgencias¹¹⁶ con cargo al Departamento, y en subsidio a la Nación cuando sea requerido, hasta tanto se logre su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud¹¹⁷**. Es de aclarar que, con esta interpretación, la Corte no extiende el alcance del derecho a la salud de manera más amplia a la que el Gobierno Nacional ya ha establecido.

Además, se puede concluir que para aquellos migrantes de paso y/o aquellos que no han regularizado su estatus migratorio dentro del país, el SGSSS no ha previsto una cobertura especial más allá de la ‘atención de urgencias’ y de las acciones colectivas de salud con enfoque de salud pública¹¹⁸.

La imperiosa necesidad de adoptar medidas que dinamicen el principio de solidaridad en un contexto de crisis migratoria y la razonabilidad de la ‘atención de urgencias’ a migrantes irregulares

39. El *principio de no discriminación* que motivó la redacción de los artículos 13 y 100 constitucionales, y de muchas otras cláusulas que en la Carta Política emplean expresiones como “*todas las personas*” o “*todos los habitantes del territorio nacional*”, es el fundamento de que la garantía de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no puede depender de la condición de ciudadano, sino de la condición de ser persona.

Con fundamento en este principio, como se explicó arriba, tanto la jurisprudencia de esta Corte como el derecho internacional de los derechos humanos, limitan estrictamente las circunstancias en que se permiten legítimamente las diferencias de trato entre los ciudadanos y los no ciudadanos (extranjeros), o entre los distintos grupos de no ciudadanos, como los migrantes en situación regular e irregular¹¹⁹. Razón por la cual, las diferencias de trato, de existir, deben ser objetivas y razonables¹²⁰, y deben contar con razones constitucionales legítimas que las justifiquen¹²¹.

¹¹⁶ *Ibídem*.

¹¹⁷ Sentencia T-705 de 2017, MP: José Fernando Reyes Cuartas.

¹¹⁸ Intervención del Ministerio de Salud durante el trámite de revisión.

¹¹⁹ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

¹²⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general N° 20 (2009), párr. 13; y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Gaygusuz v. Austria*, demanda N° 17371/90, sentencia de 16 de septiembre de 1996.

¹²¹ Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

40. Las conclusiones a las cuales se llegó en el acápite anterior evidencian claras diferenciaciones en materia de salud entre los nacionales colombianos y los migrantes irregulares, principalmente¹²². Pues bien, lo anterior implica definir si con esta regulación el Gobierno colombiano cumple o no con sus obligaciones en materia de salud respecto de esta población y si dicho tratamiento diferente es o no razonable. Sobre el particular es preciso realizar las siguientes precisiones:

a. El derecho fundamental a la salud tiene facetas prestacionales y no prestacionales¹²³. Por eso, la jurisprudencia constitucional ha considerado que *algunas* de las obligaciones derivadas del derecho a la salud que tiene carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, *“bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida –art. 50, CP–)”*¹²⁴. Esta Corte encuentra que la ‘atención de urgencias’ de toda la población migrante es una de aquellas obligaciones de cumplimiento inmediato, por lo cual puede ser exigible de forma directa.

Por el contrario, otras de las obligaciones de carácter prestacional (como en este caso la afiliación al sistema y la atención integral en salud de toda la población migrante irregular) pueden ser cumplidas de forma progresiva, debido a los recursos que se requieren para garantizar el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho y a la complejidad de las acciones que el Gobierno nacional debe llevar a cabo. Es por esto que, como se estableció con anterioridad, el Legislador, dentro de su margen de configuración normativa y actuando en cumplimiento del mandato de progresividad, tiene la facultad de ampliar gradualmente la cobertura del sistema de protección social hacia los extranjeros¹²⁵.

b. El marco legal migratorio expedido recientemente, las demás disposiciones que regulan la garantía del derecho a la salud de los migrantes y los precedentes de esta Corte han sido adoptados en un contexto en cual se ha reconocido desde el año 2008 que en Colombia existe una sistemática vulneración del derecho a la salud¹²⁶, la cual configura un *estado de cosas inconstitucional* del sector salud. Un escenario en el que, en cumplimiento a las órdenes estructurales dadas por este Tribunal, el Gobierno Nacional ya viene desplegando variados esfuerzos para mejorar la eficiencia, equidad y

¹²² También se advirtió que incluso los migrantes que han logrado regular su estatus migratorio mediante el PEP, no han logrado su afiliación al sistema de salud debido a la imposibilidad de probar su falta de capacidad de pago y al desconocimiento de la reglamentación y el alcance de dichos salvoconductos por parte de las autoridades de salud.

¹²³ Sentencia T-595 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹²⁴ Sentencia T-760 de 2008, MP: Manuel José Cepeda Espinosa

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

supervisión del sistema. Por esta razón, la adopción de medidas que permitan la atención integral en salud de toda la población venezolana migrante **necesita ser progresiva**, ya que requiere de esfuerzos complejos por parte del Estado y de la disponibilidad de recursos suficientes que no pongan en un mayor riesgo al sistema.

c. Garantizar, como mínimo, la atención de urgencias a los migrantes en situación de irregularidad tiene una finalidad objetiva y razonable, la cual es garantizar que *todas las personas*, incluyendo a los extranjeros, reciban una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia; una atención que permita atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana. De este modo, no se transgrede la jurisprudencia constitucional en esta materia debido a que no se restringe a los extranjeros las prestaciones mínimas en materia de salud¹²⁷. De este modo, como se vio en líneas anteriores, dicha práctica responde al texto de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) y a las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014)¹²⁸.

Además, la atención de urgencias, que incluye la adopción de medidas colectivas eficaces con un fuerte enfoque de salud pública (vacunaciones, atención de enfermedades de contagio directo), es necesaria para garantizar el propósito preventivo, proteger la salud y la salubridad pública, y promover el bienestar general no solo de quienes llegan al país, sino también de la comunidad que recibe. Lo anterior, guarda consonancia con el artículo 4° del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales conforme al cual, los Estados podrán someter los derechos del pacto a limitaciones legales, *“solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”*.

Por tanto, se observa que existen razones constitucionales legítimas que justifican que hoy se brinde un mínimo de ‘atención de urgencias’ a todos los migrantes, incluidos aquellos que se encuentran en situación irregular. No obstante, – a partir de lo que fue advertido durante el proceso de revisión gracias a los múltiples informes presentados por las diferentes organizaciones que apoyan a los migrantes en Colombia y en Venezuela, y con fundamento en el deber que tiene Colombia de garantizar a todos los habitantes del territorio nacional *“el disfrute más alto posible de salud física y mental”* – la Corte considera necesario advertir al Gobierno Nacional que la normativa actual sí impone unas cargas desproporcionadas al migrante que impactan la garantía de su derecho a la salud, especialmente, la de los migrantes en situación de irregularidad.

41. De este modo, la Corte considera urgente que Gobierno Nacional revise la normativa vigente que dinamiza el alcance del derecho a la salud de los

¹²⁷ Sentencia C-834 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹²⁸ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2014), ‘Los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular’, HR/PUB/14/1, Pág. 68. Recuperado de http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf

migrantes irregulares en Colombia, a fin de que tomen medidas para reducir las cargas desproporcionadas que la misma impone actualmente a esta población. Por ejemplo, las ya mencionadas relativas a las inmensas limitaciones económicas que existen para ingresar a Colombia por la vía regular, y, en consecuencia, ser apto para afiliarse al sistema de salud.

Por esta razón, como se estableció en consideraciones precedentes, el Gobierno colombiano tiene la obligación de adoptar medidas eficaces para garantizar el más alto nivel posible de salud física y mental de todos los migrantes, sin importar su situación de irregularidad.

42. El Estado ha realizado diferentes labores tendientes a superar la crisis en salud debido a la migración masiva de ciudadanos venezolanos hacia Colombia, dentro de las que se encuentra la destinación de recursos específicos para asegurar que las entidades territoriales presenten los servicios de atención básica y de urgencias a nacionales de países fronterizos que no cuenten con los recursos económicos suficientes, independientemente de su estatus migratorio en el territorio nacional. Además, se evidencia que la política del Estado ha sido *“garantizar a los extranjeros con permanencia irregular en Colombia que no cuenten con los recursos económicos suficientes, la atención básica en salud con el fin de evitar un incremento en los gastos del sistema, prevenir casos de urgencias y asegurar la atención de los que necesariamente se transformen en casos urgentes”*¹²⁹.

El Ministerio de Salud también informó que *“se han realizado acciones de asistencia técnica, capacitación y coordinación sectorial e intersectorial para monitorear el fenómeno migratorio en los territorios más afectados, así como gestiones para la consecución de apoyo y cooperación de la comunidad internacional”*¹³⁰ y que se ha formulado el ‘Plan Sectorial de Respuesta al Fenómeno Migratorio’, el cual contiene lineamientos, prioridades y acciones que se deben adoptar o adaptar por parte de las entidades territoriales receptoras de las personas inmigrantes.

43. Sin embargo, una verdadera activación del principio de solidaridad constitucional (artículo 1° C.P) demanda un accionar del Gobierno más efectivo que tenga más conexión con las necesidades locales que afrontan los Departamentos y Municipios fronterizos receptores y que, progresivamente, responda a mayores estándares de protección de los migrantes irregulares. Lo anterior, debido a que la delicada situación humanitaria que viven los migrantes en situación irregular, los pone en una situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja que demanda la adopción de medidas especiales por parte del Estado y su tratamiento como ***sujetos de especial protección constitucional***. Y, además, debido a que *“actualmente muchos departamentos y municipios del País enfrentan una crisis humanitaria originada por la migración masiva de ciudadanos venezolanos al territorio nacional”*¹³¹.

¹²⁹ Sentencia SU-677 de 2017, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹³⁰ Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social.

¹³¹ Sentencia SU-677 de 2017, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

44. La emergencia humanitaria en la que se encuentra Venezuela ha generado una crisis de salud de grandes dimensiones que vulnera de forma masiva y sistemática el derecho a la salud de los venezolanos, crisis que, según las organizaciones venezolanas PROVEA y CODEVIDA se caracteriza por:

“a) Privación deliberada y extrema de acceso a medicamentos y atención a la salud (incluyendo diagnóstico, atención y tratamientos); b) Muertes y daños irreversibles e irreparables a la vida e integridad física y mental de las personas a causa de la privación de medios adecuados de salud en forma prolongada; c) Aumento exponencial de riesgos para la salud por epidemias interrelacionadas y extendidas a varios estados del país y las cuales siguen en ascenso sin control alguno, y d) Desamparo de las instituciones venezolanas, denegación de justicia, desplazamientos internos, migración forzada y negación a la protección internacional por razones de salud, en la medida que el gobierno venezolano se ha negado a implementar mecanismos de asistencia y cooperación a disposición del Estado como miembro de organismos internacionales y ante los cuales debe cumplir con obligaciones en el marco del derecho internacional”¹³².

45. Si bien dichas situaciones que imposibilitan a los ciudadanos venezolanos más pobres ingresar a Colombia como migrantes regulares, son circunstancias que se develan en la medida en que el éxodo ocurre; y si bien es cierto que dado que Colombia no ha sido receptor de migrantes históricamente sino más bien expulsor no cuenta con un marco normativo completo de protección al migrante y al refugiado, dichas situaciones no pueden servir de excusa para actuar con prontitud ante esta crisis humanitaria. La difícil realidad que afrontan los ciudadanos venezolanos en su territorio y los nuevos riesgos vienen a asumir al ingresar como migrantes a Colombia en situación de irregularidad, requieren que el Estado sea más enérgico y constante en la adopción de medidas que garanticen una efectiva garantía de su derecho fundamental a la salud.

En la **sentencia T-595 de 2002**¹³³, la Corte advirtió que el hecho de que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse. Con base en ello, sostuvo que a medida que pasa el tiempo “si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento cuya gravedad aumenta con el paso del tiempo”. (Subrayas fuera del original)

46. Lo anterior permite a esta Corte reiterar lo dispuesto en la sentencia SU-677 de 2017 con relación al alcance que el principio de solidaridad tiene en el contexto de crisis migratorias y, a partir de ello, concluir que el país se

¹³² Intervención del Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos –PROVEA y la Coalición de Organizaciones por el Derecho a la Salud y la Vida – CODEVIDA. Folios 399 al 404 del cuaderno 2, expediente principal.

¹³³ MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

encuentra ante la imperiosa necesidad de dinamizar dicho principio mediante la adopción de medidas que garanticen la solidaridad de los habitantes del territorio nacional y el apoyo internacional.

El artículo 1° Superior consagra que el Estado colombiano se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y *en la solidaridad de las personas que lo integran*. Así mismo, el artículo 95 establece como deberes de las personas obrar conforme al principio de solidaridad social a través de acciones humanitarias ante situaciones donde se ponga en peligro la vida o la salud de las personas.

Adicionalmente, el artículo 356 de la Carta Política, consagra que los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, con prioridad a los servicios de salud, educación y los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, de tal forma que se garantice la prestación y cobertura a la población más pobre. Lo anterior, *“teniendo en cuenta los principios de solidaridad, complementariedad y subsidiariedad”*.

En relación con los individuos, en la **sentencia T-362 de 1997**¹³⁴, la Corte resaltó el deber de solidaridad de todas las personas y determinó que éste no es exclusivo de las personas naturales, sino que también obliga a las personas jurídicas y a las comunidades organizadas. Respecto del deber de solidaridad por parte del Estado, la **sentencia T-550 de 1994**¹³⁵ indicó que *“mediante el concepto de la solidaridad (...) se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas”*.

Asimismo, en la **sentencia C-459 de 2004**¹³⁶, reiterada por la **T-413 de 2013**¹³⁷, resaltó la importancia del principio de solidaridad de la siguiente manera:

“No es de extrañar la trascendencia que la solidaridad ha tenido a través de la historia de la humanidad, propiciando mayores grados de civilización y desarrollo tecnológico, al igual que proveyendo a la solución de las imperiosas necesidades que suelen surgir de las grandes catástrofes naturales, de las enfermedades, de las hambrunas, de los incendios y de las mismas guerras” (Subrayas fuera del original).

Adicionalmente, determinó que el deber de solidaridad en cabeza del Estado Social de Derecho es inherente a su existencia, y en esa medida impone la esfera de cumplimiento de sus fines esenciales. Además, señaló que dicho principio constituye un valor constitucional que se presenta en tres dimensiones: (i) como pauta de comportamiento de las personas; (ii) como

¹³⁴ MP: Carlos Gaviria Díaz.

¹³⁵ MP: José Gregorio Hernández Galindo.

¹³⁶ MP: Jaime Araujo Rentería

¹³⁷ MP: Nilson Pinilla Pinilla.

criterio de interpretación en el análisis de acciones y omisiones de los particulares que resulten en la vulneración o afectación de derechos fundamentales y (iii) como un límite de los derechos propios.

Recientemente, la **sentencia C-767 de 2014**¹³⁸, reiteró los fundamentos anteriormente expuestos y adicionalmente señaló:

“el principio de solidaridad “impone una serie de “deberes fundamentales” al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos”. Por lo tanto, este principio se manifiesta como deber del Estado Social de Derecho a través de estos “deberes fundamentales” que en ciertos escenarios se refuerzan, cuando se trata de asegurar a sujetos en condiciones desfavorables, la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales. La Carta proyecta este deber de solidaridad, de manera específica, a partir de los mandatos constitucionales que establecen una obligación de especial protección para personas y grupos humanos en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como las mujeres cabeza de familia (art. 43 CP), los menores de edad (arts. 44 y 45), las personas enfermas y discapacitadas (art. 47) y los ancianos (art. 46), entre otros”. (Negrilla fuera del texto original).

El principio de solidaridad es entonces (i) un pilar fundamental de la Constitución Política y el Estado Social de Derecho; (ii) exigible a todas las personas, y al Estado colombiano; y (iii) con fundamento en él, el Estado debe garantizar a todas las personas, en la medida de lo posible, condiciones mínimas de vida digna, de tal forma que debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad¹³⁹.

El Estado tiene entonces el deber de prever mecanismos que permitan la dinamización de este principio constitucional entre todos los habitantes del territorio nacional y que reconozcan el papel fundamental que tiene la sociedad civil, y todas las demás organizaciones de apoyo a migrantes, en la búsqueda de alternativas para lograr resultados más amplios y efectivos.

Adicional a lo anterior, la Corte comparte que las migraciones y los movimientos de personas refugiadas que se han presentado en la última década de forma elevada alrededor de todo el mundo, incluyendo el éxodo de ciudadanos venezolanos hacia Colombia, *“son una responsabilidad compartida que requieren respuestas internacionales”*¹⁴⁰

La comunidad internacional ha reconocido que *“cuando se afrontan grandes corrientes de migrantes que huyen de los conflictos o la persecución, algunos*

¹³⁸ MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹³⁹ Las anteriores consideraciones fueron extrapoladas de la sentencia SU-677 de 2017 de este despacho.

¹⁴⁰ Declaración conjunta de expertas y expertos de las Naciones Unidas y regionales de cara al Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Legal a la luz de la cumbre en Puerto Vallarta, 6 de diciembre de 2017. Recuperada de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/203.asp>

Estados soportan una carga mayor que otros”¹⁴¹, razón por la cual el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha motivado la adopción de medidas por parte de otros Estados que faciliten la plena efectividad del derecho a la salud de los migrantes. Así, declaró recientemente:

“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”¹⁴² (Negrilla fuera del original).

47. Es preciso recordar que el artículo 1º del Protocolo de San Salvador señaló que los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados **hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo**, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero también es preciso insistir en que el Comité DESC advirtió que *“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”*¹⁴³.

Por esta razón, la Corte considera que el Gobierno colombiano y todo el entramado institucional con funciones en materia de salud deben ser constantes en la labor de consecución de recursos de cooperación internacional y nacional y en la toma de cualquier otro tipo de medidas que le permitan *avanzar lo más expedita y eficazmente posible*¹⁴⁴ hacia la realización del derecho a la salud de los migrantes con mayores estándares a la mera urgencia médica, especialmente en tratándose de aquellos migrantes en mayor situación de vulnerabilidad. En esa medida, el Gobierno nacional deberá *esforzarse al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone* para adoptar medidas dirigidas a garantizar el derecho a la salud de los migrantes irregulares¹⁴⁵.

48. Por último, con relación a la **‘atención de urgencias’** que se brinda actualmente a los migrantes irregulares, la Corte debe advertir que la interposición de la tutela para garantizar los servicios de salud más urgentes que requiera esta población, no puede convertirse de nuevo en una vía para

¹⁴¹ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Declaración del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: “*Obligaciones de los Estados con respecto a los refugiados y los migrantes en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, E/C.12/2017/1, 13 de marzo de 2017, consultado en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJbFePxX56jVyNBwivepPdlwSXxq9SW9ZbgupEHPzmS%2BHfLpdYK94RGb1E0bob1qFojYcpR4KqEtEgsUR40u8nW>

¹⁴² Ibídem.

¹⁴³ Observación General núm. 3 (1990) (párr.10)

¹⁴⁴ Observación General no. 14, párrafos 30 y 31. Consultado en <https://www.escribnet.org/es/recursos/observacion-general-no-14-derecho-al-disfrute-del-mas-alto-nivel-posible-salud-articulo-12>

¹⁴⁵ Observación General no. 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 13.

canalizar las fallas que el sistema de salud represente para esta población¹⁴⁶. Una de las razones que motivó precisamente la sentencia T-760 de 2008, mediante la cual se dieron ordenes al Gobierno nacional de carácter estructural para solucionar la crisis del sector salud, fue que “*un buen número de sentencias de tutela terminó teniendo efectos negativos sobre la equidad, la sostenibilidad financiera y la eficiencia del sistema*”¹⁴⁷.

Análisis de los casos concretos

49. La Sala encuentra que, la procedencia de la acción de tutela se encuentra acreditada debido a que se prueba la **legitimación por activa** de las accionantes como ciudadanas venezolanas, en ambos casos (T-6578193 y T-6578985). En primer lugar, debido a que la Corte ha formulado una regla constitucional clara acerca de la legitimación por activa que tienen todos los extranjeros para acudir a los jueces y, con fundamento en el artículo 86 constitucional, reclamar ante éstos, *por sí mismos o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata* de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados.

En este sentido, este Tribunal ha sido consistente al sostener que cualquier persona, sea colombiana o extranjera, puede instaurar una acción de tutela, por cuanto “*los sujetos de la protección no lo son por virtud del vínculo político que exista con el Estado colombiano sino por ser personas*”¹⁴⁸.

En segundo lugar, en razón a que la figura de la agencia oficiosa empleada por la madre del menor de edad en el caso T-6578985, es viable para procurar la representación de su hijo con base en lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual “*toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá solicitar el amparo constitucional por sí misma, por medio de su representante, o a través de un agente oficioso en los casos en los que el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa*”.

Lo anterior en razón a que se satisfacen los requisitos previstos por esta Corte para que se configure esta figura: (i) porque se trata de un niño de dos años que está imposibilitado para pedir la protección de sus derechos de forma directa, y (ii) porque la madre del menor ha manifestado de forma expresa que interviene en el proceso de tutela en calidad de agente oficiosa.

De este modo, pese a que la figura generalmente utilizada por las madres para lograr la protección efectiva de sus hijos es la *representación*, nada impide a la

¹⁴⁶ Langford, M. (2013). Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado’, Ed. Siglo del Hombre y Universidad de Los Andes, colección Derecho y Sociedad, pág. 248, Bogotá.

¹⁴⁷ Procuraduría General de la Nación y Dejusticia, ‘*El derecho a la salud en perspectiva de derechos humanos y el sistema de inspección, vigilancia y control del Estado colombiano en materia de quejas en salud*’, Bogotá (como se cita en Langford, 2013).

¹⁴⁸ Sentencia T- 172 de 1993, MP: José Gregorio Hernández Galindo. La legitimación por activa de los extranjeros para interponer acción de tutela ha sido reiterada en las **sentencias T-380 de 1998, T-269 de 2008, T-1088 de 2012 y T-314 de 2016**; sentencias en las que esta Corporación indicó que el amparo constitucional no está sujeto al vínculo político que exista con el Estado Colombiano, sino que se deriva del hecho de ser persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad, o ciudadanía.

accionante hacerlo por esta vía, ya que cualquier persona está facultada para ser agente oficioso si lo que se pretende es salvaguardar los derechos fundamentales de los niños y niñas¹⁴⁹.

T-6.578.193. El caso de Natty Yeraldín Sanguino Ruiz

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

A partir de las pruebas allegadas, la Sala constató que la señora Sanguino ingresó el 8 de julio de 2017 por urgencias a la sala de partos del Hospital Universitario Erasmo Meoz¹⁵⁰ con un intenso sangrado vaginal, dolor abdominal, dolores de cabeza, dificultad para respirar, anemia, adinamia causado por la anemia, y, en general, un estado inmunológico muy delicado, donde informó sobre sus antecedentes de cáncer de cérvix diagnosticado en Venezuela para el cual no había recibido atención. Allí, como primera medida, se le realiza “*taponamiento vaginal con mecha*”¹⁵¹ para detener el sangrado.

La señora fue hospitalizada para estudios de manejo especializado por ginecología-oncología. Luego de practicársele biopsia de cérvix se le confirmó diagnóstico de ***cáncer de cuello uterino estadio IIIB***, para lo cual le fueron iniciados los ciclos de radioterapia y quimioterapia en ciclos concomitantes, mientras se encontraba hospitalizada¹⁵².

Dado que dichos tratamientos son espaciados, cíclicos y dependen de la mejoría que muestre el paciente; su administración es ambulatoria cuando los pacientes se encuentran estables. Por esta razón, se dio salida a la señora el 28 de julio de 2017 “*con orden de continuar quimioterapia y radioterapia ambulatoria, por lo cual se hizo entrega a la paciente de la orden de las terapias para la gestión de autorización de servicios frente a la entidad responsable de asumir los costos*”¹⁵³, en este caso, el Instituto Departamental de Salud.

¹⁴⁹ De acuerdo a la sentencia T-197 de 2011, cuando se trate de los derechos fundamentales de los menores, un individuo puede presentar la solicitud de tutela sin hacer un estudio exhaustivo “de la correcta utilización de la agencia oficiosa cuando no es propiamente el representante legal quien actúa en su nombre, puesto que, la finalidad de esta figura jurídica consiste en salvaguardar, ante todo, los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección”.

¹⁵⁰ Respuesta del Hospital Universitario Erasmo Meoz. Folio 115 del cuaderno 2, expediente principal.

¹⁵¹ Folios 5 a 14 del cuaderno 1.

¹⁵² Es preciso destacar que, conforme a la información obtenida en llamada telefónica realizada por este despacho, los ciclos de quimioterapia no le fueron iniciados a la actora, brindándosele solamente la atención con radioterapia.

¹⁵³ Folio 115 del cuaderno 2, expediente principal.

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

51. Durante el trámite de revisión, la Corte fue informada que, el 22 de agosto de 2017, la señora recibió atención ambulatoria por médico radioterapista, el cual registró que la paciente no estaba recibiendo la concurrencia con quimioterapia *“por problemas administrativos ya que es ciudadana venezolana y el IDS no se lo autoriza”*¹⁵⁴.

Los anteriores hechos fueron corroborados por el Despacho de la Magistrada Ponente de forma precedente, cuando se comunicó el día 4 de abril de 2018 al número telefónico suministrado por la accionante en la demanda de tutela, y quien atendió la llamada le confirmó que la señora continúa muy grave de salud, con recaídas periódicas y que *“si bien a la fecha el Hospital Erasmo Meoz le ha practicado aproximadamente 8 radioterapias de las 16 que le fueron ordenadas, las quimioterapias aun no le han sido autorizadas”*¹⁵⁵.

52. Como se constató en la sentencia T-705 de 2017¹⁵⁶, en algunos casos excepcionales, la ‘atención de urgencias’ puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida.

Según la evaluación que se basa en las etapas, se afirma que existe un cáncer en la etapa IIIB cuando el mismo *“se ha extendido a uno o a ambos lados de la pelvis, o si causa un bloqueo en el drenaje del riñón. (...) En la actualidad, el mejor manejo para el cáncer cervical en la etapa III consiste en una terapia combinada de la radioterapia y la quimioterapia”*¹⁵⁷.

Así lo han concluido investigadores del Instituto Nacional de Cancerología en Colombia al señalar que el tratamiento de quimioterapia concomitante con la radioterapia sí parece reducir el riesgo de muerte de las pacientes que se encuentran en estadio de cáncer de cérvix IIIB¹⁵⁸, como la accionante, pues evita la expansión del cáncer.

Lo anterior permite inferir no solo que el avanzado estado del cáncer de la señora Natty Yeraldín pone en alto riesgo su vida y demanda una atención urgente por parte de las autoridades de salud, sino que, tal y como fue

¹⁵⁴ Folio 115 del cuaderno 2.

¹⁵⁵ Folio 24 del cuaderno 2.

¹⁵⁶ MP: José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁵⁷ Definición del ‘Cáncer del cuello uterino en la etapa III’ (2018) Recuperado de <http://conexioncancer.es/tipos-de-cancer/cancer-cervical/cancer-del-cuello-uterino-en-la-etapa-iii/>

¹⁵⁸ Cendales, R. y otros (2006) “Radioterapia comparada con radioterapia más quimioterapia en el tratamiento del cáncer de cuello uterino en estadio IIIB”, Revista Colombiana de Cancerología, pág. 109 a 116, Recuperado de <http://www.cancer.gov.co/documentos/revistas/2006/pub2/4.%20Radioterapia%20comparada%20con.pdf>

determinado por su médico tratante, el tratamiento que corresponde seguir para reducir su riesgo de muerte es el de radioterapia concomitante con quimioterapia. Por esta razón, en su caso particular los procedimientos solicitados hacen parte de la atención de urgencias a la que la accionante tiene derecho.

De acuerdo a todo lo anterior, la Corte encuentra que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander desconoció los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora Natty Sanguino, puesto que si bien ha practicado la radioterapia por medio del Hospital Universitario Erasmo Meoz como parte de la atención de urgencias, no ha garantizado que la terapia sea combinada con quimioterapia, como lo dispuso el médico tratante y como efectivamente lo requiere la accionante, debido al estado avanzado de su enfermedad.

53. En este caso particular, es preciso señalar que las mujeres venezolanas migrantes presentan riesgos diferenciales y agravados. Tal como lo manifiestan las organizaciones venezolanas que trabajan en la defensa de los derechos de la mujer, la situación de pobreza extrema que se vive en el vecino país ha afectado especialmente a las mujeres con jefatura del hogar¹⁵⁹. Además de lo anterior, las mujeres migrantes experimentan problemas de salud relacionados con su salud ginecológica diferenciales que son graves¹⁶⁰ (como el cáncer de cérvix) y que pueden verse agravados con el fenómeno migratorio.

Por esta razón, esta Sala considera necesario advertir que además de encontrarse en una situación de enfermedad y de vulnerabilidad debido a su condición de migrante irregular, la actora es madre cabeza de familia, por lo que falta de protección de su vida puede repercutir en la garantía del interés superior de los menor cinco menores que tiene a su cargo y a quienes, debido a su situación de pobreza, no pudo traer con ella a Colombia¹⁶¹.

54. La Sala encuentra necesario precisar – tanto para este caso como para el que analizará a continuación – que el **Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander** “es el encargado de gestionar y asegurar, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas, la prestación de la atención de los servicios de salud requeridos y solicitados por el médico tratante como urgentes, así como también es el responsable de asumir los costos de los servicios de atención de urgencias”¹⁶² en los casos de extranjeros que no tienen los recursos para sufragar los mismos y se encuentran en situación de irregularidad¹⁶³. Además, que si bien los departamentos son los obligados a asumir los costos de los servicios de atención de urgencia, en virtud del principio de subsidiariedad y de la subcuenta existente para atender algunas

¹⁵⁹ Informe Mujeres al Límite: el peso de la emergencia humanitaria; vulneración de derechos humanos de las mujeres en Venezuela (adjuntado en la Intervención presentada por Womens Link Worldwide. Folio 157 del cuaderno 2)

¹⁶⁰ Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, A/HRC/14/30, párrafo 31.

¹⁶¹ Folio 24 del cuaderno 2.

¹⁶² Sentencia T-705 de 2017, MP: José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁶³ Conforme al artículo 3 de la Ley 972 de 2005 que regula la atención a población que padece enfermedades ruinosas o catastróficas “(...) El paciente no asegurado sin capacidad de pago será atendido por la respectiva entidad territorial con cargo a recursos provenientes de oferta de acuerdo con la reglamentación que para el efecto se expida”.

urgencias prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de países fronterizos (Decreto 866 de 2017 del Ministerio de Salud), la Nación deberá apoyar a las entidades territoriales cuando ello sea requerido para asumir los costos de los servicios de atención de urgencias prestados a extranjeros no residentes, incluidos los migrantes irregulares.

55. De otra parte, si bien se garantizará el derecho de la accionante a recibir el tratamiento que requiere para controlar su enfermedad, la Sala evidencia que de acuerdo a lo informado por Migración Colombia, la señora no registra “pre-registro de Tarjeta de Movilidad Fronteriza, historia de extranjero, ni movimiento migratorio de ingreso legal al país”¹⁶⁴. Sin embargo, la información y documentación aportada por la accionante permite a esta Sala advertir que debido a que la misma es hija de madre colombiana y cuenta con el registro civil de nacimiento¹⁶⁵, tiene la posibilidad de solicitar su naturalización mediante el registro extemporáneo de su nacimiento y adquirir la calidad de ciudadana colombiana¹⁶⁶.

Como ciudadana colombiana, la señora Natty Yeraldín estaría facultada para adelantar los trámites de afiliación en el sistema de seguridad en salud y así acceder debidamente a los demás servicios médico asistenciales que requiera. Sin embargo, según se indicó por la Registraduría Nacional, la accionante aún no ha iniciado las gestiones correspondientes para solicitar la inscripción extemporánea de su nacimiento. Debido al grave estado de salud de la actora, y a las demás condiciones socioeconómicas que atraviesa debido a su calidad de madre cabeza de hogar y migrante irregular sin capacidad económica para sufragar sus costos de salud, se instará a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que, de ser iniciado el trámite de inscripción extemporánea del nacimiento por parte de la señora, le brinde un trato prioritario. Lo anterior, con fundamento en el artículo 13 constitucional que ordena al Estado adoptar medidas especiales en favor de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad.

56. Por esta razón, el cubrimiento que viene haciendo el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander se extenderá hasta cuando el Sistema General de Seguridad Social en Salud asuma el costo inherente a los tratamientos que requiere la accionante, previa afiliación de la misma a dicho sistema, así como al registro en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales –SISBEN-. Lo anterior, ya sea como consecuencia de las facultades que le otorga la inscripción de su nacimiento o debida regularización de su situación migratoria, la cual deberá procurar en caso de no acudir a la primera vía.

57. Por todo lo anterior, la Sala revocará la sentencia de única instancia proferida el 23 de agosto de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito

¹⁶⁴ Folio 205 del cuaderno 2.

¹⁶⁵ Puede verse el registro civil de nacimiento de la accionante en el folio 15 del cuaderno 2.

¹⁶⁶ Sobre el particular es preciso reiterar que la última Circular 145 del 17 de noviembre de 2017 de la Registraduría Nacional del Estado Civil prorrogó las medidas excepcionales que permiten la inscripción de estos nacimientos, solamente con la presentación del documento del registro civil de nacimiento (sin apostillar) y la comparecencia de dos testigos, como se desarrolló en las consideraciones.

con funciones de conocimiento de Cúcuta dado que negó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de la peticionaria, y en su lugar concederá el amparo de los derechos conculcados.

T-6.578.985. El caso del niño Miguel Arcángel Márquez Rodríguez

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

A partir de las pruebas allegadas, la Sala constató que Miguel Arcángel ingresó el 31 de octubre de 2017, en compañía de su madre y personal del ICBF, al área de urgencias de la Clínica Imsalud en la ciudad de Cúcuta. La madre informa al personal que “desde el día de su nacimiento el menor presenta hernia inguinal y escrotal”¹⁶⁷, razón por la cual se ordena por el médico tratante ‘valoración por cirugía pediátrica’ y se le remite al Hospital Universitario Erasmo Meoz.

Como resultado de la solicitud de amparo en la cual la actora pidió que se decretara medida provisional, el juez de primera instancia, mediante auto del 28 de agosto de 2017, ordenó al Hospital Universitario que practicara la valoración por cirugía pediátrica del niño como medida provisional¹⁶⁸. Posteriormente, el juez de primera instancia, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2017, decidió conceder el amparo de los derechos a la salud y a la vida digna del niño, y ordenó la valoración por cirugía pediátrica y la respectiva cirugía solo en el evento de que se califique por el médico tratante como urgencia vital.

Lo anterior con fundamento en que, pese a tratarse de una persona extranjera en situación de irregularidad que en principio puede recibir un trato diferenciado al del extranjero residente, el niño “goza de especial protección constitucional (...) por tal motivo se le debe brindar sin ningún obstáculo administrativo la protección y garantía (...) de la atención de [URGENCIAS] en salud (...)”¹⁶⁹.

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

¹⁶⁷ Folio 116 del cuaderno 2, expediente principal.

¹⁶⁸ Folio 5 del cuaderno 1.

¹⁶⁹ Folio 74 del cuaderno 1.

al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que brinde acompañamiento a la madre del niño a fin de que tanto ella como su hijo regularicen su situación ante Migración Colombia.

59. No obstante, durante el trámite de revisión, la Corte fue informada de que el niño fue valorado por médico especialista en cirugía pediátrica y que, como resultado de dicha valoración, le fueron entregadas a la madre las órdenes de cirugía para ser autorizadas por el Instituto Departamental de Salud.

*“Lactante extranjero, con diagnóstico de hernia inguinal escrotal derecha gigante, que amerita reparación quirúrgica lo antes posible, por lo cual se agradece atención prioritaria en este caso. Sin signos de alarma al momento (...) **nota: por tratarse de un defecto gigante se debe hacer la reparación de la hernia lo antes posible para evitar complicaciones a futuro como estrangulamiento de su contenido”*
(Subrayas fuera del texto original)¹⁷⁰

Mediante llamada telefónica realizada por el Despacho de la Magistrada Sustanciadora el día 5 de abril de 2018 al Centro de Migraciones de la ciudad de Cúcuta, no se pudo verificar si a la fecha el niño había sido intervenido quirúrgicamente o no¹⁷¹.

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

60. De acuerdo con todo lo anterior, la Corte encuentra que el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander desconoció los derechos fundamentales a la salud y a la vida del niño Miguel Arcángel, puesto que no ha procedido a autorizar la cirugía que requiere, pese a que la misma ha sido considerada como urgente y prioritaria por el médico tratante especializado.

61. Como se manifestó en el caso anterior, la Sala encuentra necesario precisar que el **Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander** es el encargado de asegurar la prestación de la atención de los servicios de salud que se cataloguen como ‘urgencias médicas’ por el médico tratante, así como también es el responsable de asumir los costos de dichos servicios en el caso de migrantes en situación de irregularidad que carezcan de recursos económicos, para lo cual contará con el apoyo subsidiario de la Nación, en los casos que sea requerido.

¹⁷⁰ Ibídem.

¹⁷¹ Según información suministrada en llamada telefónica por una trabajadora del Centro de Migraciones de Cúcuta es posible que el niño Miguel ya hubiese sido intervenido quirúrgicamente en la ciudad de Bucaramanga, información que sugirieron verificar con su madre, y que este despacho no pudo corroborar (Folio 22 del cuaderno 3).

62. De otra parte, si bien se garantizará el derecho a la salud del menor de edad, la Sala evidencia que, de acuerdo a la documentación aportada por la madre del menor de edad, ambos cuentan con un pre-registro ante Migración Colombia¹⁷². Sin embargo, llama la atención de la Sala que Migración Colombia, en respuesta al cuestionario enviado por este despacho, haya afirmado que ni el niño ni su madre cuentan con algún tipo de registro ante la entidad¹⁷³.

De acuerdo al Decreto 4062 del 31 de octubre de 2011, Migración Colombia tiene la función de ejecutar la política migratoria y de llevar el registro de identificación de extranjeros. Por esta razón, se instará a Migración Colombia para que, en cumplimiento de sus deberes legales y con base en el documento aportado por la actora, verifique dicho registro en sus bases de datos, y luego de ello, le informe cuál es su estatus migratorio y cuál el procedimiento que debe seguir para regularizar su situación migratoria, lo cual le permitirá lograr posteriormente su afiliación y la del niño al sistema de salud colombiano.

63. Como en el caso anterior, el cubrimiento que viene haciendo el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander se extenderá hasta cuando el Sistema General de Seguridad Social en Salud asuma el costo inherente a los servicios de urgencia que demande el niño, previa afiliación del mismo a dicho sistema, así como al registro en el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales –Sisbén-. Lo anterior como consecuencia de la regularización de su situación migratoria y la de su madre en el país.

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

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de única instancia proferida el 23 de agosto de 2017 por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de

¹⁷² A folio 2 del cuaderno 1 se observan carnés de pre-registro de la madre y del niño.

¹⁷³ Folio 205 del cuaderno 2, expediente principal.

Conocimiento de Cúcuta que negó el amparo. En su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos a la salud y a la vida digna de la señora Natty Yeraldín Sanguino Ruiz (expediente T-6.578.193) y **ORDENAR** al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice los ciclos concomitantes de radioterapia y quimioterapia que le fueron ordenados por el médico tratante. Los costos de estas atenciones de urgencias serán cubiertos directamente por el Departamento demandado y, complementariamente, de ser necesario, con cargo a los recursos del orden nacional regulados con el Decreto 866 de 2017.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida el 12 de octubre de 2017 por la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta dado que negó el amparo. En su lugar, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** la decisión emitida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cúcuta, mediante sentencia del 4 de septiembre de 2017, en la parte que **CONCEDE** el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de Miguel Arcángel Márquez Rodríguez y **ORDENAR** al Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, autorice la cirugía que le fue ordenada al niño por el médico especialista (T-6.578.985). Los costos de estas atenciones de urgencias serán cubiertos directamente por el Departamento demandado y, complementariamente, de ser necesario, con cargo a los recursos del orden nacional regulados con el Decreto 866 de 2017.

Tercero.- INSTAR a la Unidad Administrativa Migración Colombia para que, en cumplimiento de sus deberes legales contenidos en el Decreto 4062 de 2011, verifique la información contenida en sus bases de datos a partir de la información suministrada por la señora Francys Deriannys Rodríguez López accionante de la tutela T-6.578.985, y le informe cuál es el procedimiento que debe seguir para regularizar su situación migratoria.

Cuarto.- INSTAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que, de ser iniciado el trámite de inscripción extemporánea del nacimiento por parte de la señora Natty Yeraldín Sanguino Ruiz, accionante de la tutela T-6.578.193, brinde atención prioritaria teniendo en cuenta su condición de especial vulnerabilidad derivada de su grave estado de salud, su condición de migrante irregular, y su calidad de madre cabeza de hogar.

Quinto.- ADVERTIR a las partes que la responsabilidad del Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander se extiende hasta el momento en que la señora Natty Yeraldín Sanguino Ruiz y el niño Miguel Arcángel Márquez Rodríguez cuenten con afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sexto.- INSTAR al Ministerio de Salud y Protección Social, al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Migración Colombia la adopción de medidas dirigidas a la consecución de recursos de cooperación internacional y nacional, y cualquier otro tipo de medidas que le permita al

Gobierno Nacional *avanzar lo más expedita y eficazmente posible* hacia la plena realización del derecho a la salud de los migrantes sin importar su estatus migratorio, especialmente respecto de aquellos en mayor situación de vulnerabilidad (niños, niñas, madres cabeza de hogar).

Séptimo. - Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General