

ARTÍCULOS DE REFLEXIÓN

SER MIGRANTE VENEZOLANO IRREGULAR Y PEDIR  
LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD EN  
COLOMBIA: DERECHOS HUMANOS Y MARCOS LEGALES  
RESTRICTIVOS\*

BEING AN IRREGULAR VENEZUELAN MIGRANT AND  
REQUESTING THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH  
IN COLOMBIA: HUMAN RIGHTS AND RESTRICTIVE LEGAL  
FRAMEWORKS

SER UM MIGRANTE VENEZUELANO IRREGULAR E SOLICITAR  
A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA COLÔMBIA: DIREITOS  
HUMANOS E MARCOS LEGAIS RESTRITIVOS

SANDRA MILENA MUÑOZ CAÑAS\*\*

Recibido: 20 de marzo de 2019 – Aceptado: 20 de abril de 2020 –  
Publicado 30 de noviembre de 2020  
DOI: 10.24142/raju.v15n31a8

---

\* Este artículo recoge las reflexiones de una investigación culminada en el marco del trabajo final para el curso de Estado, políticas migratorias y derechos humanos de la Convocatoria 2018-2020, de la Maestría de Investigación en Sociología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flasco), sede Ecuador.

\*\* Docente de la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia). Magíster en Derecho, Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín, Colombia). Especialista en Seguridad Social y abogada, Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia). Candidata a Magíster en Sociología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flasco), sede Ecuador. CvLAC: [https://scienti.minciencias.gov.co/cvllac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod\\_rh=0001449649](https://scienti.minciencias.gov.co/cvllac/visualizador/generarCurriculoCv.do?cod_rh=0001449649). Google Scholar: <https://scholar.google.com.ec/citations?user=wh4jUBsAAAAJ&hl=es>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5165-9791>. Correo electrónico: sandramilemu@gmail.com

## Resumen

La inmigración venezolana a Colombia, en la actualidad, es la más grande de toda la historia del país y es un fenómeno estrechamente ligado al hecho de que el derecho a la salud es un derecho humano reconocido por el ordenamiento constitucional, indistintamente de la nacionalidad que se tenga. Por esta razón, en este artículo se analizarán cuatro sentencias de la Corte Constitucional de Colombia en las cuales se concedió el derecho a la salud a población venezolana en condición migratoria irregular. El propósito es tener un acercamiento a los fundamentos que la Corte utilizó para la aplicación del concepto de universalidad de los derechos humanos u otros criterios normativos legales y nacionales. En este sentido, en un primer acápite se hace la descripción del caso de estudio y se contextualiza la problemática planteada. En un segundo momento se analizan las perspectivas teóricas que se esperan leer desde el caso propuesto, se presenta la metodología empleada en el estudio y se da cuenta sobre cómo los derechos humanos, como una categoría de orden mundial desde la definición de universalidad, entran en tensión con los criterios nacionales de Estado en temas de migración irregular, y cómo esta tensión, a su vez, es producto de unos sentidos que se crean desde la gestión de migraciones internacionales o desde la gobernanza de las migraciones. Por último, en un tercer momento, se presentan los hallazgos del caso y se analizan desde el enfoque teórico propuesto, para así llegar a unas reflexiones finales que se aproximen a una lectura teórico práctica de lo que se identifica en el contenido de estas sentencias analizadas.

**Palabras clave:** derechos humanos; marcos legales; migración irregular; salud.

## Abstract

Venezuelan immigration to Colombia today is the largest in history and the right to health is a human right recognized by the constitutional order of all regardless of nationality. For this reason we will analyze four sentences of the Colombian Constitutional Court in which the right to health was granted to Venezuelans in an irregular migratory condition. The idea is to be able to approach the foundations that the Court used for the application of the concept of universality of human rights or other legal and national normative criteria. In this sense, the first section will describe the case study and contextualize the problem. In a second section, the theoretical perspectives that are expected to

be read from the proposed case will be analyzed. We will explain how human rights, as a category of world order from the definition of universality, enters into tension with the national criteria of the State in matters of irregular migration, and how this tension is the product of senses that are created from the management of international migration or from the governance of migration. In a third moment, the findings of the case will be presented and analyzed from the theoretical approach proposed, in order to arrive at some final reflections that approach a theoretical and practical reading of what is identified in the content of these analyzed sentences.

**Keywords:** health; human rights; irregular migration; legal frameworks.

## Resumo

A imigração venezuelana para a Colômbia é atualmente a maior de toda a história e o direito à saúde é um direito humano reconhecido pela ordem constitucional de todos, independentemente da nacionalidade. Por este motivo, serão analisadas quatro sentenças do Tribunal Constitucional da Colômbia nas quais foi concedido o direito à saúde à população venezuelana em situação de imigração irregular. A ideia é poder abordar os fundamentos que o Tribunal utilizou para a aplicação do conceito de universalidade dos direitos humanos ou outros critérios legais e normativos nacionais. Nesse sentido, a primeira seção irá descrever o estudo de caso e contextualizar o problema levantado. Num segundo momento, serão analisadas as perspectivas teóricas que se espera serem lidas a partir do caso proposto. Perceber como os direitos humanos como categoria da ordem mundial a partir da definição de universalidade entram em tensão com os critérios nacionais do Estado nas questões de migração irregular, e como essa tensão por sua vez é produto de significados que são criados a partir de da gestão da migração internacional ou da governança da migração. Num terceiro momento, será feita a apresentação dos achados do caso e sua análise a partir da abordagem teórica proposta, a fim de se chegar a algumas reflexões finais que se aproximem de uma leitura teórica prática do que se identifica no conteúdo das frases analisadas.

**Palavras-chave:** direitos humanos; marcos legais; migração irregular; saúde.

## INTRODUCCIÓN

Este estudio de caso se concentra en la aplicación que hacen las autoridades judiciales constitucionales en sus sentencias de los marcos regulatorios de la migración, en los casos en los cuales se pide la atención en salud de la población venezolana y que se encuentran como migrantes irregulares. En este sentido, en un primer acápite se hará la descripción del caso de estudio y se contextualizará la problemática planteada.

En un segundo momento desde los anclajes teóricos y conceptuales de la literatura revisada se analizarán las perspectivas teóricas que se esperan leer desde el caso propuesto. Dando cuenta de la manera a través de la cual los derechos humanos, como una categoría de orden mundial desde la definición de universalidad, entran en tensión con los criterios nacionales de Estado en temas de migración irregular, y cómo esta tensión a su vez es producto de unos sentidos que se crean desde la gestión de migraciones internacionales o desde la gobernanza de las migraciones. Para terminar este acápite se traen a colación las referencias metodológicas del estudio de caso.

En un tercer momento, se hará la presentación de los hallazgos del caso y su análisis desde el enfoque teórico propuesto, para así llegar a unas reflexiones finales que se aproximen a una lectura teórico-práctica de lo que se identifica en el contenido de estas sentencias analizadas.

## 1. DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO DE CASO

En Colombia son los jueces constitucionales los que deben examinar los casos en concreto de vulneración a derechos, así como las normas o políticas para evitar vulneraciones a derechos humanos y fundamentales de la población migrante. En este sentido, son los jueces constitucionales en instancia de la Corte Constitucional los que hasta la fecha han dado respuestas a la población migrante venezolana en clave de derechos humanos y fundamentales, incluso en contravía de lo establecido en los marcos regulatorios de orden nacional. El derecho a la salud es uno de los temas sobre los que se han pronunciado los jueces en Colombia mediante sus fallos, y han generado, en algunos casos, precedentes de protección a la población migrante irregular desde el lente de los Derechos Humanos.

Sin embargo, la pregunta que nace de esta afirmación y que se espera resolver en este estudio de caso es cuáles son los argumentos que usa la Corte Constitucional para proteger el derecho a la salud de los migrantes venezolanos, y si lo hace resolviendo la tensión entre el marco regulatorio legal y los Derechos Humanos o si existen variaciones que permitan identificar otro tipo de motivaciones. Para esto se estudian cuatro sentencias de los últimos dos años (2018 y 2019) y se analiza su contenido.

## 2. CONTEXTO DE LA PROBLEMÁTICA

Es importante resaltar que, al llegar a Colombia, los migrantes venezolanos pasan por un sinnúmero de dificultades, entre las más frecuentes, las negativas que reciben por parte del Estado colombiano a la hora de acceder a los servicios de salud, entre estos los de urgencias. El servicio de salud es condicionado a un estatus migratorio regular, a tener el Permiso Especial de Permanencia (PEP), como requisito para ser afiliados al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado. Así lo establece el Decreto 064 del 20 de enero de 2020 del Ministerio de Salud y de la Protección Social en su artículo 3:

Son afiliados en el Régimen Subsidiado las personas que sin tener las calidades para ser afiliados en el Régimen Contributivo o al régimen de Excepción o Especial, cumplan las siguientes condiciones: (...) numeral 18. Migrantes Venezolanos. Los migrantes venezolanos sin capacidad de pago, pobres y vulnerables con Permiso Especial de Permanencia (PEP) vigente, así como sus hijos menores de edad con documento de identidad válido en los términos del artículo 2.1.3.5 del presente decreto, que permanezcan en el país. El listado censal de esta población será elaborado por las alcaldías municipales o distritales.

Este requisito de tener el PEP para ser beneficiario del sistema de salud en el régimen subsidiado es una verdadera barrera de acceso al derecho a la salud para la población migrante venezolana. Esta realidad se da en un contexto en el que la crisis política y económica en Venezuela ha ocasionado que 1.408.005 ciudadanos venezolanos se radiquen en Colombia. En situación regular, aproximadamente hay 742.390 personas esto es el 52,7 %, pero solo 597.583 tienen PEP, requisito necesario para estar en el sistema de salud subsidiado, 78.510 tienen visa y cédula de extranjería y 66.297 se encuentran en el tiempo de ley establecido. En la llamada situación irregular se encuentran aproximadamente 665.665 personas, esto es el 47,3 % de las cuales 445.389 ingresaron sin autorización y 220.276 excedieron el tiempo de permanencia (Migración Colombia, 2019).

En este contexto se ve que aún, si se encuentra en situación de migración regular, la población venezolana debe tramitar el PEP a su llegada a Colombia, para la contratación por las empresas; el mismo permiso que los habilita para ser atendidos por el sistema de salud público.

Según el plan de respuesta en salud para la población migrante venezolana, diseñado por el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), la población migrante irregular, la población en tránsito y toda la población migrante no afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) deben ser atendidos ante situaciones de urgencia, pero no pueden ser afiliados al sistema (Proyecto Migración Venezuela, 2020a).

Es de aclarar que en Colombia una persona puede estar afiliada al sistema de seguridad social por el régimen contributivo si es un trabajador formal con permiso para trabajar en el país o puede estar en el sistema de salud por el régimen subsidiado, pero en este caso es necesario contar con el PEP, así no se

esté trabajando. De acuerdo con cálculos del Proyecto Migración Venezuela (2020a) con base en la Gran Encuesta Integrada de Hogares, a junio de 2019, el 77 % de los migrantes en el país no estaba afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral; de los que sí estaban afiliados, el 51,4 % estaba en el régimen subsidiado y el 48,1 % en el régimen contributivo.

## 2.1. La gestión de la migración/gobernabilidad migratoria

La inmigración venezolana en Colombia ha venido creciendo de manera exponencial; según cifras del Observatorio Venezuela de la Universidad del Rosario, en 2014 había más de 23.000 venezolanos en Colombia, en 2016 había 53.000, en 2018 se llegó a 1.000.000 de venezolanos en el país y al final de 2019 la cifra ascendió a 1.600.000, el fenómeno migratorio creció más del 50 % (Ajiaco, 2020).

Según la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur), Colombia es el primer país receptor de población venezolana, y alberga una tercera parte de los cuatro millones de venezolanos que están en todo el mundo (Acnur, 2019). Sin lugar a duda, para evitar este tipo de situaciones, “los estados receptores han desarrollado mecanismos de cooperación intergubernamental en materia de justicia y seguridad, han firmado acuerdos con los países emisores y han apoyado financieramente su desarrollo con la finalidad de contener los flujos en (su) origen” (López, 2005, p. 17). Sin embargo, este no es el caso que precede este análisis, toda vez que el país emisor, Venezuela, en palabras de su presidente Nicolás Maduro, afirma que no existe este proceso de inmigración por lo que no es posible hablar de cooperación intergubernamental entre los dos países.

La realidad es que la población venezolana llega a Colombia huyendo de un país que no les garantiza la vida. Por esta razón, en una lectura más acorde a la situación de Venezuela, se les debería conceder ese estatus de refugiados. Sin embargo, esa no ha sido la política de acogida en Colombia; a la fecha, el país ha recibido más de 17.000 solicitudes de refugio, de las cuales solo ha otorgado 140, esto es cerca del 0,3 % (Proyecto Migración Venezuela, 2020b).

Es necesario enfatizar en que, de acuerdo con la Declaración de Cartagena de 1984, no se está frente a un fenómeno de migración, sino de personas que escapan de su país ante la inminente violación a sus derechos fundamentales: “la Declaración de Cartagena dice que un refugiado es aquel que huye de su país por violaciones de Derechos Humanos, alteración del

orden público, violencia generalizada y agresión extranjera. Hoy todo esto aplica para los venezolanos” (Sulbarán, 2020). Una razón más por la que no es posible hablar de cooperación intergubernamental, en tanto no se le puede pedir al país infractor de Derechos Humanos que coopere.

Precisamente en el marco de esta discusión, el pasado 23 de junio, en una reunión virtual, David Smolansky, comisionado de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la crisis de migrantes y refugiados venezolanos, reiteró el llamado para que los Estados se apeguen a la Declaración de Cartagena y terminen de reconocer a los desplazados venezolanos como refugiados (Sulbarán, 2020).

En este sentido, se está frente a un gran número de inmigrantes a los que se les vienen aplicando una serie de regulaciones normativas y de políticas que surgen sobre la marcha como contenedores de problemas y que ponen en evidencia el tipo de gestión migratoria internacional que se adopta y los sentidos que se le dan mediante la gobernabilidad (tabla 1). Al respecto, se recuerda que “las políticas públicas, y en especial las políticas migratorias, intervienen, junto con el discurso jurídico, científico y mediático, en el proceso de construcción de la figura social de la inmigración” (Santamaría, 2002 citado en Gil, 2018, p. 83).



**Tabla 1.** Normas recientes sobre protección de los derechos a los migrantes en Colombia<sup>1</sup>

<b>Norma</b>	<b>Número</b>	<b>Año</b>	<b>Descripción</b>
Decreto	542	2018	Desarrolla parcialmente el artículo 140 de la Ley 1873 de 2017 y se adoptan medidas para la creación de un registro administrativo de migrantes venezolanos en Colombia.
Decreto	1288	2018	Acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos
Decreto	1000	2013	(Compilado en Decreto Único Reglamentario 1067/2015), por el cual se reglamentan los artículos 2, 4, 9 y 10 de la Ley 1565 de 2012, “por medio de la cual se dictan disposiciones y se fijan incentivos para el retorno de los colombianos residentes en el extranjero”.
Decreto	2064	2013	(Compilado en Decreto Único Reglamentario 1067/2015) Reglamenta los requisitos exigidos para certificar y acreditar el retorno de los colombianos residentes en el extranjero de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1565 de 2012 y el Decreto número 1000 de 2013.
Decreto	2192	2013	(Compilado en Decreto Único Reglamentario 1067/2015), por el cual se establecen condiciones especiales para la importación de bienes de amparo de la Ley 1565 de 2012.
Resolución	5797	2017	Por medio de la cual se crea el Permiso Especial de Permanencia (PEP).
Resolución	1272	2017	Por la cual se implementa el Permiso Especial de Permanencia (PEP) creado mediante Resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se establece el procedimiento para su expedición a los nacionales venezolanos.
Resolución	740	2018	Por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado mediante Resolución número 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores y se dictan otras disposiciones sobre la materia.

<sup>1</sup> La tabla 1 no contiene toda la normatividad existente, se prioriza por temas y vigencia.

**Tabla 1.** Normas recientes sobre protección de los derechos a los migrantes en Colombia (Continuación)

<b>Norma</b>	<b>Número</b>	<b>Año</b>	<b>Descripción</b>
Resolución	361	2018	Por la cual se implementa un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP) establecido mediante Resolución 0740 del 5 de febrero de 2018 del Ministerio de Relaciones Exteriores.
Resolución	6370	2018	Por la cual se reglamenta la expedición del Permiso Especial de Permanencia (PEP) creado mediante Resolución 5797 de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, para su otorgamiento a las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1288 del 25 de julio de 2018.
Resolución	10064	2018	Modifíquese el párrafo 1 del artículo 1 de la Resolución número 6370 de 2018, sobre los requisitos para el Permiso Especial de Permanencia (PEP).
Resolución	10677	2018	Por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP), creado mediante Resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia.
Resolución	2359	2020	Por la cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia (PEP) por parte de los migrantes venezolanos (comenzó a aplicarse a partir del 15 de octubre de 2020 hasta el 15 de febrero del 2021).

Fuente: Elaboración propia a partir del Sistema Único de Información Normativa (Ministerio de Justicia, s. f.).

La construcción del otro y la atribución de sentidos al otro (migrante venezolano) será el eje de construcción de la normatividad y de la política migratoria en Colombia, cuando se trata de controlar la inmigración por cuestiones humanitarias. El otro, construido en torno a la idea del migrante como amenaza que desplaza la mano de obra nacional, que hace uso de los servicios públicos de educación, salud y vivienda, cuando en el imaginario colectivo persiste la idea de que el país no presta estos servicios para los nacionales, ¿por qué hacerlo para los extranjeros?

En lo que tiene que ver con el control y gestión de la migración, se tiene que:

(...) A comienzos de los noventa, en el universo de los expertos, algunas voces sugerían que las “presiones migratorias” debían ser gestionadas (*managed*) de manera que los movimientos de masas repentinos y las emergencias humanitarias pudieran ser impedidos; migraciones involuntarias debido a circunstancias que amenazan la vida, tanto políticas como económicas, pudieran ser eliminadas y los flujos considerados “inevitables” pudieran ser regulados y canalizados a través de mecanismos específicos (Meissner, 1992 citado en Gil, 2018, p. 111).

Posteriormente, en el año 2010, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) empezó a hablar de gobernanza de las migraciones “con el objetivo de establecer nociones básicas para facilitar la migración y la movilidad de manera ordenada, segura, regular y responsable gracias a políticas migratorias planificadas y bien gestionadas” (Gil, 2018, p. 112). Así, la llamada gobernabilidad migratoria para el caso de América Latina se destaca entre otras por la idea de una “migración ordenada, que constituye uno de sus componentes fundamentales y, en consecuencia, establece la migración ‘ilegal’ o ‘irregular’ como un problema mundial que conlleva múltiples riesgos, haciendo de su ‘prevención’ y ‘combate’ una estrategia de intervención concreta” (Gil, 2018, p. 112).

Este marco económico, social, político, cultural y mediático en el que las autoridades judiciales intervienen desde sus decisiones, es el objeto de análisis de este artículo. Estas deben, desde el plano moral, privilegiar derechos para la migración “legal, ordenada, predecible, deseable y gestionable, pero, sobre todo, benéfica para todos” (Estupiñán, 2014, p. 255). Estas últimas características, se constituyen en lo que se espera de los buenos migrantes, aquellos que “están bien informados, respetan la ley, son flexibles a las necesidades del mercado, prestos a circular y entusiastas para contribuir con el desarrollo de su país” (Estupiñán, 2014, p. 255).

Sin embargo, este no es el caso de toda la migración venezolana, razón por la que los operadores judiciales se ven constantemente en la obligación de definir las tensiones que surgen entre estas políticas migratorias en el marco normativo del Estado nación, que los clasifican como migrantes irregulares y la defensa de un orden constitucional e internacional de protección a los Derechos Humanos, que es el mandato de un juez constitucional en Colombia. De acuerdo con lo establecido en artículo 93 de la Constitución Política.

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

## 2.2. ¿Nociones de derechos humanos o criterios nacionales del Estado?

El análisis del caso propuesto debe ser entendido desde este mandato que tienen los jueces como autoridad de protección y restablecimiento de derechos humanos. Pero también, se debe tener en cuenta que los sentidos que se le dan a estas políticas migratorias están respondiendo a tiempos difíciles de problemas económicos en los cuales

el compartimiento de un pastel social cada vez menor con nuevos grupos parece que es una amenaza para las condiciones de la clase trabajadora local. La polarización social provocada por la reestructuración económica y las políticas de privatización y desregulación deja poco espacio para los derechos de las minorías (Castles, 2003, p. 16).

Así, los jueces tienen un mandato, pero también están permeados por una realidad social que privilegia la ciudadanía o los sentidos de lo nacional por encima de los derechos del extranjero.

En este sentido, la demanda de derechos constitucionales como el derecho a la salud garantizada en el orden de los Derechos Humanos, tiene impedimentos legales como los señalados en el Decreto 064 de 2020 que establece la necesidad de ser migrante regular al requerir el PEP para afiliarse.

se al sistema de seguridad social en salud en el régimen subsidiado. En la práctica estas normas responden en cierta medida a una necesidad de racionalizar la prestación del servicio de salud para los nacionales o para los que cuentan con un estatuto migratorio regular, ante la falta de garantía de este derecho para todos los habitantes del territorio.

Al respecto, “las políticas de control y regulación de flujos han sido, además, un terreno propicio para la controversia, porque en ellas confluye la tensión entre el principio de soberanía nacional y el de salvaguardar los Derechos Humanos” (López, 2005, p. 19). Es desde esta perspectiva en la que vemos que los jueces deben librar tensiones, desde la prevalencia del orden universal de los Derechos Humanos sobre el orden legal y desde sus propias interpretaciones de lo que significa esta migración venezolana en términos económicos a la hora de garantizar el derecho a la salud en sus sentencias como se veía anteriormente.

En este sentido, el disfrute de los derechos universales se encuentra limitado por el principio de protección y el de control (López, 2005, p. 142), dado que por una parte se espera la protección del derecho a la salud y por la otra se controla su acceso al exigir condición de migrante regular. Así las cosas, el acatamiento formal de las normas internacionales que consagran derechos humanos no trae consigo una aplicación real en los países receptores (López, 2005, p. 144), no obstante,

los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. (...) (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos –Acnudh–, s. f.).

y universales.

El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio, tal como se destacará inicialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, se ha reiterado en numerosos convenios, declaraciones y resoluciones internacionales de derechos humanos. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en

Viena en 1993, por ejemplo, se dispuso que todos los Estados tenían el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (Acnudh, s.f.).

El principio de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, lleva indefectiblemente a que la protección que se desprende del derecho a la salud como derecho humano se lea en articulación con el derecho humano a migrar, desarrollado ampliamente en distintos instrumentos internacionales, entre los que se encuentra la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de la ONU, 1948) en el artículo 13, que establece que “1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

En este orden de ideas, se observa cómo los jueces constitucionales libran estas tensiones entre el marco universal de derechos humanos-universales y el marco nacional que gestiona la migración desde un escenario normativo más restrictivo en el goce efectivo de derechos fundamentales, como lo son el derecho a la salud y el derecho a migrar.

### 3. METODOLOGÍA EMPLEADA EN EL ESTUDIO

La estrategia metodológica utilizada en este estudio consta del análisis a los contenidos de cuatro sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se decidió sobre casos del derecho a la salud por parte de la población venezolana, durante los últimos dos años. Estas sentencias se obtuvieron del sistema público web de la Rama Judicial a nivel nacional.

El criterio de selección inició con la selección de fallos que llegan a la Corte Constitucional en sede de revisión y que comparten las siguientes características: 1) Casos negados por jueces de tutela en primera y segunda instancia. 2) Que los accionantes tuvieran estatus de migrante irregular. 3) Que el derecho fundamental central que se solicita proteger fuera el derecho a la salud. 4) Que la Corte haya concedido el derecho. 5) Que mayoritariamente los accionantes fueran sujetos de especial protección como niños, niñas, adolescentes y mujeres en estado de embarazo.

La selección de los casos se hizo a partir del sistema web de relatoría de la Corte Constitucional, desde las categorías de búsqueda “salud-migración” para los años 2018 y 2019. Al respecto el sistema arrojó para el 2018, seis sentencias T con estos temas y para el año 2019 arrojó once sentencias T. Una vez filtrada esta información se procedió a buscar las cinco características descritas inicialmente, lo que finalmente arrojó los cuatro casos que se analizan a continuación. La estrategia metodológica y la recolección de información está dirigida solo al análisis de contenido de las sentencias objeto de estudio, en clave de las aproximaciones teóricas de las categorías de gestión de la migración, desde los marcos regulatorios nacionales y derechos humanos-universalidad.

Así, la recolección de información parte del contenido de las sentencias, el cual se clasificó en las siguientes categorías descriptivas de elaboración propia: 1) Identificación del caso. 2) Derecho a la salud vulnerado. 3) Decisión de otras instancias que negaron el derecho. 4) Decisión de la Corte Constitucional. 5) Argumentos o consideraciones de la Corte Constitucional.

## 4. ANÁLISIS DEL CASO DE ESTUDIO

Del contenido analizado en las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, se evidenció que en las cuatro sentencias no había ninguna argumentación por parte de la primera o segunda instancia, desde el marco normativo internacional en relación con la migración, la salud o algún enfoque diferencial. Esto quiere decir que los jueces de instancias anteriores a la revisión de la Corte se limitaron a negar el derecho con fundamento en normas legales del orden nacional, algunas de ellas fundamentadas en la no ciudadanía o el estatus de migración irregular, pero ningún juez analizó los casos desde el marco de los derechos humanos y su universalidad, elementos que en algunos casos de los que analizaremos sí fueron tenidos en cuenta por la Corte Constitucional con algunas variaciones.

### 4.1. Caso 1

Es el de un menor de edad al que se le niega el tratamiento para su enfermedad de distrofia espinal dorsolumbar mielomeningocele roto (Corte Constitucional, Sentencia T-023/18, 2018), toda vez que la Registraduría Nacional del Estado Civil no lo quiso registrar ante la carencia de una apostilla.

La entidad accionada se negó a inscribir el nacimiento (...) porque carecía de apostilla y que según la circular número 052 de la Registraduría Nacional del Estado Civil, “la inscripción en el Registro Civil de los niños venezolanos hijos de padre o madre colombianos, que se venía haciendo sin el apostillaje fue suspendida (Corte Constitucional, Sentencia T-023/18, 2018)

En este caso la Corte tomó la decisión de proteger el derecho a la salud con fundamento en el marco legal constitucional:

El artículo 14 de la Constitución consagra que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (...) Esta entidad ha sido clara en establecer el procedimiento de inscripción en el registro civil de nacimiento para ciudadanos venezolanos de padres colombianos y ha sido enfático (sic) en proteger a los menores de 7 años, al señalar que “A falta del requisito de apostille en el registro civil de nacimiento venezolano, podrá solicitarse la inscripción mediante la presentación de dos testigos hábiles (Corte Constitucional, Sentencia T-023/18, 2018).



Esta norma que se cita no fue invocada por los jueces de instancias anteriores del caso a pesar de su existencia. En este sentido, la Corte usó el marco internacional de los derechos de los niños y las niñas en clave de protección a la personalidad jurídica, solo como marco referencial pero no fundamentó su decisión en esta, ni en la protección internacional del derecho a la salud o el derecho a migrar. En síntesis, para este primer caso si bien se concedió el derecho, la Corte decidió darle prevalencia a una norma nacional para resolver el caso y no se vio en la necesidad de imponer un marco de derechos humanos por encima de una norma de orden nacional.

#### 4.2. Caso 2

La Entidad Promotora de Salud (EPS) Sanitas le negó a un joven venezolano el tratamiento para el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). El argumento de los jueces de las primeras instancias para negar el derecho era su estatus de migrante irregular:

Si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, no puede presentar el pasaporte como documento de identificación válido para afiliarse al sistema, en la medida en que la Ley consagra la obligación de regularizar su situación a través del salvoconducto de permanencia, el cual se admite como documento válido para su afiliación (Corte Constitucional, Sentencia T-025/19, 2019).

En este caso, la Corte Constitucional ordenó que le dieran el tratamiento con fundamento en la protección internacional de derechos humanos relativos al derecho a migrar y los relacionados con el derecho a la salud, así como con fundamento en las normas nacionales de orden constitucional, mas no legal. Entre otros los principales fundamentos fueron:

(...) los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia han previsto la garantía de derechos que debe extenderse a los extranjeros, refugiados o migrantes, como lo establece el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual el Estado colombiano es parte. (...) el reconocimiento de derechos a los extranjeros fue previsto por el artículo 100 constitucional, en el cual se consagró que “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos” (Corte Constitucional, Sentencia T-025/19, 2019).

En esta ocasión se observa incluso una ampliación de la protección por parte de la Corte de derechos civiles a derechos sociales como los que se establecen en este caso.

#### 4.3. Caso 3

Se observó que a una mujer venezolana y a otros a quienes se negaba tratamientos médicos para enfermedades que requerían quimioterapia, la Corte con fundamento en la obligación de prestar el derecho a la salud en urgencias hizo extensible esta disposición de orden constitucional e internacional a los tratamientos de larga duración y no solo a la atención en urgencias, sin importar si eran migrantes regulares o irregulares (Corte Constitucional, Sentencia T-210/18, 2018). Algunos de los fundamentos más relevantes fueron:

Los migrantes con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención de urgencias 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 Salud (Corte Constitucional, Sentencia T-705 de 2017, MP: José Fernando Reyes Cuartas en Sentencia T-210/18, 2018).

Por otro lado, este caso es relevante porque no solo le da prevalencia al derecho a la salud sin importar la calidad de irregular, sino que habla de “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” (Corte Constitucional, Sentencia T-210/18, 2018).

#### 4.4. Caso 4

Es el de una mujer en embarazo a la cual el Hospital Nuestra Señora de los Remedios y la Secretaría de Salud Distrital de Riohacha le negaron los controles prenatales por nueve meses. El argumento, al igual que en el caso anterior, era su condición de migrante irregular (Corte Constitucional, Sentencia T-298/19, 2019). Al respecto las primeras instancias de decisión en este caso argumentaron que:

Para ser titular de todos los derechos civiles con los que cuentan los nacionales colombianos, la interesada debe adelantar el trámite administrativo ante esta unidad, quien expedirá un “salvoconducto” que le permitirá permanecer en este territorio en condiciones de regularidad y acceder al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como lo establece el artículo 2.2.1.11.4.9 del Decreto 1067 de 2015 (Corte Constitucional, Sentencia T-298/19, 2019).

Lo novedoso en este caso es que los jueces de instancias previas a la Corte Constitucional sustentan su decisión negativa desde afirmaciones que hablan del deber de los extranjeros de regularizar la situación migratoria en tanto es “entendida como el vínculo que une a un Estado con una persona, en tanto reconoce la existencia jurídica del individuo y, en consecuencia, el disfrute de sus garantías constitucionales y la delimitación de las responsabilidades de ambas partes” (Corte Constitucional, Sentencia T-298/19, 2019).

En este caso la Corte Constitucional, con fundamento solo en normas del orden nacional, destacó la vulneración del derecho a la salud de esta mujer al habersele negado los controles prenatales y

así mismo, se indicó que la atención médica de las mujeres gestantes (servicios médicos prenatales, de parto y posnatales), obedece al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que requieren ser prestados de forma urgente por las instituciones prestadoras de salud (Corte Constitucional, Sentencia T-298/19, 2019).

Sin embargo, es de destacar que en este caso no se hizo el análisis desde las normas de carácter internacional relativas a la protección de los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

Hablar de migración ya intrínsecamente es hablar de un concepto con un contenido político, de lo contrario se hablaría simplemente de personas que están en constante movimiento. Este concepto es reciente, lo que lleva a un campo que está en construcción permanente y en el que los Estados según sea su posición política o situación frente a otros Estados adoptan marcos conceptuales y normativos que varían.

Estos marcos, a su vez, son aplicados, interpretados y vaciados de sentido por distintas autoridades que, de acuerdo con el tipo de gestión de la migración o de gobernabilidad que exista en el país, intervienen (Gil, 2018) y enfrentan de distintas formas la tensión entre derechos humanos y marco legal nacional, a la hora de resolver casos de migración irregular.

En este estudio de caso analizado se pudo observar desde la autoridad judicial de los jueces constitucionales en instancia de Corte Constitucional, que la aplicación de los marcos normativos y de política es distinta si se trata de jueces en instancias previas a la Corte Constitucional en las cuales en ninguno de los casos estudiados se encontró fundamentación desde el marco de los derechos humanos.

Tampoco se puede afirmar que los cuatro casos en los que la Corte Constitucional decidió proteger el derecho a la salud de los migrantes irregulares venezolanos, esto se haya hecho con fundamento en las normas internacionales desde el marco de la protección de los derechos humanos. En el caso 4, por ejemplo, se dio la protección del derecho a la salud con fundamento en la Constitución Nacional, pero no se invocaron normas internacionales para la toma de la decisión.

De igual forma para el caso 1, la Corte relaciona normas internacionales en la sentencia, pero no se presenta ninguna tensión, entre el marco nacional y el internacional de derechos humanos, toda vez que la Corte termina decidiendo con fundamento en una norma legal nacional mediante la cual se puede conceder el derecho a la salud.

Salvo lo anterior, se identificó también que sí es factible que la Corte en algunas sentencias falle casos similares a los descritos anteriormente con fundamento en normas de orden universal o de derechos humanos y las ponga a prevalecer por encima de marcos regulatorios nacionales que niegan derechos fundamentales ante la clasificación de inmigrantes irregulares. Esto es importante de cara a la necesidad que se genere jurisprudencia vinculante como precedente para la protección de estos derechos.

Lo que no es determinable es qué motivación influye el cambio. En otras palabras, qué lleva a un juez en la Corte a preferir sustentar su decisión desde un marco internacional, lo que resuelve la tensión entre la protección del derecho a la salud y el control en cuanto a la migración irregular (López, 2005) o a fallar el caso a favor del inmigrante, pero desde la fundamentación legal y nacional, incluso con interpretaciones extensibles de la Constitución Política.

En las cuatro sentencias analizadas es notable la limitada comprensión y usos de la normatividad internacional relacionada con el derecho humano a migrar para sustentar los fallos que concedían el derecho fundamental a la salud. Incluso en los casos en los que se protegió la salud desde el marco de los derechos humanos, se evidencia que no se conecta el derecho a migrar con los derechos humanos, en una clara falencia de la aplicación de los principios de indivisibilidad e interdependencia.

Finalmente, se podría pensar que dentro de los factores que pueden estar influenciando esta elección de los jueces constitucionales al momento de motivar sus sentencias, puede estar el favorecimiento de preferencias personales de interpretación que van desde visiones más conservadoras del marco legal y soberano del Estado nación, en contraposición con visiones normativas más globalizantes y de protección transnacional.

## REFERENCIAS

Acnudh - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (s. f.). *¿En qué consisten los derechos humanos?* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>

Acnur - Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2019, 7 de junio). Refugiados y migrantes de Venezuela superan los cuatro millones: *Acnur y OIM*. UNHCR Acnur. <https://www.acnur.org/noticias/press/2019/6/5cfa5eb64/refugiados-y-migrantes-de-venezuela-superan-los-cuatro-millones-acnur-y.html>

Ajiaco, R. (2020, 22 de enero). *Migrantes venezolanos llegarían a 2 millones en 2020*. El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/politica/partidos-politicos/lo-restos-de-colombia-frente-a-una-migracion-venezolana-que-no-cesa-453616>

Asamblea General de la ONU. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Castles, S. (2003). Jerarquías de ciudadanía en el nuevo orden global. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 37, 9-33. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/1084>

Constitución Política de Colombia. (1991). *Gaceta Constitucional N.º 116*. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Corte Constitucional. (2018, 5 de febrero). Sentencia T-023/18 (José Fernando Reyes Cuartas, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-023-18.htm>

Corte Constitucional. (2018, 1 de junio). Sentencia T-210/18 (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-210-18.htm>

Corte Constitucional. (2019, 29 de enero). Sentencia T-025/19 (Alberto Rojas Ríos, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-025-19.htm>

Corte Constitucional. (2019, 28 de junio). Sentencia T-298/19 (Alberto Rojas Ríos, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-298-19.htm>

Estupiñán, M. L. (2014). La gestión internacional de las migraciones como una racionalidad política. *Migraciones Internacionales*, 7(26), 249 - 259. <https://doi.org/10.17428/rmi.v7i26.677>

Gil, S. (2018). Las políticas migratorias como herramientas de construcción social. *Revista Temas de Antropología y Migración*, (10), 83-85. <http://www.migrantropologia.com.ar/images/stories/PDF/Revista10/parte3.pdf>

López, A. M. (2005). *Inmigrantes y estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*. Anthropos.

Migración Colombia. (2019). *Total de venezolanos en Colombia corte 30 de junio de 2019*. Migración Ministerio de Relaciones Exteriores. <https://www.migracioncolombia.gov.co/infografias/total-de-venezolanos-en-colombia-corte-a-30-junio-de-2019>.

Ministerio de Justicia. (s. f.). *Protección de Derecho a los Migrantes*. Sistema Único de Información Normativa. Recuperado de <http://www.suin-juriscal.gov.co/legislacion/proteccionmigrantes.html>. Consultado el 5 de julio de 2020.

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020, 20 de enero). Decreto 064. *Por el cual se modifican los artículos 2.1.311, 2.1.3.13, 2.1.5.1, 2.1.7.7, 2.1.7.8 y 2.1.3.17, y se adicionan los artículos 2.1.5.4 y 2.1.5.5 del Decreto 780 de 2016, en relación con los afiliados al régimen subsidiado, la afiliación de oficio y se dictan otras disposiciones*. [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Decreto%20No.%20064%20de%202020.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%20No.%20064%20de%202020.pdf)

Proyecto Migración Venezuela. (2020a). *Informe sobre necesidades en salud de la población migrante en Colombia*. Proyectos Semana. [https://s3.amazonaws.com/semanaruralvzla/documentos/1593761162\\_informe\\_de\\_saludpdf](https://s3.amazonaws.com/semanaruralvzla/documentos/1593761162_informe_de_saludpdf)

Proyecto Migración Venezuela. (2020b, 20 de junio). *Colombia, un refugio distante*. Proyectos Semana. <https://migravenezuela.com/web/articulo/especial-dia-mundial-del-refugiado-1978>

Sulbarán, R. D. (2020, 1 de julio). *“No todos los venezolanos en el extranjero han solicitado refugio”*: representante de Acnur. Proyecto Migración Venezuela. Proyectos Semana. <https://migravenezuela.com/web/articulo/representante-de-acnur-explica-que-no-todos-los-venezolanos-en-el-extranjero-han-solicitado-refugio/2002>