

Bogotá, D. C., 16 de septiembre de 2022

Honorable magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Corte Constitucional

E. S. D.

ASUNTO: Concepto técnico de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la Corporación Colectiva Justicia Mujer y Dejusticia.

REFERENCIA: Acción de tutela, radicado No. T-8.544.174

ACCIONANTE: MVAC

ACCIONADOS: Hospital de San Antonio de Tame (Arauca) y otros.

Diana Esther Guzmán, Lucía Ramírez Bolívar, Fabián Mendoza Pulido, Lina Arroyave Velásquez, y Cristina Annear Camero, subdirectora e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia; Carolina Moreno Velásquez, Laura Cristina Dib Ayesta, y Gracy Pelacani de la Clínica Jurídica para Migrantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; y Nathalia Rodríguez Cabrera, Melissa Hincapié Ochoa, y Elsy Mena Palacios de la Corporación Colectiva Justicia Mujer, todas identificadas al pie del presente documento, presentamos el siguiente concepto técnico, en atención a la invitación de la Corte Constitucional para conceptuar en el proceso de tutela de la referencia mediante el auto de pruebas de 6 de junio de 2022¹. Para lo anterior, en este documento ilustramos los riesgos y necesidades de protección de las mujeres migrantes, especialmente de las niñas y adolescentes, y las obligaciones del Estado para

¹ Se responderá a las siguientes preguntas: 1. ¿Cuáles son los riesgos asociados al embarazo en mujeres adolescentes, especialmente, en mujeres migrantes?; 2. ¿Qué importancia tienen los controles prenatales en los embarazos de mujeres adolescentes? ¿La atención del embarazo puede considerarse como un servicio en salud de urgencia?; 3. ¿Es un riesgo para la vida de las mujeres gestantes, especialmente aquellas que son adolescentes y migrantes, y los nasciturus la ausencia de controles prenatales? Teniendo en cuenta lo anterior, ¿cuáles podrían ser sus consecuencias?; 4. ¿Cuáles son las barreras de acceso que tienen las mujeres migrantes gestantes para acceder al SGSSS? Conforme a lo anterior, ¿qué efectos tienen las referenciadas barreras en la integridad física y mental, así como, en el derecho a la salud de las mujeres migrantes gestantes?; 5. En caso de existir, ¿qué medidas podrían implementarse para eliminar dichas barreras?; 6. ¿Qué se entiende por violencia obstétrica y qué normas prevé el ordenamiento jurídico colombiano para su prevención/erradicación?; 7. ¿Cuál es la probabilidad que tienen las mujeres embarazadas, especialmente aquellas que son adolescentes y migrantes, de sufrir violencia obstétrica en Colombia y cuáles son los comportamientos que constituyen la mencionada violencia?

garantizar su derecho fundamental a recibir una atención básica en salud, que incluya servicios de urgencia y salud reproductiva.

A lo largo de este documento sostenemos que las mujeres y personas gestantes migrantes y refugiadas sufren una desprotección que necesita urgente atención por parte del Estado colombiano. Estas personas en muchas ocasiones migran con el fin de acceder a mejores condiciones en lo relacionado con salud sexual y reproductiva, pero se enfrentan a situaciones de mayor violencia y revictimización en el tránsito o en el país de acogida, y en especial cuando se trata de niñas, niños y adolescentes. Por otro lado, en muchas ocasiones la condición de ser migrantes irregulares les impone barreras en el acceso a servicios de salud. Lo anterior es particularmente preocupante en el marco de las gestaciones. Las instituciones y entidades prestadoras de salud en muchas ocasiones no atienden consultas prenatales por no considerarlas servicios de urgencia, lo que pone en riesgo a las gestantes y los fetos.

Adicionalmente, para analizar el caso concreto consideramos importante analizar cuatro argumentos que deben guiar el análisis del caso concreto. Primero, que las niñas, niños y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional y que las adolescentes migrantes en situación migratoria irregular se encuentran en una situación de vulnerabilidad acentuada. Segundo, que los servicios de salud materna para mujeres adolescentes y adultas durante el periodo de gestación, parto y lactancia hacen parte de la atención de urgencias. Tercero, que es un deber del Estado el evitar y combatir la violencia obstétrica como una violencia basada en género que afecta especialmente a mujeres en condiciones de vulnerabilidad como las mujeres migrantes. Finalmente, se debe reiterar jurisprudencialmente que ni el estatus migratorio ni el deber de regularización migratoria son condiciones para que las personas migrantes sean excluidas de la atención básica en salud, incluidos los servicios de urgencia.

Por lo anterior, como conclusión general, afirmamos que la regularización migratoria no puede ser un requisito de validez para que las personas migrantes o refugiadas puedan acceder a servicios de salud y atención médica, particularmente cuando sean servicios de salud sexual o reproductiva. Asimismo, sugerimos que esta Honorable Corte haga un llamado particular a que el Estado cree políticas públicas enfocadas en personas migrantes y refugiadas con un énfasis especial en las necesidades particulares que puedan tener las personas en razón al género. Por último, creemos razonable que se pongan a disposición ciertas medidas que garanticen todos estos servicios de salud sin barreras a niñas, niños y adolescentes migrantes o refugiadas.

Con el fin de explicar con mayor detalle nuestros argumentos, este documento estará dividido en siete partes. En primer lugar, a modo de contexto, presentamos el déficit de garantía de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres en Venezuela, así como las necesidades de protección de las mujeres migrantes en tránsito y en los lugares de destino. En segundo lugar, nos referimos acerca de los retos para la garantía de

los derechos de las niñas y adolescentes migrantes, quienes son sujetos de especial protección constitucional. En tercer lugar, abordaremos las obligaciones del Estado para garantizar el derecho a la salud de las personas migrantes y refugiadas, incluyendo la atención primaria en salud de los niños, niñas y adolescentes migrantes. En cuarto lugar, reseñamos las barreras legales y prácticas que comúnmente enfrentan las personas migrantes y refugiadas para acceder a servicios de salud en el país, profundizando en la negación de la atención de urgencias a mujeres en situación migratoria irregular y la reproducción de prejuicios xenofóbicos en la atención otorgada.

En quinto lugar, resumimos información jurídica relevante sobre el derecho de todas las mujeres, sin importar su condición migratoria, a tener un embarazo sano y seguro y su relación con la salud reproductiva, incluyendo servicios de urgencia como controles prenatales y atención médica. En sexto lugar, nos referimos a la violencia obstétrica como una violencia basada en género que afecta especialmente a poblaciones vulnerables como las mujeres migrantes. En este punto, argumentamos que la denegación de los servicios de salud reproductiva de las mujeres gestantes y lactantes es una forma de violencia obstétrica. Finalmente, cerraremos el documento con una serie de recomendaciones para eliminar las barreras que impiden a mujeres migrantes en estado de embarazo y lactancia, incluyendo las que son menores de edad, acceder a la atención primaria en salud y, particularmente, a los servicios médicos de urgencia.

1. EL DÉFICIT DE GARANTÍA DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE NIÑAS, ADOLESCENTES Y MUJERES MIGRANTES

La violación masiva de los derechos humanos y la emergencia humanitaria compleja por la que atraviesa Venezuela ha afectado de manera desproporcionada los derechos de las mujeres y las niñas, en particular, sus derechos sexuales y reproductivos. Concretamente, esta población enfrenta barreras para acceder a elementos para el autocuidado menstrual, métodos anticonceptivos, y servicios de salud durante y después del embarazo². En esta sección presentamos un breve panorama de esta problemática, que en muchos casos se convierte en una de las razones para migrar forzosamente. Asimismo, explicamos los riesgos y necesidades de protección de la salud sexual y salud reproductiva de las mujeres migrantes una vez han llegado a los lugares de destino.

² CIDH. Comunicado de Prensa No. 085/21. [La CIDH expresa preocupación por la falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva en Venezuela](#). 06 de abril de 2021.

1.1. Vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Venezuela

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha constatado las fallas y carencias que se presentan en el sistema de salud venezolano que afectan a las mujeres y personas gestantes, tanto en su vida sexual como reproductiva. Con respecto a estas fallas, la CIDH recibió información según la cual el índice de escasez de métodos anticonceptivos en al menos 5 ciudades del país osciló entre el 83,3% y el 91,7%³, a lo que se suma el elevado costo de los que están disponibles. Las barreras para acceder a métodos anticonceptivos tienen a su vez repercusiones en el aumento de enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados y abortos en condiciones inseguras, en un contexto con legislaciones restrictivas con respecto a la interrupción voluntaria del embarazo⁴.

Frente a la atención que requieren las mujeres y personas gestantes⁵, cuyas barreras han sido calificadas por la CIDH como violencia obstétrica⁶, este organismo ha documentado que las mujeres embarazadas *“no obtienen vacunas, medicamentos, productos de primera necesidad y no pueden acceder a controles prenatales o para recién nacidos, ni recibir atención que garantice embarazos y partos seguros”*⁷. En su visita a la frontera colombo-venezolana durante 2020, la CIDH recibió *“testimonios de mujeres que manifestaron que, para recibir controles prenatales y para el parto, debían facilitar los instrumentos quirúrgicos y de profilaxis a los hospitales”*⁸. Esta situación genera que los riesgos de morir por complicaciones asociadas al embarazo y al parto en Venezuela sean muy altos, a lo que se suma la falta de información, pues desde 2016 no se conocen cifras oficiales sobre mortalidad materna⁹.

³ CIDH. Comunicado de Prensa No. 085/21. [La CIDH expresa preocupación por la falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva en Venezuela](#). 06 de abril de 2021.

⁴ En Venezuela el aborto es un delito penal salvo en los casos en que la vida de la madre está en riesgo. Asociación Venezolana para una Educación Sexual Alternativa. [“¿Es legal el aborto en Venezuela? Marco legal nacional e internacional en materia de aborto”](#), octubre de 2019.

⁵ Por mujeres y personas gestantes se entiende el universo de personas con capacidad de gestar entre las que se encuentran principalmente las mujeres, pero que también incluye hombres trans, personas transmasculinas y personas no binarias.

⁶ La CIDH ha considerado que *“la violencia obstétrica abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o postparto, en centros de salud públicos o privados”*. CIDH. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 233. 14 de noviembre de 2019.

⁷ CIDH. Informe Anual 2019. [Capítulo IV.B. Venezuela](#). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 5. 24 de febrero de 2020. Párrafo 145.

⁸ CIDH. Comunicado de Prensa No. 085/21. [La CIDH expresa preocupación por la falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva en Venezuela](#). 06 de abril de 2021.

⁹ Ibidem.

1.2. Riesgos y necesidades de protección de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las mujeres migrantes en tránsito y en los lugares de destino

La violación de los derechos sexuales y derechos reproductivos de las personas gestantes venezolanas ha motivado que miles de mujeres y niñas migren con miras a acceder a cuidados y servicios de salud que en Venezuela no están disponibles o son de difícil acceso¹⁰, entre ellos la atención prenatal, durante el parto y en el puerperio.

Una vez llegan a Colombia las personas migrantes, siguen enfrentando dificultades para acceder al sistema de salud y, en particular, a servicios de salud sexual y salud reproductiva, debido a las limitaciones para acceder a un estatus migratorio regular, la discriminación y la falta de información. Durante el proceso migratorio, las mujeres experimentan acceso insuficiente e inequitativo a los servicios esenciales de salud sexual y reproductiva *“lo que aumenta su vulnerabilidad y las expone a mayores riesgos de violencia sexual y de género, embarazos no deseados, embarazos tempranos (entre 10-14 años de edad), enfermedades de transmisión sexual, abortos inseguros y morbilidad materna extrema, entre otros”*¹¹.

De acuerdo con una investigación realizada por Profamilia en 4 ciudades del país con importante presencia de población migrante venezolana (Cúcuta, Riohacha, Valledupar, y Arauca), las principales necesidades en materia de derechos sexuales y derechos reproductivos de esta población son: (i) acceso a servicios de planificación, (ii) prevención de infecciones de transmisión sexual, (iii) educación integral para la sexualidad, (iv) prevención del embarazo adolescente, (v) acceso a servicios de salud materno – infantil, (vi) servicios de aborto seguro y atención post-aborto, (vii) respuesta combinada en atención y tratamiento del VIH, entre otras¹².

En relación con la atención prenatal y durante el parto, si bien el número de mujeres migrantes atendidas ha aumentado en los últimos años¹³, muchas de ellas no logran acceder a estos servicios, que se tornan más urgentes debido a las condiciones de vulnerabilidad que regularmente enfrentan. Las barreras para acceder a la atención que necesitan están asociadas a la falta de un estatus migratorio regular; insuficiente cobertura

¹⁰ CIDH. Comunicado de Prensa No. 106/20. [CIDH presenta sus observaciones y recomendaciones preliminares tras la histórica visita in loco a Venezuela para monitorear situación de derechos humanos](#). 8 de mayo de 2020.

¹¹ Profamilia. 2020. Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia ¿Cómo manejar la respuesta local dentro de la emergencia humanitaria?.

¹² Profamilia. Evaluación de las necesidades insatisfechas en salud sexual y salud reproductiva de la población migrante venezolana en cuatro ciudades de la frontera colombo-venezolana.

¹³ Según Profamilia, *“en 2019, 515.770 personas utilizaron los servicios de salud por diagnósticos asociados a controles prenatales. En los departamentos priorizados esta cifra llegó a 27.446 migrantes y refugiadas venezolanas y a 76.085 personas de la comunidad de acogida. El uso de servicios de salud entre migrantes y refugiados venezolanos aumentó 80% entre 2018 y 2019”*. Profamilia. Evaluación de las necesidades insatisfechas en salud sexual y salud reproductiva de la población migrante venezolana en cuatro ciudades de la frontera colombo-venezolana.

del sistema de salud; falta de apropiación de lineamientos para la atención en salud a nivel local; ausencia de información de calidad sobre dónde y cómo completar sus controles prenatales; y conductas xenofóbicas por parte de los prestadores de los servicios de salud¹⁴.

Finalmente, con respecto a la morbilidad materna extrema, Profamilia encontró un aumento de casi el 59% de los casos entre mujeres y personas gestantes migrantes entre 2018 y 2019, a pesar de que es una cifra que va en descenso en el país. De acuerdo con esta investigación, la morbilidad materna extrema entre esta población se puede deber a los cambios generados por el proceso migratorio, como *“el estrés, la ansiedad, los desplazamientos, los cambios en la alimentación, las dificultades para tener acceso a saneamiento básico, a los servicios de salud, el clima y los largos trayectos”*¹⁵.

La vulneración de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Venezuela se ha convertido en una causa de la migración forzada de muchas de ellas, de ahí que es importante que la Corte tome en consideración esta información de contexto para analizar el presente caso.

2. LA MIGRACIÓN DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA A COLOMBIA: RETOS DE PROTECCIÓN

Un aspecto fundamental a considerar en este proceso es la edad de la accionante, quien es menor de edad. Este elemento, en conjunto con el hecho de que se trata, además, de una mujer en estado de embarazo con estatus migratorio irregular, pone a la accionante en una situación de extrema vulnerabilidad. En consecuencia, se requiere un acercamiento al caso desde un enfoque interseccional: de niñez, migratorio, género y derechos humanos.¹⁶ De hecho, los niños y niñas migrantes en situación migratoria irregular se encuentran en situación de triple vulnerabilidad: por ser niños, por ser niños afectados por la migración y por su situación migratoria irregular, circunstancias que los expone a una más alta probabilidad de ser víctimas de violencia y vulneración a sus derechos¹⁷.

En primer lugar, debe recordarse que todas las entidades del Estado están llamadas a actuar con el fin de garantizar el interés superior del niño. Tal y como lo deja sentado el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General no. 14, el interés superior

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que “la interseccionalidad se presenta cuando concurren de manera simultánea diversas causas de discriminación, situación que expone a quien las sufre, a un mayor grado de vulnerabilidad”, y ha indicado que “las autoridades judiciales y administrativas están en la obligación de adoptar las medidas necesarias y adecuadas dirigidas a garantizar la protección integral y efectiva de los derechos, particularmente, respecto de aquellas personas que pertenecen a grupos históricamente discriminados, como las mujeres, que por su género están mayormente expuestas a los factores de discriminación.” Cf. Sentencia T-535 de 202, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁷ UNICEF. Nota técnica. La regularización migratoria como condición esencial para la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en contexto de movilidad humana, mayo 2020, pp. 6 y 11.

“[d]ebe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales”¹⁸. Aun reconociendo que el interés superior del niño puede entrar en tensión y hasta en conflicto con otras consideraciones e intereses, el Comité señala que “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”¹⁹.

En segundo lugar, es oportuno mencionar que, en un contexto de migración internacional, los niños deben ser tratados, ante todo, como niños. Esto quiere decir que cualquier consideración relativa al cumplimiento de los objetivos de política migratoria, como la obligación de los extranjeros de regularizar su situación migratoria, ocupará un lugar secundario ante la obligación del Estado y de todas sus entidades de hacer efectivos los derechos de los niños y las niñas bajo su jurisdicción²⁰. En este sentido, el CONPES 3950 de 2018, con base en datos del Registro Administrativo para Migrantes Venezolanos (RAMV), señala que

[L]a caracterización del RAMV revela que los NNA ingresan de manera irregular al país, algunos sin documentación y en condiciones más difíciles que los adultos (...), por lo cual son especialmente susceptibles de encontrar barreras para el acceso a servicios sociales que garanticen sus derechos. (...) Adicionalmente, estas mismas problemáticas de acceso a servicios sociales se presenta de forma crítica con NNA no acompañados y separados de sus familias²¹ (subrayado fuera del texto).

Como tercera consideración, la Corte debe advertir los riesgos que implica afirmar que la situación migratoria irregular de la accionante es una mera consecuencia de su falta de actuación oportuna ante las autoridades migratorias, o que esta situación derivó de un incumplimiento del deber que tiene como extranjera en Colombia de acatar las leyes y la Constitución. Este tipo de consideraciones desligadas del contexto y de las circunstancias del caso concreto muestran el desconocimiento de la normativa migratoria y las dificultades que encuentran los menores de edad migrantes para regularizar su situación migratoria en el país, especialmente, cuando no están acompañados o no están bajo el cuidado del Estado. Así mismo, estas apreciaciones ignoran el temor que puede tener una persona en la situación de la accionante de acercarse a las autoridades, las dificultades que

¹⁸ ONU. Comité de los Derechos del Niño, Observación general No. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párr. 32.

¹⁹ Ibidem., párr. 39.

²⁰ ONU. Comité de los Derechos del Niño, Comité de Protección de los Derechos de Todos, Comité de los Derechos del Niño los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Observación general conjunta núm. 3 (2017) del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y núm. 22 (2017) del Comité de los Derechos del Niño sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, párr. 11-15.

²¹ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Documento CONPES 3950 de 2018, Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela, pp. 54-55.

debe sortear para acceder a información oportuna, y los mecanismos de regularización migratoria predispuestos para ella.

Frente a este último punto, vale resaltar que no es suficiente con que exista un mecanismo de regularización migratoria, sino que hay que considerar su accesibilidad efectiva por parte de la población que se esté considerando²². En particular, se debe tener presente que la única posibilidad con la que cuentan personas como la accionante - una mujer adolescente en embarazo, en situación migratoria irregular y de nacionalidad venezolana - para acceder al *permiso por protección temporal* en el marco del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos, siendo menor de edad, es a través de sus padres, de un adulto responsable de su cuidado o de la autoridad administrativa, en el marco de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos. Lo mismo ocurre con la solicitud de un *salvoconducto de permanencia tipo 2*, el cual no puede ser solicitado por un menor de edad en su propio nombre acercándose a la autoridad migratoria del lugar en que se encuentre²³. Además, un salvoconducto no es un mecanismo de regularización estable y de largo plazo, por lo cual se sigue requiriendo adelantar los trámites necesarios para definir la situación administrativa²⁴.

En conclusión, los niños, niñas y adolescentes migrantes deben ser tratados, ante todo, como niños y que por encontrarse en situación migratoria irregular están en una situación de extrema vulnerabilidad. Además, todas las autoridades del Estado deben actuar teniendo como consideración primordial el interés superior de niños y niñas. Finalmente, la situación migratoria de la accionante debe ser considerada de acuerdo al contexto en que esta se encuentra y no se le puede imponer una obligación desproporcionada respecto a la regularización de su situación migratoria. A la luz de estas consideraciones, bajo ninguna circunstancia se puede considerar que rehusarse de atender a una mujer adolescente migrante en embarazo y en situación migratoria irregular es una actuación acorde a su interés superior y garante de sus derechos.

3. NEGAR SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA A PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS VIOLA SU DERECHO A LA SALUD

Las barreras para acceder al sistema de salud que encuentran las personas migrantes y refugiadas con estatus migratorio irregular, y que pueden poner en riesgo su vida e

²² Pelacani, Gracy, Moreno V., Carolina, Dib-Ayesta, Laura y Tobón Ospino, Mairene. “Estatuto temporal de protección para migrantes venezolanos: reflexiones de una política de regularización migratoria”. Informes CEM. Informe 3-2021. Centro de Estudios en Migración (CEM). Agosto del 2021. Bogotá, Colombia, pp. 26 y ss.

²³ Migración Colombia. Resolución 2061 de 2020. Por la cual se expide la Resolución Única de Trámites y otras disposiciones del Proceso de Gestión de Extranjería, art. 39.

²⁴ Decreto 1016 de 2020, Por medio del cual se modifican los artículos 2.2.1.11.4.9 y 2.2.3.1.4.1 del Decreto 1067 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”, artículo 1.

integridad, especialmente en situaciones de urgencia, deben llevar a la Corte Constitucional a reiterar que el derecho a la salud es un derecho fundamental que cubre a todos los habitantes del país independientemente de su nacionalidad o estatus migratorio. Esto adquiere mayor relevancia cuando algunas entidades de salud sostienen que las personas con estatus migratorio irregular solo tienen derecho a la atención inicial de urgencias y no a aquellos servicios médicos (como exámenes o tratamientos) que puedan requerir; interpretación que, además de ser errónea, rompe con el principio de universalidad de los derechos humanos.

En esta sección, en primer lugar, explicamos por qué el derecho fundamental a la salud de las personas migrantes, y, en especial, la atención primaria en salud debe ser garantizada de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación. Asimismo, reiteramos los parámetros constitucionales conforme con los cuales debe ser garantizado este derecho a las personas migrantes con estatus migratorio irregular. En segundo lugar, argumentamos que la atención básica en salud para las personas migrantes no es solo una obligación jurídica a cargo del Estado, sino que también contribuye a la salud pública y es costo-efectiva. Finalmente, abordamos el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, y las mujeres migrantes como sujetos de especial protección constitucional.

3.1. El derecho a la atención básica en salud de las personas migrantes y refugiadas debe ser garantizado de acuerdo con el principio de igualdad y no discriminación

A nivel nacional, regional e internacional se ha reconocido el derecho de todas las personas a la salud. En el caso de Colombia, la Constitución y la Ley Estatutaria de Salud reconocen el derecho fundamental a gozar del más alto nivel de salud física y mental, y establecen unos correlativos deberes a cargo del Estado para alcanzar este fin. En consecuencia, la igualdad de acceso a la atención en salud y a los servicios de salud por parte de las personas migrantes, sin importar su estatus migratorio y especialmente aquellas que carezcan de medios o recursos suficientes, es una obligación fundamental a cargo del Estado en virtud del principio de igualdad y no discriminación, en este caso, en razón del origen nacional.

Con relación a las personas migrantes y refugiadas, el derecho fundamental a la salud debe interpretarse a su vez con los artículos 13 y 100 de la C.P. En ese sentido, el artículo 13 consagra el derecho a la igualdad y no discriminación en razón del origen nacional, en tanto que el artículo 100 reconoce a los extranjeros y a los nacionales las mismas garantías constitucionales y legales, “*salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley*”.

Por otra parte, a luz de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 su artículo 2 reconoce que:

*“[e]l derecho a la salud (...) comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. Así mismo, establece que **El Estado adoptará políticas para asegurar***

la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, y rehabilitación para todas las personas”
(negrilla fuera del texto)

En el ámbito internacional, diferentes instrumentos de derechos humanos y observaciones de organismos internacionales reconocen el derecho a gozar del más alto nivel de salud física y mental²⁵. En particular, el Comité DESC reiteró que los Estados parte del Pacto tienen la obligación de respetar el derecho a la salud garantizando que todas las personas tengan igualdad de acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos²⁶. Sumado a lo anterior, señaló algunos temas especiales de alcance general: la no discriminación e igualdad de trato²⁷; la perspectiva de género, especialmente en el diseño de las políticas de salud dirigidas a las mujeres²⁸; y la necesidad de adoptar medidas para la niñez y la adolescencia, para, entre otras cosas, reducir la mortinatalidad y la mortalidad infantil y promover el sano desarrollo de los niños²⁹.

Paralelamente, el Comité indicó que los Estados requieren adoptar medidas positivas que faciliten el acceso a la salud de las personas o grupos que no están en condiciones de ejercer este derecho por razones ajenas a su voluntad³⁰. Por ejemplo, aquellas personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta por su condición socioeconómica, edad y salud mental o física. Este es el caso de la población migrante o refugiada en el territorio nacional.

Asimismo, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares establece, en el artículo 28, que:

“los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo” (énfasis fuera del texto)

²⁵ En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos protege el derecho a la salud en su artículo 25#. En segundo lugar, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) lo reconoce en su artículo 12. Otros instrumentos que hacen parte del Sistema de Naciones Unidas se expresan en el mismo sentido tales como: la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial#. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Párrafo 43. E/C.12/2000/4. Párrafo 34.

²⁷ Ibidem, párrafo 18.

²⁸ Ibidem, párrafo 20.

²⁹ Ibidem, párrafo 22.

³⁰ Ibidem, párrafo 37.

Así, los estándares internacionales³¹ de protección de derechos para la población migrante y refugiada implican no sólo que los Estados deban atender las urgencias médicas, sino que deben proveer todos aquellos servicios que eviten un daño irreparable a la salud.

Por su parte, la Corte Constitucional ha reiterado la naturaleza fundamental del derecho a la salud y el deber de garantizarlo a toda la población, sin distinción alguna *“conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad del sistema de seguridad social consagrados en el artículo 49 de la Constitución Política”*³². En ese sentido, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al ser la salud un derecho fundamental, el Estado y los particulares que prestan servicios de salud tienen la obligación de *“desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho”*³³. De manera que el Estado y las instituciones que a nivel territorial tienen el deber de ofrecer la atención en salud a toda persona que así lo demande.

Con respecto a las personas extranjeras, la Corte ha señalado que no solo tienen derecho al trato igual y la protección jurídica de las mismas garantías de las que son titulares los nacionales³⁴, sino que, tratándose de la salud, es deber de las entidades competentes de este servicio atenderlas sin distinción alguna³⁵.

En conclusión, de acuerdo con nuestro orden constitucional, las personas migrantes, al igual que los nacionales, tienen derecho a la garantía efectiva e igualitaria del derecho a la salud por tratarse de un derecho fundamental que cubija a todos los habitantes del país sin distinción alguna e independientemente de su estatus migratorio. Por esta razón, la igualdad de acceso a la atención en salud y a los servicios de salud para las personas migrantes y refugiadas, especialmente aquellas que carecen de medios o recursos

³¹En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos distintos tratados y declaraciones también reconocen el derecho a la salud: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³²Corte Constitucional, sentencia T-298 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos. En este caso la Corte estudió el caso de una mujer migrante en estado de embarazo que reclamaba la protección del derecho a la salud y a la seguridad social. En esta decisión la Corte señaló que *“los extranjeros en situación de irregularidad en el territorio colombiano, sin capacidad de pago, tienen derecho a recibir atención de urgencias, en tanto contenido mínimo del derecho a la salud, entendiendo que el concepto de atención de urgencia médica debe interpretarse a la luz del derecho a la vida digna”*. Así mismo la Corte indicó que la atención médica a las mujeres gestantes (servicios médicos prenatales, de parto y posnatales), hacen parte del ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, que requieren ser prestados de forma urgente por las instituciones prestadoras de salud.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-999 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁴ En la sentencia T-215 de 1996, M. P. Fabio Morón Díaz, la Corte Constitucional sostuvo que: *“Se garantiza a los extranjeros el derecho al trato igual y la protección jurídica de los mismos derechos y garantías de que son titulares los nacionales [...] así aquéllos se encuentren en condiciones de permanencia irregular”*.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-834 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. En esta sentencia la Corte estudió la constitucionalidad del artículo 1 (parcial) de la Ley 789 de 2002. La Corte sostuvo en esta sentencia que *“toda persona, incluyendo por tanto a los extranjeros que se encuentren en Colombia, tienen derecho a un mínimo vital, en tanto que manifestación de su dignidad humana, es decir, un derecho a recibir una atención mínima por parte del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras a atender sus necesidades más elementales y primarias.”* (negrillas fuera del texto).

suficientes, es una obligación fundamental a cargo del Estado en virtud del principio de igualdad y no discriminación.

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

Garantizar una atención básica en salud para la población migrante no solo protege su derecho a la vida, sino que es una intervención costo-eficiente en comparación con la prestación solamente de servicios de urgencias. La atención básica en salud permite que las personas migrantes y refugiadas acudan al sistema de salud, más allá de la atención de urgencias, para recibir la atención médica requerida y acceso a medicamentos de forma temprana, evitando de esta forma las afectaciones en el largo plazo en la salud de esta población.

Por el contrario, la exclusión de las personas migrantes y refugiadas de los servicios de salud genera mayores costos financieros para los estados receptores y a su vez puede suponer un riesgo para la salud pública de las comunidades de acogida³⁶ ya que algunas enfermedades pueden volverse crónicas y más costosas de tratar sino se intervienen a tiempo³⁷.

Los expertos han sugerido que proporcionar a las personas migrantes acceso a la atención preventiva y primaria en lugar de una intervención de urgencia con retraso, puede efectivamente reducir los costos del sistema sanitario porque reducir el acceso de salud de personas migrantes y refugiadas solo a la atención inicial de urgencias es inhumano y costoso para el sistema³⁸. El hecho de no permitir que las personas sin estatus migratorio regular se afilien al SGSSS elimina la posibilidad de que estas se afilien tanto al régimen contributivo como al subsidiado, pero además las deja bajo la discrecionalidad de las IPS, en tanto serán estas instituciones las que en últimas decidan quienes pueden o no acceder a atención médica³⁹.

Con base en lo anterior, limitar el acceso a salud de las personas migrantes y refugiadas únicamente a la atención inicial de urgencias es una medida que no solo va en contra de sus derechos humanos, de la jurisprudencia y de la legislación, sino que además conlleva altos costos para el SGSSS. Esperar a que una persona regularice su situación migratoria

³⁶ OIM, OMS, OACNUDH. Migración internacional, salud y derechos humanos. 2013. En https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/WHO_IOM_UNOHCHRPublication_sp.pdf P. 56.

³⁷ Ibidem. P. 19.

³⁸ Ibidem. P. 9. <https://www.refworld.org/es/docid/4eef14bd2.html>.

³⁹ Además en el documento CONPES 3950 de 2018, Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela, el gobierno nacional concluyó que: “los costos de la atención en salud son inferiores cuando se accede vía aseguramiento, esquema en el cual se distribuye el riesgo de salud entre un grupo de afiliados, lo que disminuye el gasto per cápita, mientras que, el acceso a los servicios por evento vía prestación de servicios a la población no asegurada implica mayor gasto al tener que asumir individualmente el costo de cada atención sin la solidaridad del seguro.

para garantizar la prestación de servicios médicos, lleva a que su tratamiento sea más costoso y, algunas veces, más prolongado lo que no sólo deteriora su vida, sino que además agrava los problemas de salud pública y de estabilidad financiera del sistema. Además, va en contra de la evidencia científica, que ha encontrado que para ciertas enfermedades o condiciones como la es el estado de embarazo, resulta más costo-efectivo brindar una atención inmediata.

3.3. El derecho a la salud en Colombia para niños, niñas y adolescentes migrantes como sujetos de especial protección constitucional

El derecho a la salud de los NNA se encuentra consagrado en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de los que Colombia es parte, como la Convención de los Derechos del Niño y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁴⁰. El Comité de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias y el Comité de los Derechos del Niño, que vigilan el cumplimiento de los mencionados instrumentos, han establecido que todos los niños, niñas y adolescentes “(...) *deben tener el mismo acceso que los nacionales a la atención de la salud, sea cual fuere su situación migratoria*” y los Estados deben velar porque la salud de éstos no sea vea afectada como consecuencia de la discriminación⁴¹. Asimismo, los NNA migrantes deben poder recibir servicios de salud sin tener que presentar un permiso de residencia o un registro de solicitud de asilo⁴². De este modo, los Estados deben prohibir a las instituciones sanitarias y a las autoridades de inmigración compartir datos sobre los pacientes, en la medida en que con ello se puede limitar o privar el derecho a la salud de los NNA migrantes.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado, además, que los adolescentes que sufren discriminación, como es frecuentemente el caso con las personas migrantes en situación de vulnerabilidad, se encuentran en mayor riesgo de sufrir abusos, violencias y explotación, que ponen su salud y desarrollo en peligro⁴³. Paralelamente, dicho Comité ha señalado que rara vez los servicios de salud están diseñados para dar cabida a las necesidades sanitarias específicas de las y los adolescentes, quienes enfrentan obstáculos de todo tipo, así como discriminación, violencia, abuso y falta de confidencialidad⁴⁴. También ha destacado que la falta de acceso a servicios de salud sexual y reproductiva para las adolescentes contribuye a que éste sea “*el colectivo de mujeres con mayor riesgo de morir*”

⁴⁰ Artículos 28 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 23, 34 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁴¹ ONU, CMW y CDN. Observación general conjunta No. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y No. 23 del Comité de los Derechos del Niño sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno. Docs. CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23 (16 de noviembre de 2017), párr. 55.

⁴² *Ibíd.*, párr. 56

⁴³ ONU, CDN. Observación General No. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Doc. CRC/GC/2003/4 (21 de julio de 2003), párr. 6.

⁴⁴ *Ibíd.*, párr. 56.

o de sufrir lesiones graves o permanentes durante el embarazo y el parto”⁴⁵. De allí que sea necesario que los Estados adopten medidas para reducir la mortalidad de las adolescentes producida por el embarazo y brindar servicios de salud adecuados en razón de la edad y el género⁴⁶.

Por su parte y en la misma línea, la Corte IDH ha señalado que los Estados receptores de niños, niñas y adolescentes en situación de movilidad humana deberán determinar, en los términos del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y de conformidad con una evaluación del interés superior del menor, las medidas que se requieran para asegurar su vida, supervivencia y desarrollo⁴⁷. Entre ellas, la Corte IDH consideró aquellas que propendan al acceso a la atención en salud, *“tanto física como psicosocial, que sea culturalmente adecuada y con consideración de las cuestiones de género (...)”*⁴⁸.

Además, de conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política y el artículo 9 del Código de Infancia y Adolescencia, los derechos de los niños prevalecen sobre los demás. Este principio de primacía del interés superior de los NNA constituye *“(...) un imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de sus derechos humanos (...)”*⁴⁹. Por su parte, la Ley 1751 de 2015 reconoce como sujetos de especial protección a los niños, niñas y adolescentes, mujeres embarazadas, personas desplazadas, entre otras⁵⁰. En el caso concreto que debe estudiar la Corte Constitucional se configuran los tres perfiles enunciados en una sola persona, demostrando cómo la interseccionalidad de estas características agrava su situación de vulnerabilidad.

Esta Honorable Corte cuenta con una amplia línea jurisprudencial conforme a la cual los niños, niñas y adolescentes migrantes, incluso en situación migratoria irregular, por ser sujetos de especial protección constitucional tienen derecho al derecho fundamental a la salud⁵¹. En el caso particular de esta población, la Corte ha ampliado el concepto y alcance de la atención de salud en urgencias. En ese sentido, ha resaltado que no es su deber asumir una carga que, por su edad y la situación de vulnerabilidad que la que se encuentra, le es atribuible a sus representantes legales o a las autoridades a su cargo (en el caso de los

⁴⁵ Ibidem., párr. 59.

⁴⁶ Ibidem. párrs. 30-31.

⁴⁷ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 103.

⁴⁸ Ibidem., párr. 104.

⁴⁹ Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), art. 8º.

⁵⁰ Ibidem., art. 11.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia T-705/17, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, 30 de noviembre de 2017; Sentencia T-210/18, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, 1º de junio de 2018; Sentencia T-178/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 6 de mayo de 2019; Sentencia T-576/19, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger, 28 de noviembre de 2019; Sentencia T-058/20, M.P.: Carlos Bernal Pulido, 18 de febrero de 2020; Sentencia T-390/20, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 7 de septiembre de 2020; Sentencia T-090/21, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 14 de abril de 2021.

niños, niñas y adolescentes no acompañados)⁵². De allí que, según los precedentes de esta propia Corte, el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud que la adolescente requiera, garantizar un tratamiento integral, adecuado y especializado, a pesar de que se encuentre en situación migratoria irregular y de que, consecuentemente, no se encuentre afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

En conclusión, el ordenamiento jurídico colombiano y las normas que hacen parte de su bloque de constitucionalidad, tanto en sentido lato como en sentido estricto, amparan el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, independientemente de su estatus migratorio. De modo que en este caso es necesario que la Corte se pronuncie sobre el cumplimiento o no de la obligación que tenían a su cargo las respectivas entidades accionadas de garantizar el derecho a la salud de una adolescente gestante.

4. BARRERAS DE ACCESO AL DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS MIGRANTES Y REFUGIADAS

A lo largo de este concepto técnico hemos evidenciado un contexto de vulnerabilidad en el que se encuentran las personas en condición migratoria. A pesar de los deberes del Estado ya mencionados en lo concerniente a la debida atención en salud de estas personas, aún existen barreras para garantizar debidamente este derecho. En esta sección se presentan barreras legales y de facto a las que se enfrenta esta población a la hora de requerir servicios de salud, y en particular, servicios prenatales.

4.1. Barreras legales

En la presente sección describimos brevemente las barreras de tipo legal que enfrentan las personas migrantes y refugiadas para el acceso al derecho a la salud. Para ello, hacemos referencia a tres cuestiones, tales como: (i) la relación entre el estatus migratorio y el acceso a la salud; (ii) el acceso a los servicios de urgencias, en especial por parte de personas en situación migratoria irregular; y (iii) el acceso a la regularización migratoria.

Frente al primer punto, las personas extranjeras en Colombia pueden tener acceso a la salud de dos maneras, principalmente: por una parte, mediante la afiliación al SGSSS y, por otra, a través de los servicios de urgencias. En relación con la primera posibilidad, para la afiliación al SGSSS las personas migrantes deben contar con un documento de

⁵² Frente a la carga de regularizar la situación migratoria para acceder a los servicios de salud en el caso de menores de edad extranjeros que necesitan tratamiento médico *"resulta desproporcional, no solo por su condición de menores, sino también por el estado de vulnerabilidad en que se encuentran a causa de: (i) su patología y (ii) haber salido repentinamente de su lugar de origen. Al respecto, recuerda la Sala que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional y que la garantía de sus derechos es prevalente, máxime cuando, por sus condiciones físicas o mentales, se hallan en situación de debilidad manifiesta."* Corte Constitucional, Sentencias T-390 de 2020, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-021 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; T-090 de 2021, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

identificación válido en Colombia, es decir, su situación migratoria debe ser regular en el país⁵³.

La falta de documentos válidos para la afiliación al SGSSS es quizá una de las barreras más significativas que experimentan las personas migrantes que se encuentran en situación irregular en Colombia, pues su estatus migratorio se convierte en un obstáculo para poder afiliarse al sistema de salud. Si bien esta afirmación es aplicable a cualquier persona extranjera, independiente de su origen nacional, es particularmente relevante para los nacionales venezolanos, quienes enfrentan barreras, muchas veces infranqueables para acceder a documentos oficiales en su país de origen, como lo es un pasaporte⁵⁴.

En cuanto a la atención en el servicio de urgencias, de acuerdo con el artículo 10, literal b) de la Ley 1751 de 2015, toda persona tiene derecho a “*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*”. Esta garantía también cubre a las personas extranjeras presentes en Colombia, sin importar su estatus migratorio, como bien lo ha reiterado la Corte Constitucional en su jurisprudencia⁵⁵. Sin embargo, desde el plano práctico, esta alternativa está supeditada a una serie de restricciones que impiden el acceso efectivo a los servicios de urgencias por parte de las personas migrantes con estatus migratorio irregular.

En efecto, si bien el Decreto 780 de 2016 trae una definición del servicio de urgencias⁵⁶, ésta es bastante abierta y general. Así, al no existir una definición más precisa de lo que es una urgencia, más allá de la mencionada, la determinación de la prestación del servicio está sujeta a lo que el cuerpo médico y administrativo del centro médico determine. Aunque la Corte Constitucional ha establecido que “*el concepto de urgencias puede llegar a incluir, en casos extraordinarios, procedimientos o intervenciones médicas, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y la salud del paciente*”⁵⁷, lo cierto es que éste es un concepto que se define en el caso a caso y está abierto a la interpretación. Esta indeterminación deja a las personas migrantes que acceden a estos servicios en una situación de desprotección y de vulnerabilidad notable, pues es relativamente sencillo para los prestadores negar los servicios de salud.

⁵³ La afiliación al SGSSS se realiza de acuerdo con las reglas establecidas en el Decreto 780 de 2016, modificado por el Decreto 064 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social (MSYPS). De acuerdo con el numeral 5 del artículo 2.1.3.5 de dicho decreto, los documentos de identificación para la afiliación de personas extranjeras son: cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático y salvoconducto de permanencia. Luego, mediante Resolución 3015 de 2017 y Resolución 1178 de 2021 del MSYPS, se incluyó el Permiso Especial de Permanencia-PEP y el Permiso por Protección Temporal-PPT, respectivamente.

⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Resolución 2/18. Migración forzada de personas venezolanas.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-074 de 2017, SU-677 de 2017, T-274 de 2021.

⁵⁶ Según el artículo 2.5.3.2.3, numeral 4, el servicio de urgencia: “*Es la unidad que en forma independiente o dentro de una entidad que preste servicios de salud, cuenta con los recursos adecuados tanto humanos como físicos y de dotación que permitan la atención de personas con patología de urgencia, acorde con el nivel de atención y grado de complejidad previamente definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social para esa unidad*”.

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-074 de 2019.

Ilustra este punto lo manifestado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)⁵⁸ al advertir que: “[p]reocupa al Comité que el Decreto 1288/2018, que garantiza la atención de la salud de las personas que se encuentran en situación migratoria irregular, solo se aplica a las urgencias, pero no especifica qué constituye una urgencia”. Además, en referencia al acceso a los controles pre y postnatales por parte de las mujeres gestantes venezolanas en Colombia, el Comité recomendó al Estado colombiano que:

“Permita el acceso a la atención prenatal y posnatal a todas las mujeres embarazadas y lactantes venezolanas, independientemente de su situación migratoria, y aclare qué constituye una urgencia sanitaria con arreglo al Decreto 1288/2018 para garantizar que las complicaciones del embarazo se clasifiquen como urgencias”.

A pesar de esta recomendación, el alcance de lo que es urgencia es aún abierto e indeterminado, con lo cual las dificultades advertidas persisten.

La ausencia de claridad de lo que es una urgencia y los servicios que debe cubrir afecta de manera particular y diferenciada a las mujeres migrantes gestantes con estatus migratorio irregular, quienes solo pueden acceder a sus controles pre y post natales por la vía de los servicios de urgencias. Ello se ve ejemplificado en casos como el de la sentencia SU-677 de 2017⁵⁹, donde la Corte se pronunció sobre el caso de una ciudadana venezolana, migrante irregular, a quien las autoridades de salud le negaron la práctica de controles prenatales y asistencia de su parto por no tratarse, a su juicio, de urgencias médicas. Esta ausencia de claridad expone a las mujeres y personas gestantes a sufrir mayores riesgos de complicaciones en el embarazo y el parto, lo cual puede traer implicaciones graves, o incluso fatales, para su salud, su vida y la del que está por nacer. Cabe aclarar que en el caso anteriormente mencionado, la Corte interpretó el concepto de urgencia médica a partir del derecho a la vida digna, y se determinó que su preservación implica, tanto librar al ser humano del hecho de morir, así como *“protegerlo de toda circunstancia que haga su vida insostenible e indeseable y le impida desplegar las facultades de las que ha sido dotado para desarrollarse de forma digna en sociedad”*⁶⁰.

Por último, los párrafos anteriores dejan ver la relevancia que reviste el estatus migratorio para efectos del acceso a los servicios de salud y al goce efectivo de este derecho fundamental. De ahí la importancia de contar con mecanismos de regularización migratoria, los cuales permitan a las personas migrantes y refugiadas el acceso efectivo a los servicios de salud. Esta afirmación es particularmente relevante hoy, en vigencia del Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos (ETPV). Si bien el ETPV tiene un término de 10 años, este mecanismo sólo benefició a la población venezolana en

⁵⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia, 14 de marzo de 2019.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-677 de 2017, M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁶⁰ Ibid.

situación migratoria irregular presente en territorio colombiano a 31 de enero de 2021⁶¹. Ello quiere decir que las personas que continuaron (y que continúan) llegando a Colombia con posterioridad a dicha fecha, y que se encuentran en situación migratoria irregular, están excluidos del ETPV y, en consecuencia, no pueden afiliarse al SGSSS. Es decir, estas personas no podrán ingresar al sistema de salud a menos que puedan acceder a un mecanismo de regularización migratoria. Además, estarán expuestas a las barreras de acceso a los servicios de urgencias advertidos, precisamente, en razón de su estatus migratorio.

4.2. Barreras en el acceso a los servicios de salud

Las barreras que enfrenta la población migrante y refugiada para acceder a los servicios de salud no son únicamente jurídicas, sino también de facto. Hay al menos dos tipos de barreras que conviene destacar. Primero, el desconocimiento por parte de los proveedores de los servicios (tanto EPS como IPS) sobre los estándares de protección de este derecho en el caso de las personas migrantes y refugiadas, y, en particular, frente a personas en situación migratoria irregular. Segundo, los sesgos y comportamientos xenofóbicos de las personas a cargo de la prestación de los servicios de salud⁶².

Existen múltiples necesidades insatisfechas en el acceso a servicios de salud reproductiva por parte de la población migrante y refugiada venezolana, tanto en la frontera Colombia-Venezuela⁶³ como en el resto del territorio colombiano, entre ellas la limitada cobertura en salud y problemas en el aseguramiento al SGSSS. La situación más crítica se evidencia en la falta de aseguramiento de migrantes irregulares, la cual se agudiza por el desconocimiento de la población migrante y refugiada venezolana frente al funcionamiento del sistema de salud colombiano, así como del personal de salud, en materia de derechos de esta población. En un informe presentado por Profamilia⁶⁴, se encontró que las demoras en la atención en salud, el trato no digno, la discriminación, el desconocimiento y la falta de apropiación de los lineamientos nacionales, constituyen las barreras más comunes en la atención institucional del parto de las mujeres migrantes, poniendo en riesgo sus vidas, su calidad de vida y la de sus bebés. Ello se da especialmente, en controles prenatales, donde se enfrentan a la negativa de información sobre prevención, acceso a tamizaje y pruebas diagnósticas de enfermedades durante el embarazo. Debido a dicho contexto, urge el seguimiento, control y la aplicación del marco

⁶¹ Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto 216 de 1 de marzo de 2021, "Por medio del cual se adopta el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos Bajo Régimen de Protección Temporal y se dictan otras disposiciones en materia migratoria".

⁶² Asociación Profamilia y Oficina de los Estados Unidos de Asistencia para Desastres en el Extranjero (OFDA-USAID). Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia. ¿Cómo mejorar la respuesta local dentro de la emergencia humanitaria?. Bogotá, D.C. 2020.

⁶³ Asociación Profamilia y Oficina de los Estados Unidos de Asistencia para Desastres en el Extranjero (OFDA-USAID), *Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia. ¿Cómo mejorar la respuesta local dentro de la emergencia humanitaria?*

⁶⁴ Profamilia. 2020. Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia ¿Cómo manejar la respuesta local dentro de la emergencia humanitaria?.

jurídico que regula el tema desde los estándares de derechos humanos a favor de la protección de las mujeres, personas gestantes y migrantes especialmente en situación irregular. Si bien las entidades e instituciones prestadoras de salud son las primeras llamadas a realizar estas acciones, la Superintendencia Nacional también debería emprender las correspondientes acciones de inspección, vigilancia y control al respecto⁶⁵.

A su vez, como bien se estableció en el punto anterior, corresponde al médico tratante determinar si la atención que requiere el o la paciente es de urgencia. Sin embargo, esa valoración médica debe estar en consonancia con la ampliación del concepto de urgencias que ha hecho la Corte Constitucional⁶⁶. No obstante, es usual que desde los prestadores de servicios de salud se desconozca que los cuidados prenatales, la atención al parto, el tratamiento del VIH y de otras enfermedades catastróficas o ruinosas, constituyen urgencias a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Estas barreras se profundizan en el caso de las personas en situación migratoria irregular, a quienes en no pocas ocasiones se les solicita un documento que acredite su permanencia regular en Colombia o afiliación al SGSSS, para poder acceder a ellos, a pesar de precisar de una atención médica de urgencia.

Por lo anterior, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU ha mostrado su preocupación “(...) *por el aumento del discurso de discriminación, odio racial y xenofobia en el Estado parte, especialmente en contra de migrantes, particularmente aquellos portadores de la VIH y migrantes LGTBI*”⁶⁷. Además, manifestó su preocupación específicamente frente a la situación de vulnerabilidad de la población proveniente de Venezuela, en particular en lo que tiene que ver con su dificultad para acceder a salud y educación⁶⁸.

Desde la experiencia de las organizaciones que participamos en la presente intervención y, en particular desde la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes, consideramos que muchas veces las barreras más difíciles de sortear para las personas migrantes que requieren recibir atención en salud no son necesariamente las jurídicas. Basta con que el equipo de seguridad de un hospital o una clínica niegue su entrada, o que el personal de salud reproduzca conductas xenofóbicas, para que se vea vulnerado su derecho fundamental a la salud.

⁶⁵ Decreto 1080 de 2021, art. 4.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencias SU-677 de 2017, M.S. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-025 de 2019, M.P. Alberto Rojas Ríos; T-197 de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera; T-452 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuatras; T-404 de 2021, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁶⁷ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Observaciones finales sobre los informes periódicos 17° a 19° combinados de Colombia. Doc. CERD/C/COL/CO/17-19 (22 de enero de 2020), párr. 10.

⁶⁸ *Ibíd*, párrs. 26 y 27.

5. DERECHO A TENER UN EMBARAZO SANO Y SEGURO, Y SU RELACIÓN CON LA SALUD REPRODUCTIVA

Si bien hemos referido en este documento que existe una garantía a la salud en cabeza de las personas independientemente de su estatus migratorio en el país, es necesario hacer apreciaciones más profundas sobre este derecho en el marco de los derechos sexuales y reproductivos de mujeres y personas gestantes. Con este fin, la presente sección se enfocará en resaltar las implicaciones de que servicios de salud materna hagan parte de servicios de urgencia.

5.1. Derecho a recibir los servicios de salud materna de las mujeres gestantes migrantes: los controles prenatales, parto y posparto son de atención urgente

El acceso a servicios de salud materna puede ser la diferencia entre la vida y la muerte de una mujer o persona gestante. Por ello, los esfuerzos en el mundo se encuentran dirigidos a reducir la mortalidad materna e infantil en este ámbito. Lo anterior, bajo un marco de protección de los derechos de las mujeres teniendo en cuenta su situación diferencial.

A nivel nacional, las mujeres embarazadas son sujetas de especial protección constitucional, la cual se encuentra consagrada en el artículo 43 de la constitución así:

“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”⁶⁹.

Este enunciado constitucional implica a su vez dos obligaciones: la especial protección estatal de la mujer embarazada y lactante, sin distinción, y un deber prestacional, también a cargo del Estado, que consiste en otorgar un subsidio cuando esta se encuentra desempleada o desamparada⁷⁰. Igualmente, el Estado colombiano se ha obligado internacionalmente a garantizar los derechos de las mujeres gestantes como ya se ha mencionado de forma amplia en secciones anteriores⁷¹.

A partir de estos referentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional reconoció que *“existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado. Es decir, se trata de una protección no sólo de aquellas mujeres que se*

⁶⁹ República de Colombia, «Constitución Política», 116 Gaceta Constitucional § (1991).

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013, MP. Alexei Julio Estrada. No. expedientes T-2.361.117 y acumulados.

⁷¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), art. 10.2; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), art. 12.2.

encuentran en el marco de una relación laboral sino, en general, de todas las mujeres⁷² (énfasis fuera del texto). Dicha protección especial debe leerse en concordancia con el artículo 13 constitucional, lo que implica la no discriminación por factores como la nacionalidad o bien la situación migratoria irregular⁷³. Así, tanto la normatividad interna como internacional establecen una protección general y reforzada a las mujeres embarazadas, no solo con respecto al parto, sino también el periodo antes y después del parto sin distinción de su situación migratoria.

En relación con el derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva, la Corte Constitucional⁷⁴ determinó que incluye, particularmente: (i) Educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquel de su preferencia. (ii) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna y con calidad de conformidad con las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022. (iii) La prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino. (iv) El acceso a la tecnología científica para procrear hijos. Y (v) Las medidas que garanticen una maternidad libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y que brinden las máximas posibilidades de tener hijos sanos, es decir, el acceso a cuidado obstétrico oportuno, de calidad y libre de violencia⁷⁵.

Ahora bien desde la sentencia T-210 de 2018⁷⁶, la Corte Constitucional ha admitido que: *"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"*. Adicionalmente, en la sentencia T-452 de 2019⁷⁷, la Corte indicó que *"la atención mínima a la que tienen derecho los extranjeros, cuya situación no ha sido regularizada, va más allá de preservar los signos vitales y puede cobijar la atención de enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre y cuando se acredite su urgencia para preservar la vida y salud del paciente"*. En relación con lo anterior, dado que la salud materna comprende todos los aspectos de la salud de la mujer, desde el embarazo,

⁷² Ibidem.

⁷³ Conforme a la Observación General no. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los países están obligados a evitar políticas que deriven en actos de discriminación en relación con la salud y las necesidades de la mujer. Por tanto, tienen el deber de garantizar los servicios de salud de todas las personas en su faceta preventiva, curativa y paliativa, incluso de los solicitantes de asilo y de los migrantes irregulares

⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-627 de 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁵ La prestación de servicios de salud reproductiva hace parte de la obligación del Estado colombiano de garantizar el servicio público de atención en salud, de conformidad con los principios de eficacia, universalidad y solidaridad. Así, las autoridades competentes deben asegurar que, a través de las redes de prestadores de servicios de salud, toda persona pueda acceder a servicios de este tipo tales como atención pre y posnatal, la IVE bajo los parámetros de las sentencias C-355 de 2006 y C-055 de 2022, métodos anticonceptivos y anticoncepción oral de emergencia. Además, resulta indispensable que las víctimas de violencia sexual reciban la atención médica requerida. Estos deberes frente al derecho a la salud sexual y reproductiva, están descentralizadas en las entidades territoriales, quienes, en observancia de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, deben garantizar el acceso a estos servicios de manera oportuna, eficaz y con calidad.

⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-210 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

⁷⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-452 de 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

el parto y el posparto, en todas estas fases el servicio de salud debe considerarse de atención urgente⁷⁸. Esto debido a los riesgos a la vida e integridad física y psicológica que puede tener la mujer y el neonato. Entre las complicaciones de la salud materna responsables del 70% de la mortalidad se encuentran: hemorragias posparto, infecciones, abortos inseguros, eclampsia y parto obstruido. De allí que la atención en salud especializada antes, durante y después del parto puede mejorar y salvar la vida de las mujeres o personas gestantes y los recién nacidos⁷⁹.

En este punto, vale la pena señalar que las mujeres migrantes provenientes de Venezuela enfrentan especiales situaciones de vulnerabilidad, debido a la emergencia humanitaria compleja que atraviesa dicho país, lo cual afecta la salud materna. Por eso, las mujeres gestantes migrantes llegan al país en situación de extrema vulnerabilidad y riesgos de sufrir alguna complicación relacionada con una enfermedad específica (ej. eclampsia, pre eclampsia severa, sepsis o infección sistémica severa); con la disfunción orgánica (falla vascular, renal, hepática) y con el manejo clínico (necesidad de UCI, de transfusión o de procedimientos quirúrgicos de emergencia)⁸⁰. Por ende, la negativa de la prestación de servicios médicos durante el embarazo, el parto y el puerperio como una atención de urgencia en muchos casos lleva a la muerte de la madre, del feto o del recién nacido; consecuencias estas que son evitables⁸¹.

En ese sentido, la Organización Mundial de Salud (OMS) ha expresado que, aunque los problemas de salud que presentan las personas refugiadas y migrantes suelen ser similares a los del resto de la población, puede haber una prevalencia mayor en ciertos grupos, *“particularmente en el ámbito de la salud materna, del recién nacido y el niño, la salud sexual y reproductiva, y la violencia”*⁸². Esto teniendo en cuenta que, la migración que se realiza en condiciones desfavorables afecta con mayor fuerza a grupos que ya eran vulnerables en sus lugares de origen, además de las dinámicas del tránsito migratorio, las cuales aumentan su riesgo de ser víctimas de abuso, discriminación, violencia, explotación, crimen y violaciones a sus derechos humanos, entre ellas el derecho a la salud.

En suma, dadas las condiciones de especial vulnerabilidad que reviste esta población, se hace necesario la prestación efectiva de servicios de salud materna de forma urgente y

⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-070 de 2013, MP. Alexei Julio Estrada.

⁷⁹ Asociación Profamilia y Oficina de los Estados Unidos de Asistencia para Desastres en el Extranjero (OFDA-USAID), *Desigualdades en salud de la población migrante y refugiada venezolana en Colombia. ¿Cómo mejorar la respuesta local dentro de la emergencia humanitaria?* (Bogotá, 2020), <https://www.profamilia.org.co/wp-content/uploads/2020/04/Desigualdades-en-salud-de-la-poblacion-migrante-y-refugiada-venezolana-en-Colombia-Como-manejar-la-respuesta-local-dentro-de-la-emergencia-humanitaria.pdf>, p. 54.

⁸⁰ Asociación Profamilia y Oficina de los Estados Unidos de Asistencia para Desastres en el Extranjero (OFDA-USAID), p. 58.

⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-677 de 2017, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado, No. expediente T-5.860.548.

⁸² Organización Mundial de la Salud (OMS), «WHO recommendations. Intrapartum care for a positive childbirth experience. Transforming care of women and well-being.», 2018, <https://apps.who.int/WHO-RHR-18.12-eng.pdf>.

prioritaria, amparando los derechos de las personas migrantes irregulares y gestantes. Esto, pues el derecho fundamental a la salud no puede estar limitado a la situación migratoria, sino que debe garantizar la preservación de la vida y la prevención de consecuencias graves para la salud de las personas, lo que es clave en materia de salud materna.

6. LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA COMO UNA VIOLENCIA BASADA EN EL GÉNERO

A nivel internacional la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Pará de 1994) reconoce que la violencia basada en el género es *“una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”*; y la define como *“cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”* (artículo 1). Esta definición abarca la prohibición de una amplia gama de actos dañinos y omisiones discriminatorias contra las mujeres, en el marco de sus derechos humanos.

Es en este espectro de prohibiciones se ubica la violencia obstétrica, que ha sido definida por la CIDH, como aquella que *“abarca todas las situaciones de tratamiento irrespetuoso, abusivo, negligente, o de denegación de tratamiento, durante el embarazo y la etapa previa, y durante el parto o posparto, en centros de salud públicos o privados”*⁸³. Así, este tipo de violencia se refiere a las prácticas y conductas realizadas por profesionales de la salud a las mujeres y a otras personas gestantes durante el embarazo, el parto, el período posterior al parto, e incluso, la lactancia; las cuales se pueden dar en el ámbito público o privado y que por acción u omisión son violentas y atentan contra los derechos sexuales y reproductivos de las personas gestantes y/o madres recientes. Así, dado que este tipo de violencia se materializa en actos que pueden tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para las mujeres y otros cuerpos en capacidad de gestar, en concordancia con el Artículo 1 de la Convención Belém do Pará, la violencia obstétrica es considerada un tipo de violencia de género.

Lo anterior, también ha sido abordado por la Corte Constitucional en las sentencias T-357 de 2021 y SU-048 de 2022 donde la Corte afirmó que *“la violencia obstétrica es una forma de violencia contra las mujeres que envuelve todos los maltratos y abusos de los que son víctimas en los servicios de salud reproductiva”*⁸⁴. Dicha violencia incluye actos no apropiados o no consensuados, en muchos casos naturalizados por el personal médico en su ejercicio

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Organización de Estados Americanos (OEA), «Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe.», 14 de noviembre de 2019.

⁸⁴ MP. Cristina Pardo Schlesinger. Sentencia T-357 de 2021, No. expediente T 8066731 (Corte Constitucional de Colombia 19 de octubre de 2021).

profesional, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres. Al respecto, el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas señala que *“se ha demostrado que esta forma de violencia es un fenómeno generalizado y sistemático, que viola los derechos de las mujeres y pone en riesgo su integridad física y mental, su salud, su vida y se constituye en un acto de discriminación”*⁸⁵.

Asimismo, la OMS reconoce y condena como violencias obstétricas:

*“El maltrato físico, la humillación y la agresión verbal, los procedimientos médicos coercitivos o no consentidos (incluida la esterilización), la falta de confidencialidad, el hecho de no obtener el consentimiento plenamente informado, la negativa a suministrar medicación contra el dolor, las graves violaciones de la intimidad, la denegación de admisión a los centros de salud, el abandono de las mujeres durante el parto que puede llevarlas a sufrir complicaciones evitables y que pueden amenazar su vida. Igualmente, la detención de las mujeres y sus hijos recién nacidos en los centros, tras el parto, debido a su incapacidad para hacer frente al pago”*⁸⁶. (Subrayado fuera del texto)

La mayoría de estas manifestaciones de violencia se presentan en procedimientos médicos. No obstante, también es frecuente que se presenten como violencias psicológicas que se imponen a través de prejuicios sociales por estigmas xenófobos y sexistas, que se evidencian en tratos deshumanos, infantilizantes, humillantes y paternalistas sobre las mujeres y personas gestantes afectándoles física y psicológicamente.

Ahora bien, pese a las graves afectaciones que genera este tipo de violencia, esta se encuentran ampliamente invisibilizada. Al respecto, el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) ha reconocido su normalización⁸⁷. Con frecuencia las víctimas de la violencia obstétrica temen hablar, por los estigmas o creencias sobre las violencias vividas como actos aislados, pero que son prácticas muchas veces naturalizadas en los sistemas de salud.

Este panorama se agudiza tratándose de mujeres y personas gestantes migrantes, quienes como se ha expresado previamente, enfrentan múltiples barreras de acceso a la salud. Es entonces frecuente que estas mujeres y personas gestantes decidan no denunciar los hechos de violencia obstétrica por miedo a la deportación, a perder sus hijos, por temores asociados al desconocimiento de sus derechos fundamentales o por el mal servicio y la

⁸⁵ Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Report on a human-rights based approach to mistreatment and obstetric violence during childbirth (2019). <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/reports/2019/report-human-rights-based-approach-mistreatment-and-obstetric-violence>, p. 4.

⁸⁶ Ibidem. p. 31

⁸⁷ Ibidem. p. 26

desinformación de los funcionarios-as de salud justificada en el hecho de que se trata de una persona migrante.

6.1. Violencia obstétrica: una violencia institucional

El análisis de la violencia contra las mujeres en su manifestación institucional es, como sostiene Bodelón⁸⁸, un significativo aporte de la teoría feminista al estudio de este problema estructural. Vale señalar, que precisamente gracias a la materialización de tal perspectiva en acciones de litigio e incidencia política, actualmente diversos ordenamientos jurídicos la han prohibido. Ahora bien, dentro de la amplificación de dicha forma de violencia se tiene la obstétrica, que, al ser una práctica discriminatoria arraigada en los sistemas de salud, también debe asumirse como violencia institucional. Lo anterior, teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, lo prescrito tanto en la Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), y en la Convención Belém do Pará (artículo 2 y 7).

Dentro de lo dicho por la Corte respecto de la violencia institucional, se tiene su reconocimiento en la sentencia T-015 de 2018, en la que concedió el amparo constitucional de una mujer, argumentando que se le vulneraron entre otros derechos fundamentales, la obligación del Estado de ser garante de la adopción del enfoque de género durante el trámite de medidas de protección en el sector justicia. En ese sentido, definió la violencia institucional como *“un tipo específico e independiente de agresión frente a la mujer -una violencia en sí misma- ejecutada tanto por instituciones como funcionarios públicos, que debe ser abolida por el Estado”*. En la sentencia T-735 de 2017, por otro lado, estableció que existen dos tipos de violencia institucional: i) la reproducción de la violencia que supone la imposición de obstáculos para acceder a la justicia, en detrimento del compromiso internacional estatal de actuar con diligencia para prevenir, atender, investigar, juzgar y sancionar la violencia contra las mujeres; y ii) la producción de la violencia contra las mujeres cuando los funcionarios ocasionan daños psicológicos, económicos, físicos y sexuales, que resulta más lesiva por cuanto anula cualquier expresión de inconformidad ante la legalidad y legitimidad con la que actúa la administración.

Esta anterior afirmación también se fundamenta en mandatos como el de la CEDAW, que, en su artículo segundo, estableció que los Estados parte deben condenar la discriminación contra la mujer, correspondiéndoles generar acciones para eliminarla y comprometiéndose a *“abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación (...)”* velando *“porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”* (artículo 2, inciso d). En este mismo sentido, la Convención Belém do Pará indicó en su artículo segundo, que la violencia contra la mujer *“incluye la violencia física, sexual y psicológica: que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera*

⁸⁸ Bodelón, Encarna. “Violencia institucional y violencia de género”. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, ISSN 0008-7750, N° 48, 2014, págs. 131-155.

que ocurra” (artículo 2, inciso c). Así mismo, reiteró la obligación de los Estados de condenarla y de adoptar políticas para prevenirla, sancionarla, erradicarla y abstenerse de incurrir en esta por medio de cualquier acción o práctica, procurando también “que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación” (artículo 7, inciso a).

Lo anterior, en concordancia con algunos pronunciamientos internacionales como el del caso de violencia institucional L. C. vs. Perú resuelto por el Comité de la CEDAW, en donde se emitió dictamen de recomendaciones al Estado peruano, tanto por no brindar atención en el sistema de salud pública a la niña L. C., al que acudió debido a un embarazo no deseado provocado por una violación sexual, como por no contar con un procedimiento idóneo que le permitiese el acceso al derecho a la salud.

Así, a la luz de la jurisprudencia nacional y los pronunciamientos de organismos internacionales sobre la materia, consideramos que la violencia obstétrica en el marco del servicio público esencial en salud, es también una forma de violencia institucional en Colombia. Ello, dado que el sistema de salud y sus operadores-as, cumplen una función pública esencial en el acceso a dicho derecho para las mujeres, siendo este un escenario en el cual como se vio, se les victimiza y/o revictimiza durante las intervenciones obstétricas, siendo necesario un marco de protección que las considere violencia institucional.

7. CONCLUSIONES: MEDIDAS PARA ELIMINAR LAS BARRERAS DE ACCESO A SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

La respuesta del Estado colombiano en materia de salud a la migración proveniente de Venezuela ha introducido ciertos cambios a la normativa nacional con el propósito de extender o clarificar el derecho a la salud de la población migrante y refugiada. Esta aclaración ha sido extendida, tanto para aquellas personas que no están o no pueden estar afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como para las que pueden acceder a él por tener su situación migratoria regular. Si bien las barreras mencionadas implican desafíos, los esfuerzos para garantizar el acceso a la salud no deben interpretarse como gestos de solidaridad y buena voluntad, sino como el cumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano en materia de derechos humanos, que se derivan de diferentes tratados internacionales y de la Constitución Política de Colombia. Así, es obligación del Estado prestar atención de urgencia a las personas migrantes y refugiadas, así como garantizar una atención básica en salud. Ello implica asimismo una igualdad de acceso a la atención y servicios de salud, sin importar su estatus migratorio. Además, este acceso es aún más importante en aquellas personas que carezcan de medios o recursos suficientes, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, en este caso, en razón del origen nacional.

Como conclusión general a este concepto, reiteramos que la regularización migratoria no puede ser un requisito de validez para que las personas migrantes puedan acceder a servicios de salud y atención médica. Adicionalmente, presentaremos unas recomendaciones para resolver el caso concreto.

7.1. La regularización migratoria no debe ser requisito previo para que las personas migrantes accedan a servicios de salud

El Estado colombiano tiene la obligación de promover y garantizar los derechos fundamentales de todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción, independientemente de su nacionalidad y estatus migratorio. Por lo tanto, condicionar la garantía del derecho al acceso a la salud de las personas migrantes provenientes de Venezuela a la regularización migratoria para poder recibir atención médica básica más allá de urgencias es inconstitucional y contraviene las obligaciones internacionales del Estado. Ello es relevante teniendo en cuenta que, como se ha señalado a lo largo de esta intervención, una de las principales dificultades a las que se enfrentan las personas migrantes y refugiadas provenientes de Venezuela para acceder a una atención integral en salud es su situación de irregularidad migratoria.

La obligación que tienen los extranjeros de cumplir con la Constitución y las leyes colombianas mientras permanezcan en el territorio nacional es parte del principio de igualdad entre nacionales y extranjeros y es generalmente necesaria para mantener la seguridad del Estado. Sin embargo, requerir la regularización para poder acceder a servicios de salud es una carga desproporcionada por las dificultades que enfrentan algunas personas migrantes, especialmente, para conseguir los documentos y los recursos necesarios para acceder a las formas tradicionales de regularización migratoria. Exigir esto significa ignorar los estándares internacionales y nacionales al respecto.

Por lo anterior, es importante que el Estado colombiano siga aunando esfuerzos para formular políticas de Estado que establezcan rutas de regularización permanentes, accesibles y de largo plazo dirigidas a población migrante indocumentada y en situación de vulnerabilidad. A pesar de la existencia del Estatuto Temporal de protección de Migrantes Venezolanos (ETPV), este mecanismo de regularización presenta vacíos y ha generado una serie de preocupaciones para la organizaciones de la sociedad civil⁸⁹, entre ellas la falta de acceso a un estatus migratorio regular para quienes ingresen irregularmente al país luego del 31 de enero de 2021. Lo anterior es preocupante si se tiene en cuenta que la migración irregular no ha cesado, incluso durante el cierre de la frontera terrestre del lado colombiano por casi un año y medio debido a la pandemia. El hecho de que las personas más vulnerables sean precisamente las que no pueden acceder al ETPMV luego del 31 de enero de 2021, por haber ingresado irregularmente, limita la efectividad de

⁸⁹ Dejusticia y Karisma. Lo que no puede quedar por fuera del Estatuto Temporal de Protección para personas migrantes venezolanas. 01 de marzo de 2021. <https://www.dejusticia.org/lo-que-no-puede-quedar-por-fuera-del-estatuto-temporal-de-proteccion-para-personas-migrantes-venezolanas/>

esta medida en el largo plazo. Esto implica que las personas que estén irregulares en el país enfrentarán las mismas dificultades para satisfacer sus necesidades básicas y acceder a derechos como la salud, la educación y la protección social, que quienes estaban en situación irregular antes de la creación del Estatuto.

Así las cosas, exigir la regularización como proceso previo para poder recibir atención médica vital, no solo desconoce la realidad de la situación política y social en Venezuela y los efectos que esta tiene sobre las posibilidades de las personas de conseguir los documentos mencionados, sino además las limitaciones que actualmente tienen las rutas de regularización en Colombia, que pueden llegar a afectar desproporcionadamente a los sectores más vulnerables de esta población como las personas con problemas graves de salud, las mujeres embarazadas y personas gestantes, los niños, niñas y adolescentes, entre otros sujetos de especial protección.

7.2. Es necesario que el Estado genere políticas públicas en materia de migración con enfoque de género y garantizando el acceso a servicios de salud, especialmente sexual y reproductiva

La experiencia de migrar es diferente para las mujeres y demás personas gestantes, pues ellas deben soportar situaciones diferenciadas relacionadas con su rol social, y además sufren de manera particular discriminaciones y violencias basadas en el género⁹⁰. Debido a ello y en atención a los estándares que las reconocen como sujetos con protección constitucional reforzada, en el abordaje del fenómeno migratorio no basta una visión desde los derechos de la población migrante en general, sino que se hace necesaria la incorporación de un enfoque de género que permita la comprensión amplia y generalizada de las violencias y discriminaciones que sufren.

Por lo anterior, se debe avanzar hacia la consecución de políticas migratorias con enfoque de género, a nivel nacional, departamental y municipal, que visibilicen y atiendan las violencias basadas en género que sufren las mujeres migrantes y en particular la violencia obstétrica como una forma de violencia institucional. Ello, en pro de garantizar el acceso a servicios de salud materna libre de violencias en todas las etapas del proceso gestacional. En este punto vale destacar la Ley 2244 de 2022 o "*Ley de parto digno, respetado y humanizado*" (adoptada el pasado mes de julio). Aunque la norma estableció un margen de protección en materia de derechos para las mujeres y personas gestantes, no se refirió de manera directa a esta forma de violencia, pese a que en su contenido describe derechos, prácticas y procedimientos para garantizar la atención humanizada y de calidad, a partir de derechos como la libertad de decisión, consciencia y respeto. Es así, como al no contar con regulación alguna de la violencia obstétrica, es imprescindible avanzar en su

⁹⁰ La Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres (2019). "Migrantes venezolanas en Colombia: barreras de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo": páginas 9 y 11.

desarrollo tanto en el ámbito legislativo como jurisdiccional, dado el escaso desarrollo sobre la materia, lo que desencadena en su invisibilización y desprotección.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta como una medida de protección, el acceso a mecanismos de regularización que reconozcan las condiciones de vulnerabilidad de las mujeres gestantes, madres lactantes o mujeres víctimas de violencias basadas en género. Dada la ausencia de términos legales en los procesos de regularización, estos suelen conllevar largos periodos de espera. Tal protección especial es inminente, pues las gestantes requieren de una atención integral en salud y protección social, así como las madres lactantes, que asumen labores de cuidado de sus hijos, lo que precariza aún más su realidad al no estar regularizadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que aquellas que ingresaron de forma irregular luego del 31 de enero de 2021, no podrán acceder al PPT, quedando solo con la alternativa de las visas (que exigen contar con pasaporte y ciertas condiciones socioeconómica), o la del salvoconducto SC2. Frente a este último, es sabido que además implica complejidades con el tiempo de espera del proceso de refugio, pues, aunque en un principio brinda acceso a la salud, no sucede igual con el derecho al trabajo, afectándose las realidades económicas de las y los solicitantes de asilo.

Ahora bien, para aquellas mujeres que han sido víctima de violencia obstétrica, el reconocimiento por parte de los funcionarios, por el contexto de normalización de estas violencias, resulta ser un obstáculo. Ello se evidencia en la barrera de acceso a los servicios de salud, pero también a la justicia en aras del amparo de sus derechos fundamentales, dado el desconocimiento en materia de violencia obstétrica y violencia institucional. De allí la importancia de contar con leyes, políticas públicas, y campañas de sensibilización, para erradicar también la violencia institucional y abolir las violencias basadas en género en los ámbitos de salud sexual y reproductiva. Lo anterior se sustenta en que este tipo de violencia se caracteriza por la posición de superioridad de quien representa al Estado frente a la víctima, en donde el agente estatal actúa bajo una presunción de legalidad y legitimidad, haciendo más difícil la defensa de la mujer que está viendo vulnerados sus derechos fundamentales. Por último, la divulgación de información, en especial en zonas fronterizas, sobre las violencias basadas en género y los derechos que tienen las mujeres migrantes, y la expedición de protocolos de activación de rutas para la prevención de la violencia obstétrica, resultan ser un mecanismo importante para la protección de estas mujeres.

7.3. Son necesarias otras medidas particulares para garantizar el acceso a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes migrantes

Un último aspecto para considerar es la necesidad de contar con mecanismos de regularización migratoria con un real enfoque de niñez como instrumento necesario, aunque no suficiente, para garantizar que las y los adolescentes migrantes que no cuentan con el acompañamiento e intermediación de sus padres o adultos responsables ante las

autoridades, puedan acceder de forma más amplia y efectiva a sus derechos fundamentales, como la salud.

El ETPV cuenta con medidas con enfoque diferencial, que exceptúan a los menores de edad del tener que cumplir con la totalidad de los requisitos establecidos para la población adulta. Así, bajo algunos aspectos, el Estatuto establece un trato más favorable para niños, niñas y adolescentes de nacionalidad venezolana, reconociendo que este *“puede permitir la protección integral, garantía de derechos y prevención de vulneraciones de los niños, niñas y adolescentes” y de que la niñez separada y no acompañada es especialmente vulnerable*⁹¹.

Sin embargo, esta es una medida de regularización con un enfoque de niñez limitado, porque sigue requiriendo a los niños, niñas y adolescentes migrantes cumplir con las condiciones previstas en el artículo 4 del Decreto 216 de 2021 del Ministerio de Relaciones Exteriores y el artículo 2 de la Resolución 971 de 2021 de Migración Colombia, siendo estas: encontrarse en el territorio de forma regular como titulares de un Permiso de Ingreso y Permanencia (PIP), un Permiso Temporal de Permanencia (PTP) o de un Permiso Especial de Permanencia (PEP); ser titular de un SC-2 en el marco de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; poder demostrar que se encontraban en el territorio de forma irregular al 31 de enero de 2021 o haber ingresado de forma regular desde el 29 de mayo de 2021 hasta el 28 de mayo de 2023. Con excepción de la titularidad del salvoconducto SC-2 como solicitante de refugio, todos los demás permisos y formas de ingreso al territorio requieren tener un pasaporte y haber hecho ingreso por puesto de control migratorio.

Cuando esto no ocurra, el menor de edad quedará excluido de esta medida y sin posibilidad de acceder a un mecanismo de regularización estable y de largo plazo. En contextos de alta vulnerabilidad, como lo es el de los menores de edad migrantes no acompañados provenientes de Venezuela, es como mínimo limitado pensar que un instrumento como el salvoconducto tipo 2 para definición de la situación administrativa o una visa sean herramientas suficientes y al alcance real de esta población.

Así que, un mecanismo de regularización con enfoque de niñez adecuado requiere ser accesible de forma permanente en el tiempo y no establecer requisitos de acceso que pueden ser de imposible cumplimiento para un amplio porcentaje de la población menor de edad, como es la titularidad de documentos específicos o ingresos en determinados periodos de tiempo. En general, se requiere dejar de considerar la situación de irregularidad migratoria como una circunstancia que siempre y en cualquier contexto depende de la falta de actuación oportuna de la persona migrante y que, por ende, justifica su exclusión de la garantía integral de su derecho a la salud. Este tipo de razonamiento es todavía más injustificado cuando se trata de un menor de edad.

⁹¹ Decreto 1016 de 2020, Por medio del cual se modifican los artículos 2.2.1.11.4.9 y 2.2.3.1.4.1 del Decreto 1067 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”, artículo 1.