

Sentencia SU677/17

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-No establece diferencia entre persona nacional o extranjera

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Reglas jurisprudenciales respecto a la legitimación de extranjeros

La Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre la legitimación por activa en las que se establece que los extranjeros pueden solicitar el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela. Asimismo, se reitera que la agencia oficiosa procede cuando: (i) el agente manifiesta o por lo menos se infiere de la tutela que actúa en tal calidad; (ii) el titular del derecho es una persona en situación de vulnerabilidad no puede ejercer la acción directamente o (iii) el agenciado ha manifestado su voluntad de solicitar el amparo constitucional. Adicionalmente, concluye que la situación de vulnerabilidad del agenciado también se puede evidenciar a partir de su contexto, por ejemplo, encontrarse en una situación de crisis humanitaria como la migración masiva de personas de un Estado a otro.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Configuración y características

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Se realizaron controles prenatales y se atendió parto

REGIMEN MIGRATORIO EN COLOMBIA-Generalidades

VISAS-Clasificación

VISAS PARA EXTRANJEROS-Desarrollo normativo

PERMANENCIA IRREGULAR EN EL TERRITORIO COLOMBIANO-Contenido y alcance

DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Extranjeros gozan de los mismos derechos civiles y garantías que gozan los nacionales, salvo las limitaciones que establece la Constitución o la ley

De conformidad con lo establecido en el artículo 100 Superior, “los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”. Adicionalmente, la misma norma establece que los extranjeros en el territorio colombiano gozarán de las mismas garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones establecidas en la Carta Política y en la ley.

DERECHOS DE LOS MIGRANTES-Extranjeros deben cumplir el ordenamiento jurídico colombiano

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Reiteración de jurisprudencia

La Corte reitera las reglas jurisprudenciales que establecen que el derecho a la vida: (i) tiene una protección prevalente en la Constitución Política de 1991 y en la concepción del Estado Social de Derecho; (ii) constituye un presupuesto indispensable para que una persona pueda ser titular de otros derechos y de obligaciones; (iii) no solamente consiste en la posibilidad de existir, sino que debe presuponer la garantía de una existencia digna y (iv) comprende la protección de otros derechos fundamentales como la salud y la integridad física.

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Concepto/PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Contenido y alcance

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD-Jurisprudencia constitucional

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

PROTECCION DE LOS EXTRANJEROS CON PERMANENCIA IRREGULAR EN EL CONTEXTO DE UNA CRISIS HUMANITARIA CAUSADA POR UNA MIGRACION MASIVA

CRISIS HUMANITARIA POR LA MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Contexto

MIGRACION MASIVA DE CIUDADANOS VENEZOLANOS-Acciones del Estado Colombiano para

enfrentar crisis humanitaria

EXTRANJEROS CON PERMANENCIA IRREGULAR EN SITUACIONES DE CRISIS HUMANITARIA-Principios de solidaridad y de cubrimiento universal en el Sistema General de Seguridad Social y deber de las entidades territoriales de proteger derecho a la vida y a la integridad física

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Alcance

La Corte reitera las reglas jurisprudenciales en las que se establece que: (i) el deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado; pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados; (ii) todos los extranjeros tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia; y (iii) los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física.

DERECHOS DE LOS NIÑOS-Carácter prevalente/INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FISICA DE EXTRANJEROS CON PERMANENCIA IRREGULAR EN COLOMBIA-Prevalencia de los derechos de los niños

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FISICA DE EXTRANJEROS CON PERMANENCIA IRREGULAR EN COLOMBIA-Vulneración por parte de Hospital al negarse a realizar controles

prenatales y a atender parto de manera gratuita

Referencia: Expediente T-5.860.548

Tiresias en calidad de agente oficioso de Lucina contra el Hospital Estigia.

Procedencia: Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria.

Asunto: La legitimación por activa de los extranjeros, derecho a la vida digna y a la integridad física de los extranjeros con permanencia irregular en Colombia.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D. C., quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, y los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Diana Fajardo Rivera, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo, Gloria Stella Ortiz Delgado, José Fernando Reyes Cuartas, Cristina Pardo Schlesinger y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de única instancia adoptado por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria, el 28 de julio de 2016, por medio del cual se negó el amparo constitucional solicitado por Tiresias en calidad de agente oficioso de Lucina contra el Hospital Estigia.

El asunto llegó a la Corte Constitucional, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria. El 25 de noviembre de 2016, la Sala Número Once de Selección de Tutelas de esta Corporación, escogió el presente caso para su revisión.

Aclaración previa

En razón a que en el presente caso se estudia la situación de una menor de edad de dieciocho años, la Sala advierte que como medida de protección de su intimidad, se ha ordenado que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, el nombre de la niña y el de sus familiares, y los datos e informaciones que permitan conocer su identidad.

Esta versión contiene la identidad ficticia de las partes involucradas y de los lugares donde sucedieron los hechos, para efectos de su publicidad.

I. ANTECEDENTES

El 14 de julio de 2016, Tiresias en calidad de agente oficioso de Lucina de 2016, promovió acción de tutela en contra del Hospital Estigia, por considerar que tal entidad vulneró los derechos fundamentales de su agenciada a la salud, a la vida y a la integridad física. Lo anterior, como consecuencia de la negativa de la accionada a realizarle a su esposa los controles prenatales y asistir el parto.

A. Hechos y pretensiones

1. El agente manifestó que por las condiciones socioeconómicas en Venezuela, en el mes de marzo de 2016, él y su esposa, Lucina, los dos de nacionalidad venezolana, migraron a Colombia a través de un paso informal. Señaló que para ese momento su cónyuge tenía cuatro meses de embarazo.

2. Indicó que el último control prenatal fue el 14 de marzo de 2016 en Venezuela, en el que les informaron que su hija en gestación se encontraba en condiciones normales de desarrollo.

3. El solicitante afirmó que en diferentes ocasiones se dirigieron al hospital accionado para que le realizaran los controles prenatales a su esposa de manera gratuita, pero que la entidad demandada se negó a practicarlos con fundamento en su condición migratoria

irregular, por lo que les indicaron que tendrían que pagar por el servicio solicitado.

4. El agente afirmó que posteriormente regresaron al mismo centro de salud y pidieron que le realizaran los controles prenatales a su cónyuge de manera gratuita, teniendo en cuenta que no tenían los recursos económicos dada su situación personal, pues el señor Tiresias padece de pérdida de visión total y la señora Lucina se encontraba embarazada.

5. El solicitante aseveró que a pesar de manifestar su difícil situación, el hospital accionado se negó a realizar los controles y la eventual atención del parto, la cual debería pagarse de forma particular y tendría un costo aproximado de \$1.500.000 pesos. Asimismo, señaló que la otra opción que les dieron en el mencionado centro de salud era devolverse a Venezuela, lo cual resultaba imposible para ellos, ya que según lo expuesto por el agente en la acción de tutela, en ese país “no hay medicamentos, no hay atención en salud, no hay comida, no hay trabajo, hay inseguridad e inestabilidad” .

6. Con fundamento en lo anterior, el 14 de julio de 2016, el señor Tiresias promovió acción de tutela en calidad de agente oficioso de su cónyuge en contra el Hospital Estigia, por considerar que vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad física de su esposa, al negarse a realizar los controles prenatales y asistir el parto. En consecuencia, solicitó al juez de tutela ordenar al hospital demandado realizar los controles anteriormente mencionados y atender el parto de manera subsidiada y gratuita.

B. Actuaciones en sede de tutela

7. Mediante auto del 14 de julio de 2016, el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria admitió la acción de tutela, vinculó al Ministerio de Salud y Protección Social -FOSYGA-, al Ministerio

de Relaciones Exteriores, a Migración Colombia, a la Defensoría del Pueblo de Arauca y al Gobernador del Departamento.

C. Decisión objeto de revisión

Fallo de única instancia

8. Por medio de sentencia del 28 de julio de 2016, el juez de instancia señaló que el señor Tiresias se encontraba legitimado para actuar en calidad de agente oficioso de su cónyuge. Lo anterior, por considerar que según el artículo 13 de la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no se puede discriminar a ninguna persona por su origen nacional.

9. En relación con las pretensiones de la acción de tutela, el a quo decidió negar el amparo solicitado, bajo el argumento de que los extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones de los nacionales colombianos, lo que incluye regular su situación migratoria en el país. Además, el juez resaltó la obligación que tienen todos los residentes de Colombia de afiliarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

10. Finalmente, el juez de instancia afirmó que la tutela es un mecanismo subsidiario y que en este caso no se evidenciaba ningún perjuicio irremediable, debido a que las pruebas demostraron que la madre y la hija por nacer se encontraban “en un estado optimo (sic) y normal de salud, sin ninguna alteración del feto” y que no se comprobó que fuera un embarazo de alto riesgo, por lo que no se configuraba un perjuicio irremediable.

D. Actuaciones en sede de revisión

En siguiente apartado se dividirá en dos partes, en la primera se presentarán las actuaciones procesales en sede de revisión y en la segunda se expondrán los conceptos técnicos que fueron solicitados por esta Corporación en el trámite de revisión.

Actuaciones Procesales en Sede de Revisión

11. Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, el 2 de febrero de 2017, la Magistrada sustanciadora comisionó al Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria, para que tomara declaración a Lucina en la que informara lo siguiente: (i) si ratificaba los hechos y pretensiones expuestas en la acción de tutela presentada por Tiresias; (ii) si después de la presentación de la acción de tutela, el hospital accionado accedió a realizarle los controles prenatales de forma gratuita o si tuvo que pagar por la atención; (iii) si el embarazo llegó a término; (iv) el lugar donde nació su hija; (v) si el demandado accedió a atender el parto de forma gratuita y las condiciones en las que éste se llevó a cabo; (vi) si recibió algún servicio después del parto por parte del Hospital Estigia; (vii) las condiciones de salud en las que se encontraban ella y la niña; (viii) sus medios de subsistencia y gastos personales; y (ix) si se realizó el registro de la recién nacida en la Registraduría Nacional del Estado Civil.

12. Asimismo, mediante auto del 13 de febrero siguiente, la Magistrada sustanciadora vinculó a la Alcaldía de Icaria para que se pronunciara sobre los hechos que dieron origen a la acción de tutela. Adicionalmente, ofició al Ministerio de Salud y Protección Social, al Instituto Nacional de Salud, a la Academia Colombiana de Medicina, al Grupo de Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, al Grupo de Investigación de Salud Sexual y Procreativa de la Mujer de la Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana, al Grupo de Investigación de Salud Pública de la Universidad del Rosario, al Grupo de Demografía y Salud de la Universidad de Antioquia, al Departamento de Ginecobstetricia de la Escuela de Medicina de la Universidad Industrial de Santander y al

Grupo de Investigación Materno Infantil de la Universidad de Caldas, para que ilustraran a esta Corporación sobre los siguientes temas: las implicaciones que tiene para la salud física y mental de una mujer el hecho de estar embarazada, los factores de riesgo generales ocasionados por el embarazo, los factores de riesgo específicos del embarazo en el departamento de Arauca, qué son controles prenatales y en qué consisten, cuál debe ser su periodicidad y su importancia, si la falta de atención prenatal es un factor de riesgo para las mujeres embarazadas y para el nasciturus, los índices de mortalidad de mujeres embarazadas y de los recién nacidos en Colombia y particularmente los relacionados con la falta de controles prenatales tanto en general como en el departamento de Arauca.

En la misma providencia, se ofició al Ministerio de Salud y Protección Social, al Instituto Nacional de Salud, a la Escuela de Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, al Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad de la Universidad del Valle, al Centro de Derechos Reproductivos, a la Organización Women's Link Worldwide, al Grupo de Salud Sexual y Reproductiva de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia, al Grupo de investigación de Salud Sexual y Procreativa de la Mujer de la Facultad de Medicina de la Universidad de la Sabana, al Grupo de Investigación de Salud Pública de la Universidad del Rosario, al Grupo Demografía y Salud de la Universidad de Antioquia, al Departamento de Ginecología y Obstetricia de la Escuela de Medicina de la Universidad Industrial de Santander y al Grupo Materno Infantil de la Universidad de Caldas para que indicaran a este Tribunal: en qué consiste el derecho a tener un embarazo sano y seguro y cuál es su relación con la salud reproductiva, las medidas que deben tomar los Estados para reducir la mortalidad materna, explicar las medidas que se han tomado en Colombia para garantizar a las mujeres gestantes un embarazo seguro, particularmente a las mujeres de escasos recursos desde la Política Pública de derechos sexuales y reproductivos estructurada a partir de los postulados en el Plan Decenal de Salud Pública (PDSP) 2012-2021, la importancia de los controles prenatales a las mujeres embarazadas desde el enfoque de los derechos sexuales y reproductivos y si el hecho de no contar con las condiciones descritas para tener un embarazo sano y seguro constituye violencia obstétrica y/o violencia fetal.

Finalmente, se ofició al Ministerio de Salud y Protección Social y al Instituto Nacional de Salud para que informaran cuáles son las acciones afirmativas que se han tomado en salud, en consideración al párrafo del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015.

Respuesta de la Alcaldía de Icaria

13. Por medio de oficio recibido el 21 de febrero de 2017, el Alcalde Encargado de Icaria indicó que las actividades ejecutadas en el desarrollo del plan de intervenciones colectivas en virtud del artículo 165 de la Ley 100 de 1993, se dirige a toda la población residente en tal municipio, sin diferenciar su nacionalidad. En relación con la atención materno infantil manifestó que el Estado tiene la obligación de atender a las madres gestantes y a sus hijos menores de edad que hagan parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en el régimen subsidiado o contributivo, lo que incluye a los extranjeros residentes en el país que se encuentren afiliados a dicho Sistema.

Respecto de las personas que se encuentren con permanencia irregular en el territorio nacional, sólo recibirán atención en urgencias de conformidad con lo dispuesto en el párrafo del artículo 20 de la Ley 1122 de 2007 en concordancia con el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011.

Finalmente, manifestó que el municipio tiene la obligación de identificar y afiliar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción

“sin embargo de lo señalado en los hechos de la acción de tutela se tiene certeza de que la accionante LUCINA no hace parte de la población vulnerable de nuestra jurisdicción toda vez que su entrada y permanencia en el país se ha efectuado de manera ilegal; Por (sic) lo tanto no es responsabilidad del municipio, toda vez que no es posible su afiliación al sistema general de seguridad social en salud mientras no regule su situación migratoria en el país

para poder ser objeto de la encuesta del sisbén que determinara (sic) si debe afiliarse al régimen subsidiado”.

Respuesta del Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria

14. Mediante oficio recibido el 24 de febrero de 2017, el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria envió la declaración solicitada, en la que Lucina ratificó la acción de tutela e informó que el demandado le realizó varios exámenes antes del parto por los que ella tuvo que pagar alrededor de \$270.000. Adujo que después se sintió enferma y acudió a la Unidad Médica de Icaria en donde la atendió una Ginecóloga y tuvo que pagar \$70.000.

Asimismo, manifestó que su hija nació el 21 de agosto de 2016 en el hospital demandado. Indicó que, en principio, el accionado le cobró por los servicios del parto una suma de \$1.280.000, pero que una persona que no desea identificar habló con el gerente del hospital para que no le cobraron ese valor y que después de ello el hospital demandado decidió asumir los gastos del parto.

Adicionalmente, la peticionaria afirmó que la Registraduría Nacional del Estado Civil no quería registrar a su hija, pero que después de tres meses lo hizo.

15. Con fundamento en la información recibida, mediante auto proferido el 7 de marzo de 2017, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional profirió una medida cautelar en la que ordenó a el Hospital Estigia afiliar a la niña al Sistema General en seguridad Social en Salud de conformidad con lo establecido en el numeral 3º del artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016 y ordenó acompañamiento de la Regional de Arauca de la Defensoría del Pueblo. Además, se ofició a la misma entidad para que informara a esta Corporación lo

siguiente: si después de la presentación de la acción de tutela, accedió a realizarle los controles prenatales de forma gratuita a la señora Lucina, si accedió a atender el parto de la accionante de manera gratuita y en caso afirmativo, aclarara las razones por las que dicha atención no tuvo ningún costo, si existe en el hospital algún protocolo de atención de partos a mujeres de escasos recursos económicos y que no se encuentren afiliadas al Sistema General de Seguridad Social y en caso de existir, informe si había alguna diferenciación entre mujeres nacionales, extranjeras con permanencia regular y extranjeras con permanencia irregular, si prestó algún servicio de salud a la actora después del parto y/o a su hija, y las razones por las que no afilió a la recién nacida al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Adicionalmente, se vinculó al presente proceso a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Registraduría Municipal de Icaria para que se pronunciaran sobre los hechos narrados por la accionante en relación con el registro de nacimiento de su hija. Además se suspendieron los términos para fallar el presente proceso durante 20 días hábiles.

Respuesta del Hospital Estigia

16. Por medio de escrito remitido a esta Corporación el 13 de marzo de 2017, el Hospital demandado indicó que desde que la actora acudió a tal institución se le informó que la única atención que podía recibir era de urgencias y que las atenciones posteriores debían ser asumidas por cada uno de los usuarios, de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca.

Afirmó que a la peticionaria nunca se le negó el ingreso al Hospital ni la atención médica, sin embargo se le cobró al momento de salir de dicha institución.

Por otra parte, manifestó que las mujeres extranjeras de escasos recursos que no se encuentran afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud deben acudir al SISBEN y realizar los trámites correspondientes para poder afiliarse a una EPS y que las que se encuentren con permanencia irregular deben acudir a las entidades correspondientes para resolver su situación migratoria y solicitar la respectiva cédula de extranjería para poder afiliarse al sistema de salud.

Indicó que en el caso particular no se registra ninguna atención a la hija de la accionante posterior a 22 de agosto de 2016 y reiteró que nunca negó el servicio de salud sino que lo facturó como un servicio particular.

Finalmente, señaló que el proceso de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de los menores de edad lo deben realizar sus representantes legales, es decir sus padres, por lo que la responsabilidad de afiliación no recae en el Hospital. Resalta que el numeral 3º del artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016 “es a la afiliación al sistema de seguridad social si alguno de los padres está afiliado a cualquier EPS, a lo que el hospital no afilio la menor (sic) su acuerdo a que los padres entraron de forma irregular al país y no están en ninguna EPS ni se encuentran en el SISBEN”.

Finalmente, anexó un certificado en el que se demostró que la hija de la accionante fue afiliada al régimen subsidiado a la Nueva EPS, con fundamento en la medida cautelar impuesta por esta Corporación.

Respuesta de la Registraduría Nacional del Estado Civil

17. Por medio de escrito recibido en el despacho de la Magistrada sustanciadora el 16 de

marzo de 2017, la Registraduría Nacional del Estado Civil indicó que el 11 de octubre de 2016 se registró el nacimiento de la hija de la peticionaria. Adicionalmente manifestó que la niña no cumple con los requisitos para obtener la nacionalidad colombiana, debido a que sus padres no probaron su domicilio en Colombia, por lo que el registro sólo representa el hecho ocurrido en el territorio nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Decreto Ley 1260 de 1970.

Particularmente, sobre la nacionalidad de la niña, la entidad indicó que, de la interpretación de la Ley 43 de 1993, se debe probar el domicilio con la visa de residente para obtener la nacionalidad por nacimiento cuando los dos padres son extranjeros. Sin embargo, señaló que con fundamento en lo anterior, la Registraduría le solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores un concepto en el que se aclarara la forma de probar el domicilio exigido en el artículo 2º de la citada ley. Manifestó que mediante concepto del 24 de febrero de 2015, la Cancillería informó que el domicilio para obtener la nacionalidad por nacimiento se prueba con los siguientes tipos de visas: TP3, TP4, TP5, TP7, TP9 y TP10.

Finalmente, la Registraduría Nacional del Estado Civil indicó que con fundamento en la respuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores profirió la Circular 059 de 2015, con el fin de fijar las directrices para la inscripción al registro civil de hijos de extranjeros nacidos en Colombia para efectos de la nacionalidad.

Respuesta de la Registraduría Municipal de Icaria

18. Mediante escrito recibido en el Despacho de la Magistrada sustanciadora el 22 de marzo de 2017, la Registraduría Municipal de Icaria indicó que el 11 de octubre de 2016 se registró el nacimiento de la hija de la actora. Sin embargo, no manifestó las razones por las que tal registro se realizó un mes y veinte días después de su nacimiento.

Además, la entidad vinculada indicó que el día que se adelantó el registro, se le informó al señor Tiresias que la recién nacida no tendría la nacionalidad colombiana debido a que ninguno de sus padres aportó los documentos necesarios para acreditar su domicilio en Colombia, tal y como se establece en la Circular 059 de 2015 proferida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

19. En consideración a que la Registraduría Municipal de Icaria indicó que el nacimiento de la niña se registró el 11 de octubre de 2016 pero no expuso las razones por las que dicho registro se hizo un mes y veinte días después del nacimiento, por medio de auto del 24 de marzo de 2017 la Magistrada sustanciadora ofició a la Registraduría Municipal de Icaria para que informara a esta Corporación las razones por las que se registró a la hija de la accionante en ese tiempo.

Adicionalmente, se ofició al Ministerio de Relaciones Exteriores para que informara a este Tribunal toda la normativa aplicable a la adquisición de la nacionalidad colombiana por nacimiento, y en particular, si ha proferido alguna regulación específica relacionada con los requisitos necesarios para obtener la nacionalidad colombiana por nacimiento.

20. Por medio de escrito del 5 de abril de 2017, el Ministerio de Relaciones Exteriores indicó que el artículo 96 de la Constitución Política establece dos formas de adquirir la nacionalidad colombiana: (i) por nacimiento y (ii) por adopción. Adicionalmente, señaló que el artículo 1º de la Ley 43 de 1993 establece quiénes son nacionales colombianos de la siguiente manera:

Por nacimiento:

i. i) Las personas cuyo padre o madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviera domiciliado en la República al momento del nacimiento.

ii. ii) Los hijos de padre o madre colombiano que hubieran nacido en el extranjero y luego se domiciliaren en Colombia o se registraren en una oficina consular del país.

Por adopción:

i. i) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización.

ii. ii) Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento, domiciliados en Colombia que pidan ser inscritos como colombianos ante la municipalidad donde se establecieron.

iii. iii) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad.

Adicionalmente, el Ministerio señaló que el artículo 4º de la misma normativa dispone que la naturalización es un acto soberado y discrecional del Presidente de la República, en virtud del cual se concede la nacionalidad colombiana a quienes la solicitan y cumplan con los requisitos establecidos en la Constitución y las leyes.

Asimismo, resaltó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 869 del 5 de mayo de 2016, el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene la competencia para estudiar, conceptuar y tramitar únicamente sobre las solicitudes de nacionalidad por adopción, y en ese sentido no tiene competencia para pronunciarse sobre la adquisición de la nacionalidad por nacimiento.

En el mismo sentido, resaltó que dicha entidad tampoco es competente para resolver asuntos relacionados con la inscripción de nacimiento en el territorio colombiano, ya que esto corresponde a la Registraduría Nacional del Estado Civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 118 del Decreto 1260 de 1970, modificado por el artículo 77 de la Ley 962 de 2005.

Con fundamento en lo anterior, la entidad afirmó que no es competente para pronunciarse sobre la normativa aplicable en relación con la adquisición de la nacionalidad por nacimiento. No obstante, aclaró que en virtud de lo establecido en el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 43 de 1993, el requisito del ius domicili para adquirir la nacionalidad por nacimiento, sólo es aplicable en los casos de hijos de extranjeros que nacieron en territorio colombiano. En este sentido, insistió en que, de conformidad con lo dispuesto en la Circular 059 del 26 de marzo de 2015, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el domicilio se acredita con alguna de las siguientes visas: TP3, TP4, TP5, TP7, TP9, TP10 o con la visa de residente, con las cuales se demuestra el ánimo de permanencia del extranjero en el territorio nacional en los términos del Código Civil y la Ley 43 de 1993.

Finalmente, el Ministerio de Relaciones Exteriores indicó que a pesar de que dicha entidad remitió una respuesta a la Registraduría Nacional del Estado Civil relacionada con el alcance del requisito de domicilio exigido en el artículo 2 de la Ley 43 de 1993, la evaluación de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad por nacimiento, corresponde únicamente a dicha entidad.

21. Teniendo en cuenta que muchas personas de nacionalidad venezolana ingresaron a territorio colombiano por la situación económica y política del vecino país, sin el cumplimiento de los requisitos necesarios para permanecer en el mismo, la Magistrada Sustanciadora consideró necesario que el Ministerio de Salud y de Protección Social informara a esta Corporación si profirió alguna regulación especial para atender a los migrantes venezolanos con permanencia irregular que requirieran servicios de salud que no

constituyan una urgencia.

Adicionalmente, la Magistrada sustanciadora consideró fundamental que las entidades territoriales fronterizas con el Estado Venezolano indicaran a este Tribunal el impacto económico que ha tenido en el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la migración de ciudadanos venezolanos que se encuentran en permanencia irregular en el país.

Por consiguiente, por medio de Auto del 5 de junio de 2017, la Magistrada sustanciadora ofició al Ministerio de Salud y de Protección Social para que informara si profirió alguna regulación especial para atender a los migrantes venezolanos con permanencia irregular y que requieran de servicios de salud que no constituyan una urgencia. Adicionalmente, ofició a la Secretaría Departamental de Salud de la Guajira, del Cesar, de Vichada y de Bolívar, al Instituto Departamental de Norte de Santander y a la Unidad Administrativa Especial de Salud del Arauca, para que indicaran a esta Corporación el impacto económico que ha tenido el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud con la migración de ciudadanos venezolanos que se encuentran en permanencia irregular en el país.

Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

22. Mediante escrito recibido en el despacho el 14 de junio de 2017, la entidad indicó que de conformidad con lo establecido en los artículos 3º, 152 y 156 de la Ley 100 de 1993, el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, y los artículos 43, 44, y 45 de la Ley 715 de 2001, el Sistema General de Seguridad Social en Salud es aplicable como garantía de protección a todas las personas residentes en el territorio colombiano.

Particularmente, respecto de la atención a pacientes extranjeros, el Ministerio de Salud y Protección Social resaltó que según lo dispuesto en los artículos 168 de la Ley 100 de 1993 y 67 de la Ley 715 de 2001, toda persona nacional o extranjera tiene derecho a recibir atención inicial de urgencias. Por último, indicó que no existe ninguna regulación especial para la atención de salud de las personas que se encuentren con permanencia irregular en el territorio colombiano.

Respuesta de la Secretaría de Salud del Vichada

23. Por medio de escrito radicado el 15 de junio de 2017, la Secretaría de Salud del Vichada indicó que de conformidad con la información suministrada por la ESE Departamental San Juan de Dios, al 17 de abril de 2017 se reportaron 64 personas atendidas con nacionalidad venezolana que generó un gasto de \$23.121.209. Adicionalmente, se documentaron tres casos de mujeres gestantes venezolanas, dos de las cuales fueron remitidas desde la ciudad de Cumaribo y una desde la Primavera en vuelo con atención hospitalaria, lo que generó un gasto de \$32.806.500.

Por otra parte indicó que la población venezolana indocumentada no se encuentra afiliada a ninguna EPS en el régimen subsidiado, por lo que los servicios prestados por las ESE departamentales son pagados por la Secretaría de Salud, lo que ha representado una disminución en los recursos para la prestación de los servicios médicos a la población pobre no asegurada.

Adicionalmente, remitió las siguientes tablas de atención en servicios de salud:

Respuesta de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca

24. Por medio de escrito radicado el 20 de junio de 2017, la entidad indicó que la migración de ciudadanos venezolanos en el departamento de Arauca no ha generado impacto económico en el régimen subsidiado, toda vez que se han registrado de la siguiente manera:

25. CÉDULAS DE EXTRANJERÍA

26. ÚMERO

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.

34.

35.

36.

37.

38.

39.

40. NORTE

41.

42.

43.

44.

45.

46.

47.

48.

49.

50. RONDÓN

51.

52.

53.

54.

55.

56.

57.

58.

59.

61.

62.

63.

64.

65.

66.

67.

68.

69. .06%

No obstante, señaló que por concepto de atención de urgencias vitales por el sistema de población no asegurada sí tuvo un impacto económico, en la medida en que las Empresas Sociales del Estado del Departamento de Arauca han prestado servicios de salud a los ciudadanos venezolanos con permanencia irregular en el país y en consecuencia sin afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, que carecen de capacidad de pago por la atención recibida, lo que ha generado un costo adicional de \$700.000.000 que afectó

gravemente el presupuesto del departamento.

Respuesta de la Secretaría de Salud de Bolívar

70. Por medio de escrito radicado el 21 de junio de 2017, la entidad indicó que la Gobernación ha prestado los servicios de salud a la población migrante venezolana en temas relacionados con urgencias a las mujeres embarazadas, población infantil, adultos mayores y personas con patologías de alto costo, a través de la red pública hospitalaria. Adicionalmente, se ha requerido que las autoridades municipales orienten y acompañen a dichas personas para realizar los trámites correspondientes con el fin obtener la cédula de extranjería y afiliarse al régimen subsidiado de salud.

La Ruta de atención de la Gobernación a la población proveniente de Venezuela se expone en la siguiente tabla:

Nacionalidad

Estado

Paso 1

Paso 2

Paso 3

Colombiano

Documentado

SISBEN

Afiliación al SGSSS

Garantía de Servicios de Salud

Indocumentado

Legalizar Identificación

SISBEN

Afiliación al SGSSS

Venezolano

Núcleo Familiar Colombiano

Legalizar identificación

SISBEN

Afiliación al SGSSS

Sin núcleo Familiar Colombiano

Migración Colombia

Estudio de

caso

Expedición de documento o deportación

Finalmente, señaló que gran parte de la población migrante con permanencia irregular no se ha podido afiliar en el Sistema de Salud, por lo que han sido atendidos con cargo a los recursos para la población pobre no asegurada, lo que aumentó la deuda de los prestadores de salud de las entidades territoriales. En este sentido, afirmó que no es posible medir el impacto financiero que causa al régimen de salud la atención a la población con permanencia irregular.

Respuesta de la Secretaría de Salud del Cesar

71. Mediante escrito radicado el 27 de junio de 2017, la Secretaría de Salud del Cesar indicó que desde el año 2015 se incrementó la migración de ciudadanos venezolanos con permanencia irregular que solicitan acceso a los servicios de salud, lo que colapsó los servicios de urgencias de las diferentes entidades del departamento.

Señaló que las patologías más frecuentes corresponden a afecciones relacionadas con la gestación, parto y puerperio, las cuales han sido atendidas de manera integral por el departamento, sin embargo esto ha generado un impacto negativo en los recursos para financiar los servicios de salud. En particular, afirmó que los costos de atención a la población venezolana en los años 2015, 2016 y 2017 ascienden a \$1.232.501.277 que corresponde a los reportes suministrados por las diferentes IPS con corte del mes de mayo de 2017. Se anexa el siguiente cuadro:

ATENCIÓN POBLACIÓN VENEZOLANA COSTOS VIGENCIA 2015, 2016 Y 2017

IPS

Nº de atenciones

VALOR FACTURADO

HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LOPEZ

622

1.230.000.000

CLINICA LAURA DANIELA

35

71.325.666

HOSPITAL DE BECERRIL

3

328.734

HOSPITAL MARINO ZULETA

5

2.074.782

37

7.626.986

HOSPITAL DE TAMALAMEQUE

2

1.776.470

HOSPITAL GONZALEZ

28

535.300

HOSPITAL JAGUA DE IBIRICO

13

2250280

HOSPITAL DE SAN MARTIN

71

6.900.127

HOSPITAL SAN ALBERTO

20

3.680.565

HOSPITAL REGIONAL DE SAN ANDRÉS

344

53.844.249

HOSPITAL SAN ROQUE DEL COPEY

101

12.158.118

VALOR TOTAL FACTURADO

1281

1.392.501.277

Adicionalmente, manifestó que en la actualidad, las IPS de la Red Pública del Departamento brindan atención inicial de urgencias a ciudadanos extranjeros de acuerdo con lo dispuesto en la Circular 12 de 2017, sin embargo tales instituciones y las entidades territoriales desconocen la forma en la que se debe financiar la prestación de tales servicios.

Además, la entidad enfatizó en que existe un aumento de enfermedades de Interés en Salud Pública, especialmente afecciones relacionadas con la gestación, el parto y el puerperio, embarazos en el segundo y tercer trimestre sin estudios previos, casos de VIH, enfermedades renales en menores de 5 años, hipertensión y diabetes.

Por otra parte, la Secretaría afirmó que las entidades territoriales no disponen de los recursos suficientes para afrontar esta problemática, de tal forma que se garantice una atención integral a la población con permanencia irregular en el país, a pesar de lo establecido en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993.

Respuesta de la Administración Temporal para el Sector Salud en el Departamento de la Guajira

72. Por medio de escrito radicado el 27 de junio de 2017, la Administración Temporal para el Sector Salud en el Departamento de la Guajira informó que para la vigencia del año 2016 se atendieron 2.056 usuarios que se encuentran con permanencia irregular en el país, por un

valor de \$1.601.746.198, lo que afectó notablemente el Sistema General de Seguridad Social en Salud, lo cual se muestra en el siguiente cuadro:

Municipio

Entidad

Año 2016

Año 2017

Usuarios

Valor (\$)

Valor (\$)

El Molino

E.S.E Hospital san Lucas

5

5.635.200

19

25.625.300

La Jagua del Pilar

E.S.E HOSPITAL Donaldo Saúl Morón m.

15

703.500

1

312.250

Urumita

E.S.E HOSPITAL Santa Cruz de Urumita

41

5.071.200

Albania

E.S.E HOSPITAL San Rafael – Albania

160

12.747.954

98

20.781.473

Uribia

E.S.E HOSPITAL Nazareht

258

103.746.557

198

85.598.845

Villanueva

E.S.E HOSPITAL Santo Tomás

25

1.262.100

21

1.104.900

Uribia

E.S.E HOSPITAL Ntra. Sra. del Perpetuo Socorro.

71

16.557.223

48

10.748.546

Hatonuevo

206

9.655.399

30

1.028.615

Fonseca

E.S.E HOSPITAL San Agustin

66

10.750.199

73

8.949.721

Dibulla

E.S.E HOSPITAL Sta. Teresa De Jesús De Ávila

13

633.600

30

3.752.800

Manaure

E.S.E HOSPITAL Armando Pabón López

36

16.810.806

51

25.383.000

Barrancas

E.S.E HOSPITAL Ntra. Sra. del Pilar

15

2.558.800

33

4.036.800

Riohacha

E.S.E HOSPITAL Ntra. Sra. de Los Remedios

491

362.730.566

930

630.217.483

E.S.E HOSPITAL San José de Maicao

634

441.964.010

756

654.172.814

San Juan del Cesar

E.S.E HOSPITAL San Rafael Nivel II

55

93.128.291

112

122.694.557

Distracción

E.S.E HOSPITAL Santa Rita De Cassia

6

1.235.240

14

2.267.894

TOTAL ATENDIDOS

2.056

1.080.119.445,00

2.455

1.601.746.198,00

Respuesta de Migración Colombia

73. Por medio de escrito remitido al despacho el 10 de julio de 2017, la entidad indicó que el Decreto-Ley 4062 de 2011 creó Migración Colombia como organismo adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores y estableció que su objetivo es ejercer las funciones de autoridad de vigilancia y control migratorio y de extranjería del Estado colombiano. En su intervención, citó las normas que regulan los permisos de ingreso y permanencia y los salvoconductos de permanencia.

Adicionalmente, la entidad indicó que el artículo 2.2.1.11.2.4 del Decreto 1067 de 2015 establece que existe un ingreso irregular al territorio nacional en los siguientes casos: (i) ingreso al país por un lugar no habilitado; (ii) ingreso al país por un lugar habilitado pero con evasión u omisión del control migratorio; (iii) ingreso al país con la correspondiente documentación o con documentación falsa.

Adicionalmente, resaltó que el artículo 2.2.1.11.2.12 de la misma normativa establece que se considera que un extranjero se encuentra en permanencia irregular cuando: (i) se dan los supuestos del artículo 2.2.1.11.2.4 del referido decreto; (ii) el extranjero habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo; (iii) permanece en el territorio nacional con documentación falsa y (iv) el permiso otorgado al extranjero ha sido cancelado de conformidad con lo indicado en el artículo 2.2.1.11.2.11 de la misma normativa.

Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander

74. Mediante escrito remitido el 15 de junio de 2017, la oficina jurídica envió el siguiente cuadro, en él se evidencia la situación de prestación de servicios de salud a la población venezolana que se encuentra en permanencia irregular en el Departamento de Norte de Santander, en que se demuestra que en el año 2017 se han realizado 8404 atenciones a ciudadanos venezolanos que han generado un costo adicional en el presupuesto de \$1.936.534.440.

Conceptos Técnicos

Academia Nacional de Medicina

75. Mediante escrito radicado el 22 de febrero de 2017, la Academia Nacional de Medicina (en adelante ANM) señaló que el embarazo tiene varias implicaciones para la salud física y psicológica de la mujer, que pueden ser de diferente índole y que variar de una mujer a otra, por lo que “sería inmensamente complejo y extenso tratar en esta respuesta todas las implicaciones que conlleva un embarazo”. Adicionalmente, indicó que los factores de riesgo ocasionados por el embarazo varían dependiendo de los antecedentes de la mujer, de su entorno sociocultural, económico, familiar, y sanitario, y de los procesos patológicos que pueden acompañarla en una determinada etapa de su vida, que en este caso es el embarazo.

Por otra parte, precisó que los controles prenatales consisten en citas rutinarias que deben acompañar a la mujer durante la gestación y que son de gran importancia, en la medida en que permiten detectar tempranamente factores de riesgo y patologías del embarazo. En consecuencia afirmó que la falta de atención prenatal constituye un factor de riesgo para la mujer embarazada y para el nasciturus.

Instituto Nacional de Salud

76. Mediante oficio radicado el 24 de febrero de la misma anualidad, el Instituto Nacional de Salud (en adelante INS) indicó que los antecedentes de riesgo más frecuentes durante el embarazo para los casos de mortalidad perinatal y neonatal tardía reportados en el departamento de Arauca al Sistema de Vigilancia en Salud Pública (en adelante SIVGILA) fueron: parto pretérmino, deficiencias socioeconómicas, otras infecciones, período intergenésico menor a dos años, bajo peso de la madre, desnutrición crónica, obesidad, diabetes, hipertensión y alcoholismo.

Asimismo, manifestó que las principales complicaciones de las mujeres embarazadas se

generan por factores como: la ruptura prematura de membranas, la infección de vías urinarias, las anomalías congénitas incompatibles con la vida, el retraso de crecimiento intrauterino, el embarazo múltiple, sepsis, preeclampsia, embarazo no deseado, síndrome de hellp, hemorragia de primer trimestre y violencia contra la gestante durante el embarazo. Además, resaltó que del análisis de los periodos perinatales de riesgo en la mortalidad perinatal y neonatal tardía para Arauca, las muertes tienen una relación estrecha con problemas relacionados con el acceso, seguimiento y calidad de los controles prenatales.

Respecto de los índices de mortalidad de mujeres embarazadas en Colombia, el INS indicó que durante el año 2016 se notificaron al SIVGILA 322 casos de muerte materna temprana, de los cuales el 39,8% no realizó controles prenatales, el 22,4% realizó entre uno a tres controles y el 37,6% realizó cuatro o más. Particularmente, en el departamento de Arauca, se registró un caso de muerte materna temprana en el que se encontró la omisión de realizar los respectivos controles prenatales.

Respecto de la relación de los casos de mortalidad perinatal o neonatal tardía y la ausencia de los controles prenatales, el interviniente manifestó que el SIVGILA reportó 1848 casos de muerte en el año 2016, de los cuales 9 se registraron en Arauca.

Escuela de Estudios de Género de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia

77. Por medio de escrito del 27 de febrero de 2017, la Escuela de Estudios de Género de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia señaló que la mayoría de las muertes maternas, fetales y neonatales son muertes evitables, que evidencian las condiciones de desigualdad e inequidad social en salud, en la medida en que muchas veces se producen como consecuencia de la falta de respeto a la dignidad de las mujeres y a sus derechos, por parte de las diferentes instituciones de salud. Afirmó que estos factores de

desigualdad se traducen en maltrato, abusos, falta de sensibilidad, menosprecio o desprecio hacia una cultura específica, tratos discriminatorios por el hecho de ser pobres, indígenas o afrodescendientes y manejo deshumanizado del parto hospitalario, todo lo anterior constituye una violación a los derechos de las mujeres y de sus hijos.

En relación con lo anterior, indicó que la morbilidad y mortalidad materna derivada de las fallas anteriormente mencionadas constituye violencia obstétrica, toda vez que ésta se define como: “toda conducta, acción u omisión realizada por personal de salud que de manera directa o indirecta en el ámbito público o privado afecte el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en trato deshumanizado, abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales”.

Por otro lado, la interviniente señaló que el maltrato psicológico por parte del personal de salud expresado en burlas y/o comentarios descalificadores de la sexualidad de las mujeres, impedimentos para que puedan decidir sobre sus cuerpos y posturas en el trabajo de parto y la práctica de procedimientos sin completa información y autorización, ponen en riesgo dichos procesos, lo que genera una violencia institucional que amenaza la salud reproductiva de las mujeres. En particular resaltó varias conductas que la doctrina ha calificado como violencia obstétrica:

1. 1. No atender de forma oportuna las emergencias obstétricas
2. 2. Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, a pesar de que existan los medios para la realización de un parto vertical
4. 4. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo por medio de alguna técnica de aceleración sin conocimiento informado, voluntario y expreso de la mujer,
5. 5. Realizar el parto por cesárea cuando existen condiciones para hacer el parto natural, sin el consentimiento informado, voluntario y expreso de la mujer.

Además, agregó que la violencia obstétrica es otra forma de violencia de género, teniendo en cuenta que esta última se define en los siguientes términos

“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino, que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento sexual, físico o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada.”

Con fundamento en lo anterior, la interviniente concluyó que las instituciones de salud que no garanticen el respeto a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y la atención humanizada del parto ejercen violencia obstétrica y de género que producen efectos negativos en la salud y en la vida de las mujeres, sus hijas e hijos en gestación y al nacer.

Adicionalmente, afirmó que la violencia obstétrica constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud consagrado en la Constitución Política y en diferentes tratados internacionales.

Por otro lado, la interviniente se pronunció sobre las conductas que pueden constituir violencia fetal. En particular, señaló que ésta se conforma a partir de diferentes actos de agresión que puede sufrir un feto como resultado de abuso o negligencia durante la gestión de diferentes prestadores de servicios de salud y se encuentra asociada a los riesgos de morbilidad materno-fetal, lo que redundaría en la vulneración del derecho a nacer sano. Asimismo, resaltó que actos como el intervencionismo médico, la medicalización excesiva, la patologización de los procesos naturales, el trato abusivo, inhumano y negligente a las niñas y niños, constituyen una grave violación a sus derechos fundamentales.

Finalmente, indicó que las fallas en las condiciones clínicas y tecnológicas para la atención de la gestación, el parto y el puerperio, no constituyen necesariamente violencia fetal, sin embargo no se debe ignorar que no contar con las condiciones adecuadas para tener un embarazo sano y seguro pueden ser causa de morbilidad y mortalidad materna, fetal y neonatal, lo que puede llevar a que por las condiciones de vulnerabilidad se generen situaciones de abuso o negligencia durante la gestación que se materialicen en sufrimiento y/o violencia fetal.

Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Antioquia

78. Por medio de escrito recibido en el Despacho de la Magistrada sustanciadora el 8 de marzo de 2017, el Departamento de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Antioquia indicó que el embarazo tiene múltiples implicaciones físicas y mentales en la salud de la mujer en gestación. En particular señaló que la afectación de la salud mental de la mujer puede estar relacionada con factores externos como el embarazo no deseado, la violencia intrafamiliar, el embarazo adolescente y los bajos ingresos económicos, entre otros. Respecto de los factores internos, identificó la depresión endógena y las alteraciones psiquiátricas en general.

Las implicaciones para la salud física tienen que ver con los cambios acelerados en el cuerpo de la mujer y la posibilidad de adquirir enfermedades que pueden afectar su salud y su vida, pues cada órgano del cuerpo se somete a un estrés adicional causado por la gestación, por lo que se pueden alterar y generar enfermedades como diabetes, hipertensión, anemia, infecciones urinarias, alteración en la tiroides, alteraciones del sistema nervioso central, infecciones de diferente tipo, VIH, o hepatitis B, entre otras. Por lo anterior, surgió la idea universal del control prenatal como un mecanismo para prevenir, detectar e intervenir de forma oportuna y adecuada, ante el surgimiento de dichas alteraciones y de esta manera

disminuir los efectos negativos en la salud materna y en la de su hijo, y por consiguiente en la salud de la sociedad en general.

En el mismo sentido, el interviniente enfatizó que la guía práctica vigente en Colombia establece lo siguiente respecto de los controles prenatales:

“La evaluación del riesgo psicosocial y biológico es un elemento de la consulta de inscripción al control prenatal, a la vez que sirve como tamizaje para definir el profesional que realiza el primer control prenatal y la necesidad de un cuidado adicional por un equipo multidisciplinario, el cual debe incluir personal de áreas como psicología, psiquiatría y ginecología, entre otros. La evaluación del riesgo biopsicosocial ayuda al personal de salud a identificar rápidamente a las mujeres con problemas médicos, emocionales y/o psicosociales durante el embarazo o el posparto y definir las necesidades de remisión para una atención especializada. Factores como el nivel socioeconómico y el estrés psicosocial se han asociado con desenlaces adversos como el parto pretérmino; sin embargo, el mecanismo biológico que explica dicha asociación no es claro. El estrés psicosocial tradicionalmente se ha definido como aquellos sucesos de gran impacto que afectan a la gestante, tales como la muerte de un ser querido o grandes desastres medioambientales de su entorno. Recientemente el concepto se ha diversificado e incluye el estrés percibido, la ansiedad, la depresión, el racismo, la falta de la red de apoyo social, la aculturación y la violencia doméstica, entre otros”. (Subrayado fuera del texto original).

Por otra parte, resalta que el embarazo genera una sobre carga psíquica, física y social para la mujer, lo cual la obliga a utilizar todas sus reservas y en esa medida pueden presentar varios factores de riesgo como: mayores índices de depresión, enfermedades de múltiples etiologías o incluso la muerte. Otros factores externos como el desplazamiento forzado, la mala nutrición por falta de ingresos económicos pueden convertirse en factores de riesgo y afectar la salud de la gestante y del feto.

Respecto de los riesgos físicos, la referida guía establece que es recomendable que en cada uno de los controles prenatales se verifique la ganancia de peso, ya que la madre gestante que tenga bajo peso a las 28 semanas debe continuar los controles con un equipo multidisciplinario especializado. También es necesario medir la presión arterial para identificar los casos de preclampsia.

En lo relacionado con los factores de riesgo específicos del embarazo en el departamento de Arauca el interviniente indicó lo siguiente:

“pueden existir factores de riesgo de contexto como falta de trabajo, poco ingreso económico, migración de ciudadanos colombianos y venezolanos desde Venezuela debida a la crítica situación política y económica del vecino país, la extensa área rural que puede dificultar el acceso a los servicio de salud en caso de una urgencia, el insuficiente desarrollo de la vías de comunicación que dificulta el desplazamiento en caso de requerir atención médica, así como la calidad de los servicios médicos y de enfermería. De hecho, la mortalidad materna en el departamento de Arauca es de las más altas del país con una razón de 90 x 100.000 nacidos vivos. Igualmente, Arauca es uno de los departamentos con una de las mayores tasas de fecundidad del país, la cual se encuentra por encima de tres hijos por mujer.

El hecho de que el departamento de Arauca tenga una tasa de fecundidad elevada y una razón de mortalidad materna de las más altas del país, implica necesariamente un mayor riesgo de enfermar y morir para las mujeres residentes en este departamento” . (Subrayado fuera del texto original).

Por otra parte, el Departamento señaló que los controles prenatales consisten en las

consultas realizadas por el personal de enfermería, médico general o especialista en obstetricia o ginecología, efectuados a mujeres embarazadas y su objetivo es controlar el proceso de gestación, detectar aumento de la presión arterial denominado preclampsia (el cual constituye la primera causa de mortalidad materna en Colombia), u otro tipo de enfermedades como la diabetes gestacional, detección precoz de enfermedades infecciosas como sífilis gestacional, VIH-SIDA, hepatitis B, toxoplasmosis, infecciones urinaria, el virus del ZIKA, entre otras. Adicionalmente los controles prenatales se realizan con el fin de: educar a la madre gestante sobre los síntomas de alarma y el trabajo de parto y asesorar en los cuidados del recién nacido, lo que incluye la lactancia materna y la planificación familiar. Indicó que también permiten detectar problemas relacionados con la ubicación de la placenta y prevenir sangrados que pongan en peligro la vida de la madre y el feto.

Adicionalmente, manifestó que se recomienda realizar de 7 a 10 controles prenatales y enfatizó en su importancia para detectar e intervenir a tiempo en todas las situaciones que se pueden presentar durante la gestación. En este sentido, no realizarlos implica un factor de riesgo relevante de enfermedad y muerte para la madre y el feto.

En relación con los riesgos para las mujeres embarazadas en Colombia y particularmente en Arauca, el interviniente informó que aproximadamente el 16% de las muertes en dicho departamento realizan menos de 4 controles prenatales, sin embargo, debido a los diferentes factores de riesgo, no es posible determinar su relación con los índices de mortalidad en dicho territorio.

Por otra parte, el Departamento indicó que la Constitución Política de Colombia reconoce la protección especial de la mujer debido a las condiciones de desigualdad formal y real a la que se ha visto sometida históricamente. En este sentido, se ha enfatizado en la necesidad de proveerle todos los mecanismos para garantizar el ejercicio de sus derechos de manera efectiva, lo cual tiene especial incidencia en su salud reproductiva que se refleja en una adecuada práctica médica durante el embarazo, teniendo en cuenta que en este período es

de alta vulnerabilidad psíquica y biológica. De lo anterior, se deriva el derecho que tienen las mujeres a un control prenatal periódico y frecuente para preservar su salud y bienestar, así como la del feto.

Adicionalmente, enfatizó en las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud quien indicó que los controles prenatales constituyen una comunicación eficaz con la mujer sobre cuestiones fisiológicas, biomédicas, de comportamiento y socioculturales y en consecuencia puede salvar vidas.

Además, el interviniente resaltó que en aras de disminuir la mortalidad materna los Estados deben garantizar el acceso sin barreras de ningún tipo, a los servicios de controles prenatales y a tener un parto institucional de calidad. Asimismo, deben socializar diferentes métodos de planificación familiar y la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo no deseado de forma segura, ya que ésta es una de las principales causas de mortalidad materna en países en vías de desarrollo.

La Universidad de Antioquia afirmó que Colombia ha avanzado positivamente en el acceso a los servicios de salud, sin embargo resaltó que todavía existen muchas barreras para acceder a dicho servicio como el aseguramiento, la multi-afiliación al sistema, la exigencia de trámites previos al proceso de atención, lo que pone en peligro la vida y la salud de la madre y del feto. Resaltó que el Estado ha diseñado guías de práctica clínica que han mejorado las estrategias de vigilancia epidemiológica y auditoria de calidad de los servicios perinatales. No obstante, a pesar de todas esas medidas, la razones de mortalidad no han descendido a los niveles esperados en relación con la inversión realizada para el desarrollo de esos temas, lo que posiblemente se debe a que no existe una plena garantía del ejercicio del derecho a la salud debido a todos los trámites administrativos requeridos para acceder a la atención real.

Adicionalmente indicó que en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo del Cairo en 1994, los derechos sexuales y reproductivos fueron reconocidos como derechos humanos

e incluyen:

- * “Derecho a la vida, derecho fundamental que permite el disfrute de los demás derechos
- * Derecho a la integridad física, psíquica y social
- * Respeto a la opción de la reproducción
- * Libertad de decidir sobre el número de hijos, el espaciamiento entre ellos y la elección de los métodos anticonceptivos o pro conceptivos
- * Derecho a recibir información clara, oportuna y científica acerca de la sexualidad.
- * Derecho a disponer de servicios de salud adecuados
- * Derecho a disponer de opciones con mínimo riesgo
- * Derecho a recibir un trato justo y respetuoso de las autoridades.
- * Derecho a recibir protección ante la amenaza o la violación de los derechos fundamentales, sexuales y reproductivos”.

Con fundamento en lo anterior, afirmó que el Estado debe garantizar a las mujeres el acceso sin barreras a los servicios de control prenatal de calidad, pues con ellos se protege su vida, su integridad física, psíquica y social y la del hijo que está por nacer.

Por otra parte, el interviniente se refirió a la política de derechos sexuales y reproductivos establecida en el Plan Decenal de Salud Pública (PDSP) 2012-2021. En particular indicó que dicha política incluye los siguientes objetivos:

* “Disminuir la posibilidad de afectación a la vida, la libertad, la seguridad personal o la integridad física y mental por causas asociadas a la vulneración de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, a través de acciones que promuevan el cuidado, la protección y la erradicación de las distintas formas de violencia, u otras afectaciones a la vida e integridad en los ámbitos de la sexualidad y la reproducción, a fin de alcanzar el completo bienestar físico, mental y social.

□ Fortalecer en los espacios de atención de salud el desarrollo de formas de relación igualitaria entre hombres y mujeres mediante la formulación de acciones orientadas a la construcción de una convivencia social libre de discriminación justificada en las diversas formas de vivencia de la sexualidad, la orientación sexual o el género.

□ Identificar y remover las prácticas sociales e institucionales del sector salud, que basadas en estereotipos o estigmas, son abiertamente discriminatorias en relación con la sexualidad o la garantía de los derechos sexuales y los derechos reproductivos en condiciones de igualdad”.

Departamento Materno Infantil de la Facultad de Ciencias para la Salud de la Universidad de Caldas

79. Por medio de escrito recibido el 7 de marzo de 2017, el Departamento Materno Infantil de la Facultad de Ciencias para la Salud de la Universidad de Caldas informó que el embarazo es una condición fisiológica y que durante su transcurso la mujer sufre una serie de cambios que involucran todos sus órganos y sistemas corporales que resultan normales y tolerables. Por lo anterior, manifestó que un embarazo normal no debe tener implicaciones para la salud física ni mental de la mujer.

Señaló que los factores de riesgo del embarazo surgen de condiciones médicas, sociodemográficas, emocionales o de patologías propias del embarazo que aumentan las posibilidades de que la madre o el feto se enfermen o mueran. Todos estos riesgos pueden considerarse generales para toda la población, sin embargo existen condiciones de cada lugar. Por lo anterior, los embarazos deben clasificarse desde el comienzo como de alto o bajo riesgo.

Adicionalmente, indicó que el control prenatal se define como el conjunto de actividades dirigidas a la evaluación y seguimiento de la mujer embarazada dentro de las que se incluye: (i) una consulta inicial que idealmente debe realizarse antes de la semana decima de gestación, y un total de siete a diez controles dependiendo si se trata de un caso de madre primeriza o no, (ii) la realización de los exámenes de laboratorio propios de cada trimestre, (iii) la recomendación con relación a los esquemas de vacunación vigentes; (iv) procedimientos ecográficos que permitan determinar la edad gestacional, el número de fetos y el desarrollo fetal normal. A partir de lo anterior se realiza un seguimiento de temas particulares como la tensión arterial, la ganancia de peso, la altura uterina, la detección temprana y el tratamiento de complicaciones en el embarazo.

Con fundamento en lo anterior, afirmó que la falta de un control prenatal adecuado puede asociarse con situaciones adversas al embarazo que pueden poner en riesgo la salud de la madre y el feto.

Asimismo, el interviniente enfatizó en la obligación del sistema de salud de ofrecer todos los servicios necesarios para la vigilancia y seguimiento de las mujeres embarazadas, lo que se logra con la adecuada prestación de los servicios de control prenatal y una atención del parto y del recién nacido en condiciones óptimas.

Dentro de las medidas que deben tomar los Estados para reducir la mortalidad materna,

destacó las siguientes: atención prioritaria a la madre y el hijo, gratuidad de la atención a gestantes de bajos estratos socio económicos, consulta preconcepcional, cuidados prenatales por niveles de atención de acuerdo al riesgo de la madre, atención adecuada a la madre y al recién nacido y protección de los derechos laborales de las mujeres gestantes. Adicionalmente, resalta la necesidad de implementación de una política estructurada de planificación familiar.

El Departamento señaló que Colombia ha implementado las siguientes medidas con el fin de reducir los índices de mortalidad materna y fetal: mayor cobertura y en consecuencia acceso a los servicios de salud, aumento en la consulta prenatal y el parto institucional, la implementación de protocolos de atención para la determinación de las causas prevalentes de mortalidad y el código rojo de manejo y la atención oportuna de la hemorragia obstétrica.

Además, el interviniente resaltó que el Plan Decenal de Salud Pública (PDSP) 2012-2021 busca desarrollar e implementar estrategias para garantizar el acceso a la atención preconcepcional, prenatal, del parto, del puerperio y a la prevención del aborto inseguro y fija una meta de reducción de mortalidad materna, con un número menor de 150 muertes por año y una cobertura integral del proceso de control prenatal.

Por último, la Universidad insistió en que los controles prenatales constituyen la mejor estrategia para lograr una maternidad segura, en la medida en que permiten identificar oportunamente las situaciones de riesgo susceptibles de intervención y da la oportunidad de brindar información a la madre y a su pareja, en todo lo relacionado con hábitos saludables, alimentación adecuada, preparación para el parto, la importancia de la lactancia materna y normas de puericultura, entre otros temas. En este sentido, señaló que la falta de atención prenatal adecuada, sitúa a la mujer y al feto en una posición de vulnerabilidad y riesgo en la presentación de eventos adversos y complicaciones que pueden conducir a situaciones de morbilidad obstétrica severa y mortalidad materna y fetal.

80. Por medio de escrito radicado el 8 de marzo de 2017, el Departamento de Ginecología y Obstetricia de la Universidad Industrial de Santander manifestó que el embarazo es un evento fisiológico y normal de la mujer que no está exento de tener complicaciones dependiendo de las condiciones de salud física y mental en las que se encontraba la madre gestantes antes del embarazo.

El departamento informó que según la Guía para la Detección Temprana de las Alteraciones del Embarazo proferida por el Ministerio de Protección Social (Resolución 412 de 2000), el control prenatal es el conjunto de acciones y procedimientos sistemáticos y periódicos destinados a prevenir, diagnosticar y tratar los factores que pueden condicionar la morbilidad materna y perinatal. Su finalidad, es prestar una atención integral a la mujer embarazada en cuanto a detección de patologías maternas y medio ambientales que podrían alterar el curso de la gestación además buscan detectar de forma temprana alteraciones en el crecimiento y desarrollo fetal y prevenir ciertas patologías, con el fin de evitar complicaciones materno fetales durante la gestación.

Asimismo, indicó que la periodicidad de estos controles debe ser mensual, y deben ser realizados por el personal calificado y entrenado para tal finalidad. En este sentido, señaló que con el fin de reducir la mortalidad materna, es necesario establecer parámetros mínimos que garanticen una atención de calidad con racionalidad científica para el desarrollo de las actividades, procedimientos e intervenciones durante el control prenatal.

Por otro lado, el interviniente manifestó que el derecho a tener un embarazo sano y seguro es uno de los derechos de la mujer en cuanto a los derechos a la salud sexual y reproductiva consagrados en la Carta Política, por lo que hace parte de las políticas de protección del Ministerio de Salud y Protección Social. Por lo anterior, afirmó que el hecho de no contar con

las condiciones descritas para tener un embarazo sano y seguro constituye violencia obstétrica y violencia fetal, en la medida en que el Estado es el garante la prestación los servicios de salud.

Ministerio de Salud y Protección Social

81. Mediante escrito recibido en el Despacho el 31 de marzo de 2017, el Ministerio señaló que el embarazo es un proceso fisiológico natural de la mujer que obedece al ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, por lo que no es considerado como un proceso patológico. Sin embargo, el embarazo presupone unos riesgos para la salud física y mental de las mujeres. Los principales riesgos son hemorragias obstétricas, trastornos hipertensivos e infecciones.

Adicionalmente, señaló que en Colombia se han determinado 25 factores de riesgo considerados durante el embarazo, conocidos como la Escala de Riesgo psicosocial de Herrera Hurtado:

- * Edad menor de 15 años y mayor de 35
- * Paridad
- * Cesárea previa
- * Preclamsia o hipertensión
- * Abortos recurrentes o infertilidad
- * Hemorragia postparto o remoción manual de la placenta
- * Peso del recién nacido

- * Mortalidad fetal tardía o neonatal temprana
- * Trabajo de parto anormal o dificultoso
- * Cirugía ginecológica previa
- * Embarazo actual
- * Enfermedad renal crónica
- * Diabetes gestacional
- * Diabetes preconcepcional
- * Hemorragia
- * Anemia
- * Embarazo prolongado
- * Hipertensión arterial
- * Polihidramnios
- * Embarazo múltiple
- * Presentación de frente o transversa
- * Isoinmunización
- * Riesgo psicosocial
- * Ansiedad severa
- * Soporte social familiar inadecuado

Por otra parte, indicó que los controles prenatales consisten en todas las atenciones tendientes a: (i) mejorar la salud materna; (ii) promover el desarrollo del feto; (iii) identificar e intervenir tempranamente los riesgos relacionados con la gestación y (iv) generar condiciones óptimas que permitan un embarazo seguro. Asimismo, señaló que su objetivo es vigilar el proceso de gestación e identificar de forma anticipada los factores de riesgo propios del embarazo, con el fin de que sean manejados de forma adecuada y oportuna. La periodicidad de las consultas de seguimiento y control debe ser mensual hasta la semana 36 y luego cada 15 días hasta la semana 40.

Adicionalmente, manifestó que la ausencia de los referidos controles constituye un factor de riesgo, ya que ellos inciden en la decisión de remitir a la gestante a una unidad de cuidado obstétrico de mediana o alta complejidad para la atención del parto.

En relación con los índices de mortalidad materna en Colombia y en departamento de Arauca, el Ministerio remitió el siguiente cuadro:

Años

Arauca

Total Nacional

Porcentaje de nacidos vivos con cuatro o más consultas de control prenatal

2005

74.72

80.95

2006

76.06

81.83

2007

78.48

82.83

2008

80.39

83.59

2009

78.73

83.81

2010

79.37

85.54

78.70

84.44

2012

80.68

84.79

2013

83.25

86.49

2014

84.16

87.92

Razón de mortalidad materna (muertes de gestantes x 100 mil nacidos vivos)

2005

59.02

70.14

2006

37.17

71.38

2007

108.08

72.05

2008

82.76

60.66

2009

42.52

67.31

2010

111.33

71.64

2011

67.80

68.82

2012

0.00

65.89

2013

55.25

2014

50.14

53.65

Tasa de mortalidad neonatal (muertes de recién nacidos x 1000 nacidos vivos)

2005

9.64

9.87

2006

8.55

9.39

2007

7.35

9.55

2008

6.62

9.21

2009

5.74

8.48

2010

4.90

7.75

2011

7.01

7.81

2012

7.37

7.73

2013

5.01

2014

4.76

7.24

Respecto del derecho a tener un embarazo sano y seguro, el Ministerio indicó que las acciones de maternidad se dirigen a garantizar a la mujer un proceso de gestación sano y las mejores condiciones para el recién nacido. Por lo anterior, consideró que es necesario potenciar las capacidades de la mujer para la autodeterminación reproductiva y el acceso efectivo a métodos de regulación de fecundidad y brindar la atención adecuada a la etapa preconcepcional y durante la gestación, el parto y el puerperio, con el fin de manejar los riesgos asociados a la maternidad en la madre y el hijo/a y brindar el tratamiento a todas las complicaciones por factores biopsicosociales que pueden surgir en esos periodos.

En relación con las medidas que deben adoptar los Estados para reducir la mortalidad materna, la entidad indicó que en el 51º Consejo Directivo de la Organización Panamericana de Salud (OPS) se recomendó a los Estados adoptar las siguientes medidas:

- i. i) Aumentar el uso de métodos anticonceptivos modernos en las mujeres en edad fecunda, con énfasis en las adolescentes.
- ii. ii) Contar con servicios de atención materna de calidad dentro de los sistemas integrados de servicios de salud.
- iii. iii) Aumentar el número de recursos humanos calificados para la atención pre gestacional, prenatal, durante el parto y el puerperio en los establecimientos de salud.
- iv. iv) Fortalecer los sistemas de información y vigilancia de salud, materna y perinatal y las

estadísticas vitales en el marco de los sistemas de información.

Particularmente, sobre las medidas adoptadas en el Estado colombiano, el Ministerio indicó que los avances en el territorio nacional se han centrado en las siguientes líneas:

Promoción

Consiste en campañas de información, educación y comunicación para favorecer el acceso a los controles prenatales y detectar anticipadamente los signos de peligro. Lo anterior, se realiza a través de diferentes herramientas virtuales como la difusión de videos, programas radiales y el desarrollo de una herramienta virtual para la orientación en responsabilidades.

También se trabaja de manera particular en diferentes departamentos y regiones tales y como: la Guajira, el Cauca, el Catatumbo, y Buenaventura.

Seguimiento a riesgos y gestión del conocimiento

Consiste en la evaluación y reajuste al Modelo de Seguridad para la Atención de la Emergencia Obstétrica en la baja, mediana y alta complejidad, como una herramienta para el mejoramiento de la calidad de los servicios prestados para dar respuesta a las emergencias obstétricas relacionado con el Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad, el Plan Decenal de Salud Pública y el Plan de Desarrollo 2010-2014. Lo anterior incluye:

* Herramientas que permiten evaluar la respuesta institucional para: detectar de forma

anticipada y manejar de manera oportuna las emergencias obstétricas, encontrar la causa de las fallas en el proceso de atención a partir de los casos evaluados y construir un plan de mejoramiento que permita disminuir la probabilidad de ocurrencia de la morbilidad y mortalidad materna.

- * Elección del evento clínico que marca la ruta crítica para la atención de emergencias obstétricas.
- * Caja de herramientas para fortalecer la seguridad clínica en los servicios obstétricos.
- * Cursos de entrenamiento en atención integral de casos de Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE).
- * Acompañamiento a la gestión territorial a través de la aplicación de instrumentos dirigidos a evaluar estrategias realizadas para la reducción de la mortalidad materna.
- * Seguimiento de la gestión de todas las IPS y EPS teniendo en cuenta el número de muertes maternas.
- * Adquisición y distribución de insumos críticos en las 20 subregiones.

Por otra parte, el Ministerio señaló que los departamentos que mayor tasa de mortalidad tienen se encuentran en zonas rurales. Lo anterior, evidencia las condiciones socioeconómicas y las disparidades territoriales en la disponibilidad y calidad de los servicios de salud, lo que ha constituido una gran barrera para la población en dichas zonas. En consecuencia, es necesario implementar un modelo de salud diferencial para zonas rurales y apartadas para cerrar las brechas anteriormente descritas.

Asimismo, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo, la entidad destacó el diseño de un plan para reducir la mortalidad materna rural, consistente en una oferta integral desde el fortalecimiento de redes sociales y comunitarias que desarrollen el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos y la equidad de género, lo cual se ha trabajado desde 3 ejes

específicos:

- * Fortalecimiento de las redes sociales y comunitarias, lo que implica trabajo con las organizaciones indígenas, afrodescendientes, grupos de mujeres jóvenes, parteras entre otras para el empoderamiento sobre sus derechos sexuales y reproductivos.
- * Mejora del servicio SSR, lo que incluye: anticoncepción, IVE, salud materna, consulta diferenciada de jóvenes y adolescentes, con adecuación de condiciones geográficas y culturales.
- * Fortalecimiento de las capacidades de los equipos de salud para la oferta de servicios adecuados a las necesidades de cada población.

Adicionalmente, el Ministerio resaltó que el artículo primero de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), define la discriminación como:

“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”

Asimismo, señaló que la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención De Belem Do Pará) reconoce el derecho que tienen todas las mujeres de vivir sin actos de violencia en su ámbito público y privado, dentro de lo cual incluye violencia física, sexual y psicológica, que ser perpetuada por cualquier persona y lugar, incluidos establecimientos de salud.

En consecuencia, resaltó que la Comisión Interamericana de Derechos humanos determinó que la violencia es una forma de discriminación que impide a las mujeres disfrutar sus derechos y libertades en condiciones de igualdad a los hombres. Particularmente, indicó que las mujeres pueden ser objeto de violencia durante el embarazo lo que puede afectar su integridad física e incluso poner en riesgo su vida. En este sentido, no contar con las medidas positivas necesarias para garantizar el acceso a los servicios de salud materna adecuados, puede constituir una violación a las obligaciones que tienen los Estados derivadas del principio de igualdad y no discriminación, las cuales se ven reflejadas en este tipo de violencia.

Con fundamento en lo anterior, el Ministerio concluyó que el no contar con las condiciones adecuadas para la atención de la salud de las mujeres gestantes puede constituir violencia obstétrica.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. 1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala Plena, la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Como se indicó en el acápite de hechos, Tiresias en calidad de agente oficioso de Lucina, promovió acción de tutela en contra del Hospital Estigia, por considerar que tal entidad vulneró los derechos fundamentales de su esposa a la salud, a la vida digna y a la integridad física. Lo anterior, como consecuencia de la negativa de la accionada a realizarle a su agenciada los controles prenatales y a asistir el parto de forma gratuita, por su calidad de extranjera con permanencia irregular en el territorio colombiano.

En esa medida, la Corte Constitucional deberá resolver, en primer lugar, el siguiente problema jurídico:

¿El Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la peticionaria al negarse a realizarle los controles prenatales y a asistir el parto de forma gratuita?

Ahora bien, con el fin de proteger derechos fundamentales que, posiblemente, aparecen amenazados o vulnerados, el juez constitucional tiene la posibilidad de fallar extra y ultra petita. En el transcurso del trámite de tutela, se demostró que la hija de la accionante nació el 21 de agosto de 2016, en el municipio de Icaria, que no fue afiliada al Sistema de Salud colombiano y que la Registraduría Nacional del Estado Civil no registró a la niña inmediatamente después de su nacimiento. En ese sentido, es necesario que la Corte determine lo siguiente:

□ Y, en tercer lugar, ¿la Registraduría Nacional del Estado Civil vulneró el derecho fundamental de la niña Khala a la personalidad jurídica, al no registrarla inmediatamente después de su nacimiento?

Para resolver los problemas planteados, es necesario abordar el análisis de los siguientes temas: (i) la legitimación por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela y su cumplimiento en el caso concreto; (ii) la carencia actual de objeto y su cumplimiento en el caso concreto; (iii) generalidades del marco legal migratorio en Colombia; (iv) los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico colombiano; (v) reiteración de jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la vida digna; (vi) el principio de solidaridad como elemento esencial del Estado Social de Derecho; (vii) la protección de los extranjeros con permanencia irregular en el contexto de una crisis humanitaria causada por una migración masiva; (viii) los principios de solidaridad y de cubrimiento universal en el Sistema General de Seguridad Social y el deber de las entidades territoriales de proteger el derecho a la vida digna y a la integridad física de los extranjeros con permanencia irregular en situaciones de crisis humanitaria; y (ix) reiteración de jurisprudencia sobre el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia. Finalmente (ix) se resolverá el caso concreto.

Requisitos de procedencia de la acción de tutela

3. El inciso primero del artículo 86 Constitucional consagra el derecho que tiene toda persona de reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales cuando estos resulten amenazados o vulnerados, mediante un procedimiento preferente y sumario.

Asimismo, el artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas y en ciertos casos en contra de particulares, que vulneren o amenacen los derechos fundamentales de los accionantes.

En esta oportunidad, la Corte se pronunciará sobre la legitimación por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela y sobre la eventual carencia actual de objeto por hecho superado.

Legitimación por activa como requisito de procedencia de la acción de tutela

4. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 establece que toda persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales podrá solicitar el amparo constitucional por sí misma, por medio de su representante, o a través de un agente oficioso en los casos en los que el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa. En esta oportunidad se analizará la legitimación por activa desde dos aspectos: (i) la autorización a extranjeros para instaurar la acción de tutela y (ii) la agencia oficiosa.

Legitimación por activa de los extranjeros

La sentencia T-380 de 1998, afirmó que el artículo 86 de la Carta Política se refiere al derecho que tiene toda persona a solicitar el amparo constitucional, sin diferenciar si es un nacional o extranjero.

Lo anterior fue ratificado en la sentencia T-269 de 2008, reiterada en la T-1088 de 2012 y en la T-314 de 2016, en las que esta Corporación indicó que el amparo constitucional no está sujeto al vínculo político que exista con el Estado Colombiano, sino que se deriva del hecho de ser persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad, o ciudadanía. Asimismo, tales providencias señalaron que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, cualquier individuo vulnerado o amenazado en sus

derechos se encuentra legitimado para presentar acción de tutela, en la medida que todas las personas, tanto nacionales como extranjeras, son titulares de derechos fundamentales.

5. Por otra parte, este Tribunal ha indicado que existen diferentes formas de configurar la legitimación por activa, dentro de las que se encuentra la interposición de la acción de tutela a través de apoderado judicial o por medio de agente oficioso.

Legitimación por activa del agente oficioso

6. Respecto de la agencia oficiosa, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que esta figura responde a tres principios de relevancia constitucional: (i) la efectividad de los derechos fundamentales; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; y (iii) el deber de solidaridad.

De conformidad con lo anterior, la sentencia T-312 de 2009, señaló que la relevancia constitucional de la agencia oficiosa sólo opera en los casos en los que el titular del derecho no puede asumir su defensa, ya sea de forma directa o mediante apoderado. Lo anterior, debido a que el afectado es la única persona que decide de manera autónoma y libre la forma de reclamar la protección de sus derechos fundamentales.

En su jurisprudencia, esta Corporación ha establecido los requisitos para determinar cuándo se acredita la legitimación por activa del agente oficioso. En particular, las sentencias T-452 de 2001, T-372 de 2010 y la T-968 de 2014, establecieron que se encuentra legitimada para actuar la persona que acredite los siguientes aspectos: (i) la manifestación que indique que actúa en dicha calidad; (ii) la circunstancia real de que, en efecto, el titular del derecho no se encuentra en condiciones físicas o mentales para interponer la acción, ya sea dicho

expresamente en el escrito de tutela o que pueda deducirse del contenido de la misma o (iii) la ratificación de la voluntad del agenciado de solicitar el amparo constitucional.

Ahora bien, en esta oportunidad la Sala Plena considera que es necesario precisar que la prueba de dicha circunstancia se puede derivar de diferentes situaciones, tales y como una crisis humanitaria derivada de la migración masiva de personas de un Estado a otro. En este tipo de contextos el juez constitucional debe analizar la legitimación del agente oficioso, no sólo desde la prueba del estado de vulnerabilidad del agenciado, sino también desde el contexto en el que se solicita la protección de sus derechos fundamentales, pues en esos casos es evidente que el accionante no puede solicitar el amparo de sus derechos fundamentales directamente.

7. Con fundamento en lo expuesto, la Sala reitera las reglas jurisprudenciales sobre la legitimación por activa en las que se establece que los extranjeros pueden solicitar el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela. Asimismo, se reitera que la agencia oficiosa procede cuando: (i) el agente manifiesta o por lo menos se infiere de la tutela que actúa en tal calidad; (ii) el titular del derecho es una persona en situación de vulnerabilidad no puede ejercer la acción directamente o (iii) el agenciado ha manifestado su voluntad de solicitar el amparo constitucional.

Adicionalmente, concluye que la situación de vulnerabilidad del agenciado también se puede evidenciar a partir de su contexto, por ejemplo, encontrarse en una situación de crisis humanitaria como la migración masiva de personas de un Estado a otro.

Análisis del cumplimiento del requisito de legitimación por activa en el caso concreto

8. De conformidad con los fundamentos jurisprudenciales anteriormente señalados, la Sala encuentra que en el caso objeto de estudio se acredita la legitimación por activa de Tiresias en calidad de agente oficioso de Lucina.

En efecto, se demuestra que: (i) el señor Tiresias manifestó en el escrito de tutela que actuaba “en representación de su esposa”, si bien no utilizó el término preciso de “agente oficioso”, de las pruebas del expediente se comprueba que actuó en dicha calidad y (ii) para el momento de la presentación de la tutela él y su esposa se encontraban en un contexto de crisis humanitaria de migración masiva de ciudadanos venezolanos a Colombia, la agenciada se encontraba en un estado de gestación avanzado y las únicas interacciones con una entidad estatal habían tenido como resultado la negativa en la prestación de los servicios de forma gratuita por encontrarse en situación de permanencia irregular en el país.

Sumado a ello, en la declaración rendida el 20 de febrero de 2017, la agenciada ratificó los hechos y pretensiones de la acción de tutela presentada por su esposo, lo que evidencia que decidió reclamar la protección de sus derechos fundamentales de forma autónoma y libre.

Por otra parte, la Sala reitera que no existe ningún impedimento para que el señor Tiresias agencie la protección de los derechos fundamentales de la peticionaria como consecuencia de su nacionalidad, pues el amparo constitucional no está sujeto al vínculo político existente con el Estado colombiano, sino que se deriva del hecho de ser persona, con independencia de las condiciones de nacionalidad, o ciudadanía, tal y como se estableció en los fundamentos jurídicos 6 a 7 de esta providencia.

Carencia actual de objeto. Reiteración de Jurisprudencia

9. Esta Corporación ha considerado que la decisión del juez de tutela carece de objeto cuando al momento de proferirla, se encuentra que la acción u omisión que dio origen a la solicitud de amparo, ha cesado, pues desaparece toda posibilidad de amenaza o vulneración a los derechos fundamentales. En este sentido, cuando hay carencia de objeto la protección a través de la tutela pierde sentido y, en consecuencia, el juez queda imposibilitado para emitir alguna orden dirigida a proteger el derecho fundamental invocado.

Este fenómeno puede presentarse a partir de tres sucesos que comportan consecuencias distintas: i) el hecho superado, ii) el daño consumado, o iii) cuando se presente cualquier otra situación que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de tutela.

10. En primer lugar, se entiende por hecho superado la situación que se presenta cuando, durante el trámite de la acción de tutela o de su revisión eventual ante la Corte Constitucional, sobreviene la ocurrencia de hechos que demuestran que las circunstancias existentes al momento de interponer la acción se transformaron y por lo tanto la parte accionante ha perdido el interés en la satisfacción de su pretensión o ésta no puede obtenerse, pues la situación en principio informada a través de la tutela, ha cesado.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido el hecho superado dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela, lo que permite suponer que la satisfacción de las pretensiones proviene de una conducta positiva por parte de la persona o entidad demandada dirigida a garantizar los derechos del accionante.

11. Seguidamente, la carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando no se repara la vulneración del derecho, sino que, a raíz de su falta de garantía, se ha ocasionado el daño que se buscaba evitar con la orden del juez de tutela.

12. Finalmente, respecto a la carencia actual de objeto cuando se presenta cualquier otra circunstancia que haga inocua la orden de satisfacer la pretensión de la tutela, la Corte ha manifestado que “es posible que la carencia actual de objeto no se derive de la presencia de un daño consumado o de un hecho superado sino de alguna otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del/de la juez/a de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto”.

En los anteriores eventos, la carencia actual de objeto no es óbice para que la Corte, si lo considera pertinente, analice si existió una vulneración y como autoridad suprema de la jurisdicción constitucional determine el alcance y deber de protección de los derechos fundamentales invocados, con el fin de prevenir futuras violaciones.

Carencia actual de objeto en el presente caso

13. De los antecedentes, se evidencia que el objeto de la acción de tutela presentada por Tiresias era que se ordenara al Hospital Estigia realizar los controles prenatales a su esposa, quien para ese momento tenía seis meses de embarazo, y que asistiera el parto de forma gratuita, debido a que no contaban con los recursos económicos suficientes para satisfacer esas necesidades.

Con base en las pruebas recaudadas durante la etapa de revisión surtida en la Corte Constitucional, se constató que: (i) la entidad demandada le realizó varios exámenes a la peticionaria antes al parto, por los que tuvo que pagar un valor de \$270.000; (ii) la hija de la peticionaria nació el 21 de agosto de 2016, en el hospital demandado y (iii) en principio, el accionado le cobró a la actora la suma de \$1.280.000 por el parto, pero que por la intervención de una persona que la accionante no desea identificar, no le realizaron dicho cobro y el demandado asumió los gastos del parto; (iv) la entidad demandada no afilió a la menor de edad al Sistema General de Seguridad Social en Salud y sólo la afilió después de

una medida cautelar que profirió esta Corporación, teniendo en cuenta que la recién nacida no estaba recibiendo ningún servicio de salud.

En concordancia con lo anterior, la Sala evidencia que la situación de la accionante y de su hija se transformó de tal manera que ha operado el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, con respecto a la pretensión original de la acción de tutela y la prestación del servicio de salud de la menor de edad.

14. No obstante, a pesar de que la declaratoria de carencia actual de objeto afecta el caso objeto de estudio, es necesario que esta Corporación, como máxima autoridad constitucional y encargada de velar por la debida protección de los derechos fundamentales, se pronuncie sobre la posible vulneración de derechos fundamentales por parte de la entidad demandada.

En consecuencia, la Sala considera necesario abordar el debate sobre la protección de los extranjeros con permanencia irregular en el contexto de una crisis humanitaria que se origina por una migración masiva desde Venezuela y el deber de solidaridad como criterio para fijar algunos mínimos de protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física. (Primer problema jurídico).

Adicionalmente, se analizarán las garantías de los derechos de los niños y su derecho a la vida digna y a la integridad física (Segundo problema jurídico).

15. Por otro lado, Lucina manifestó que la Registraduría Nacional del Estado Civil no registró el nacimiento de su hija, pero que después de tres meses lo hizo. Lo anterior, se comprobó con la respuesta de la Registraduría Municipal de Icaria que indicó que el 11 de octubre de 2016 se realizó la respectiva inscripción, que representa el hecho ocurrido en el territorio

nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Decreto Ley 1260 de 1970. Junto con su respuesta, la entidad envió una copia del referido registro civil de nacimiento.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena se abstendrá de pronunciarse de fondo sobre el registro del nacimiento de Khala, en consideración a que la niña ya tiene ese documento, el cual reconoce su nacimiento en el territorio colombiano el 21 de agosto de 2016, con todo, las pruebas demostraron la tardanza de la Registraduría para cumplir con su función (Tercer problema jurídico).

Marco legal migratorio en Colombia: generalidades

16. De acuerdo con lo establecido en el numeral 2º del artículo 189 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República dirigir las relaciones internacionales del Estado, lo que incluye la política migratoria del País.

En desarrollo de lo anterior, se expidió el Decreto 4000 de 2004, el cual regulaba lo relacionado sobre la expedición de visas, control de extranjeros y otras disposiciones en materia de migración. Asimismo, dicho decreto dispuso que el ingreso y permanencia de extranjeros en el Estado Colombiano, es de competencia discrecional del Gobierno Nacional. En consecuencia, estableció que la autoridad competente para otorgar, negar, o cancelar visas sería el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Desarrollo normativo de la clasificación de visas otorgadas a los extranjeros por el Estado Colombiano

17. El artículo 21 del Decreto 4000 de 2004 establecía que existían 7 clases de visas: (i) temporal; (ii) negocios; (iii) tripulante; (iv) residente; (v) visitante y (vi) cortesía.

Posteriormente, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 834 de 2013, mediante el cual se derogó el Decreto 4000 del 2004 y modificó algunas disposiciones en materia migratoria. En particular, la norma redujo la clasificación de siete clases de visas a tres, a saber: negocios (NE); temporal (TP) y residente (RE). Posteriormente, en virtud de que el Consejo de Mercado Común de Mercosur decidió atribuir a la República de Colombia la condición de Estado Asociado del MERCOSUR, el Ministerio de Relaciones Exteriores dictó el Decreto 941 de 2014, por medio del cual se añadió una nueva categoría dentro de las visas temporales. En efecto, tal normativa incluyó la visa TP-15 que se otorga a los extranjeros de los Estados Partes de MERCOSUR y sus asociados, que vayan a ingresar o hubieran ingresado al territorio nacional con la finalidad de solicitar su residencia en el territorio colombiano.

18. El 26 de mayo de 2015, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 1067 de la misma anualidad, mediante el cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores. A pesar de que dicha normativa derogó los decretos anteriormente mencionados, mantuvo las mismas disposiciones sobre clasificación de las visas.

19. Posteriormente, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1743 de 2015 “Por medio del cual se modifican parcialmente las disposiciones generales de las Oficinas Consulares Honorarias, Pasaportes, Visas, de la Protección y Promoción de Nacionales en el exterior, del Retorno, del Fondo Especial para las Migraciones, de la Tarjeta de Registro Consular y disposiciones de Extranjería, Control y Verificación Migratoria, de que tratan los Capítulos III al XI, y 13, del Título I de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1067 de 2015”.

En tal normativa se definió el concepto de visa como la autorización que concede el Ministerio de Relaciones Exteriores a un extranjero para su ingreso y permanencia en el territorio nacional.

Adicionalmente, derogó las disposiciones sobre visas consagradas en la normativa anterior y estableció en su artículo 2.2.1.11.1.4, que los temas concernientes a la clasificación de las visas, sus requisitos y demás trámites y procedimientos relacionados con dicha materia, serían reglamentados mediante resolución. Con fundamento en lo anterior, tal Ministerio emitió la Resolución 532 de 2015, derogada por la Resolución 5512 de la misma anualidad. Por medio de esta última el Gobierno estableció la clasificación y los requisitos para cada una de las visas de la siguiente manera:

“CATEGORÍAS Y CONDICIONES.

ARTÍCULO 3o. DE LA VISA DE NEGOCIOS (NE). El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá expedir visa de negocios NE en los siguientes casos:

NE-1. Al extranjero que desee ingresar al país con el propósito de llevar a cabo gestiones comerciales y empresariales, fomentar el intercambio económico, efectuar inversiones y crear empresa, la vigencia de la visa será de tres (3) años con múltiples entradas, sin perjuicio de que el extranjero solicite una vigencia inferior en razón a la actividad que va a desarrollar en territorio nacional.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será de máximo ciento ochenta (180) días continuos o discontinuos por año.

NE-2. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional de manera temporal en calidad de persona de negocios en el marco de instrumentos internacionales vigentes, entre otros: tratados de libre comercio, acuerdo de asociación y en el marco de la Alianza Pacífico con el propósito de adelantar actividades de gestión empresarial; promover negocios;

desarrollar inversiones; establecer la presencia comercial de una empresa; promover el comercio de bienes y servicios transfronterizos u otras actividades que estén definidas en dichos instrumentos, la vigencia de la visa será de cuatro (4) años con múltiples entradas, sin

perjuicio de que el extranjero solicite una vigencia inferior en razón a la actividad que va a desarrollar en territorio nacional.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será de máximo dos (2) años continuos o discontinuos por la totalidad de la vigencia.

NE-3. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en calidad de jefe o representante de oficina comercial extranjera de carácter gubernamental o quien hiciere sus veces para la promoción de intercambios económicos o comerciales en o con Colombia, la vigencia de la visa será de cuatro (4) años con múltiples entradas.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será de máximo cuatro (4) años continuos o discontinuos por la totalidad de la vigencia.

NE-4. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en calidad de presidente o alto directivo de empresa multinacional para efectuar inversiones y generar empresa, la vigencia de la visa será de cinco (5) años con múltiples entradas, sin perjuicio de que el extranjero solicite una vigencia inferior en razón a la actividad que va a desarrollar en territorio nacional.

PARÁGRAFO. Al amparo de la visa de negocios el extranjero no podrá fijar su domicilio en el territorio nacional y las actividades que desarrolle no le podrán generar a su titular el pago de salarios en Colombia, salvo en los casos de visas de negocios otorgadas en el marco de un instrumento internacional vigente, entre otros: tratado de libre comercio, acuerdo de asociación, Alianza Pacífico, según lo establecido para la visa NE-2. Igual excepción aplica para la visa NE-3.

ARTÍCULO 4o. DE LA VISA TEMPORAL (TP). El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá expedir Visa TP en los siguientes casos:

TP-1. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional y que su presencia revista una particular importancia para el Estado colombiano, o bien, cuando la naturaleza de dicho ingreso responda al desarrollo y cumplimiento de convenios o tratados internacionales que contemplen la expedición de esta clase de visa.

Asimismo, a los parientes del titular en primer grado de consanguinidad o primero de afinidad, como a los cónyuges o compañeros(as) permanentes de los funcionarios de carrera diplomática y consular de la República de Colombia.

Parientes en primer grado de consanguinidad de funcionario diplomático acreditado en el país.

— Ser estudiante, estudiante-practicante, docente, profesional o técnico titulado que tenga como propósito realizar prácticas, conferencista o asistente de idiomas, que ingrese al territorio nacional en virtud de tratados de cooperación vigentes en los que Colombia sea Estado parte o promovidos por el Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior “Mariano Ospina Pérez”, Icetex; o cuando se demuestre que se trata de programas o actividades de intercambio cultural o académico.

— Titular de pasaporte diplomático que ingrese al país de manera temporal a desarrollar actividades diferentes a las diplomáticas.

— Jurado internacional de tesis en maestría o doctorado; o como conferencista, experto, invitado para hacer parte de procesos y/o actividades de fortalecimiento en investigación; o como personalidad de reconocido prestigio internacional invitada en desarrollo de proyectos y programas que promuevan la transferencia de conocimientos y de nuevas tecnologías en distintas disciplinas, sin que exista vínculo laboral alguno.

— En el marco de la Ley 1556 del 9 de julio de 2012 “por la cual se fomenta el territorio nacional como escenario para el rodaje de obras cinematográficas”, el personal artístico, técnico y de producción extranjero con el objeto de realizar proyectos de producción de películas extranjeras.

En el presente caso la vigencia de la visa será hasta de un (1) año con múltiples entradas.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-2. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional como tripulante o miembro de un medio de transporte internacional o de una embarcación pesquera o de draga, la vigencia de la visa será de un (1) año con múltiples entradas, sin perjuicio que el extranjero solicite una vigencia inferior en razón a la actividad que va a desarrollar en territorio nacional.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será máximo de noventa (90) días por cada una de las entradas al territorio nacional.

TP-3. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en desarrollo de un programa académico, con beca o sin ella, impartido por un centro educativo o de formación del país debidamente certificado para tal fin, o en virtud de un convenio académico de intercambio y de realización de prácticas estudiantiles. Asimismo, cuando el extranjero desee ingresar al territorio nacional para ser entrenado en un arte u oficio.

En el presente caso, la vigencia de la visa será hasta por cinco (5) años teniendo en cuenta la duración total del programa académico, con múltiples entradas. La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-4. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en virtud de una vinculación laboral o contratación de prestación de servicios con persona natural o jurídica domiciliada en Colombia o a grupos artísticos, deportivos o culturales que ingresen al territorio nacional con el propósito de brindar espectáculo público, la vigencia de la visa será igual a la duración del contrato de trabajo o contrato de prestación de servicios sin que exceda de tres (3) años.

Esta visa podrá tener múltiples entradas. Esta clase de visa se expedirá sin perjuicio de los requisitos legales establecidos para el ejercicio de cada profesión u oficio en el territorio nacional.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-5. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en calidad de religioso de un culto o credo debidamente reconocido por el Estado colombiano, la vigencia de la visa será de dos (2) años con múltiples entradas.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-6. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en calidad de cooperante o voluntario de una organización no gubernamental o sin ánimo de lucro reconocidas por el Estado colombiano, la vigencia de la visa será hasta de un (1) año con múltiples entradas.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-7. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en desarrollo de alguna de las siguientes actividades u ocupaciones: En calidad de pensionado o rentista; de socio o propietario de sociedad; para recibir tratamiento médico y para el extranjero acompañante de aquel que recibirá el tratamiento médico; propietario de inmueble; para el ejercicio de oficios o actividades independientes y para el ejercicio de ocupaciones o actividades no previstas en el presente capítulo, la vigencia de la visa será hasta de un (1) año con múltiples entradas.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-8. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional en desarrollo de alguna de las siguientes actividades: Para realizar trámites de adopción de menores y para intervenir en procesos judiciales o administrativos, la vigencia de la visa será de hasta un año con múltiples entradas.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-9. Al extranjero que desee ingresar o haya ingresado al territorio nacional calificado como refugiado o asilado por el Gobierno Nacional, a instancia de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado, y de conformidad con los instrumentos internacionales vigentes sobre la materia.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-10. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional como cónyuge o compañero(a) permanente de nacionalidad colombiano.

El extranjero titular de la visa TP-10 quedará autorizado con esta visa a ejercer cualquier ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o contrato laboral, la vigencia de la visa será de tres (3) años.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

TP-11. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional para actividades de descanso o esparcimiento, la vigencia de la visa será de hasta por un (1) año, con múltiples entradas, sin perjuicio de que el extranjero solicite una vigencia inferior en razón a la actividad que va a

desarrollar en territorio nacional.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será de máximo ciento ochenta (180) días continuos o discontinuos durante la vigencia de la visa.

TP-12. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional para asistir o participar, con o sin contrato de trabajo, en eventos académicos, científicos, artísticos, culturales, deportivos, para brindar espectáculo público, para presentar entrevista en un proceso de selección de personal de entidades públicas o privadas, capacitación empresarial, contactos comerciales o empresariales y cubrimientos periodísticos, la vigencia de la visa será de noventa (90) días, con múltiples entradas.

La permanencia del extranjero titular de esta visa podrá ser por el total de su vigencia.

TP-13. Al extranjero que desee ingresar al territorio nacional con el fin de brindar asistencia técnica especializada, con o sin contrato de trabajo, a entidades públicas o privadas, la vigencia de la visa será hasta de ciento ochenta (180) días, con múltiples entradas.

La permanencia del extranjero titular de esta visa podrá ser por el total de su vigencia.

TP-14. Al extranjero que sin importar su nacionalidad desee realizar tránsito aeroportuario por Colombia hacia un tercer país, la visa tendrá una vigencia de hasta treinta (30) días para múltiples tránsitos.

El extranjero titular de esta visa solo podrá circular por la Zona de Tránsito Directo de un aeropuerto colombiano y su permanencia será de máximo veinticuatro (24) horas durante la vigencia de la visa.

TP-15. Al extranjero nacional de alguno de los Estados Partes de Mercosur y sus Asociados que desee ingresar o haya ingresado al territorio nacional y solicite residencia temporal en el marco del Acuerdo sobre Residencia para los Nacionales de los Estados Parte del Mercosur, Bolivia y Chile. El extranjero titular de la visa TP-15 quedará autorizado con esta visa a ejercer cualquier ocupación legal en el país, incluidas aquellas que se desarrollen en virtud de una vinculación o contrato laboral, la vigencia de la visa será de dos (2) años.

La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

Para efectos del artículo 4o de la Ley 43 de 1993, el extranjero titular de la visa TP-15 no podrá considerarse con domicilio en Colombia.

TP-16. Al nacional de alguno de los Estados con los que Colombia haya suscrito un “Acuerdo Vacaciones y Trabajo” que desee ingresar al territorio nacional para actividades de descanso o esparcimiento y realizar complementariamente actividades remuneradas con el fin de solventar parte de los gastos de estadía y manutención, la vigencia de la visa será hasta de un (1) año con múltiples entradas. La permanencia del extranjero titular de esta visa será del total de su vigencia.

Esta visa solo podrá solicitarse en el exterior y no será susceptible de ser renovada o prorrogada.

Se entenderá por actividad remunerada, aquella que se desarrolle en virtud de una vinculación o contrato laboral o mediante convenio de orden civil.

Esta clase de visa se expedirá sin perjuicio de los requisitos legales establecidos para el ejercicio de cada profesión u oficio en el territorio nacional.

ARTÍCULO 5o. DE LA VISA DE RESIDENTE RE. El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá expedir esta visa en los siguientes casos:

- Cuando el extranjero sea padre o madre de nacionalidad colombiano.
- Cuando el extranjero que habiendo sido colombiano por adopción o por nacimiento, haya renunciado a la nacionalidad colombiana.
- Cuando haya sido titular de una de las siguientes visas TP durante un tiempo mínimo de cinco (5) años continuos e ininterrumpidos:
 - TP-3
 - TP-4
 - TP-7

- TP-9

— Cuando haya sido titular de la Visa TP-10 durante un tiempo mínimo de tres (3) años continuos e ininterrumpidos.

— Cuando haya sido titular de la Visa TP-15 durante un tiempo mínimo de dos (2) años continuos e ininterrumpidos.

— Cuando el extranjero mayor de edad haya sido beneficiario de visa RE por lo menos durante un término de cinco (5) años continuos e ininterrumpidos.

— Cuando en su condición de inversionista haya registrado inversión extranjera ante el Banco de la República en monto superior a seiscientos cincuenta (650) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

La vigencia de la visa RE será indefinida. La permanencia del extranjero titular de la visa RE será del total de su vigencia.

El periodo de validez de la etiqueta de la visa RE será de cinco (5) años. A solicitud de su titular, este documento podrá ser renovado por periodos iguales mediante trámite de traspaso de visa.

Los extranjeros menores de siete (7) años acreditarán su condición de residente con etiqueta de visa estampada en el pasaporte o en el documento de viaje, los extranjeros que superen esta edad podrán hacerlo presentando la Cédula de Extranjería o la etiqueta de visa estampada en pasaporte vigente”.

Por último, mediante la Resolución 6047 de 2017, “Por la cual se dictan disposiciones en materia de visas y deroga la Resolución 5512 del 4 de septiembre de 2015”, que entró en vigencia el pasado 30 de octubre, el Ministerio de Relaciones Exteriores modificó sustancialmente la clasificación de las visas en Colombia de la siguiente manera:

“Artículo 7°. Tipos de visas. Se establecen tres tipos de visa:

1. Visa de visitante o visa tipo “V”
2. Visa de migrante o visa tipo “M”
3. Visa de residente o visa tipo “R”

CAPÍTULO 1

De la visa de visitante o visa Tipo “V”

Artículo 10. Destinatarios y alcance de la visa tipo “V”. El Ministerio de Relaciones Exteriores podrá otorgar la visa tipo “V” al extranjero que desee visitar una o varias veces el territorio nacional, o permanecer temporalmente en él sin establecerse, para desarrollar alguna de las siguientes actividades:

1. Realizar tránsito directo en alguno de los aeropuertos del territorio nacional y con destino a un tercer Estado.
2. Visitar el territorio nacional con fines de ocio, turismo o interés cultural.
3. Realizar gestiones de negocios, estudios de mercado, planes o trámites de inversión directa y constitución de sociedad comercial, negociación, celebración de contratos o representación comercial.
4. Participar en programa de intercambio académico, adelantar formación en arte u oficio, o realizar estudios diferentes a estudios primarios, secundarios o programa de educación superior en pregrado.
5. Asistir a consulta, intervención o tratamiento médico o acompañar a quien asiste a consulta, intervención o tratamiento médico.

6. Realizar trámites administrativos y/o judiciales ante entidades o autoridades en Colombia.
7. Ingresar y trabajar en aguas jurisdiccionales colombianas como tripulante de embarcación o en plataforma costa afuera.
8. Participar en evento en calidad de conferencista, expositor, artista, deportista, jurado, concursante o personal logístico.
9. Realizar práctica o pasantía.
10. Realizar voluntariado en proyectos de cooperación al desarrollo o en promoción y protección de derechos humanos.
11. Realizar producción audiovisual o contenido digital.
12. Realizar cubrimientos periodísticos o permanecer temporalmente como corresponsal de prensa de medio extranjero.
13. Prestar servicios temporales a persona natural o jurídica en Colombia.
14. Ocupar cargo en una sede en Colombia de una compañía con presencia en el exterior, en virtud de transferencia intracorporativa de personal.
15. Venir como oficial de gobierno extranjero o representación comercial de gobierno extranjero, en misión que no implique acreditación ante el gobierno colombiano.
16. Visitar el territorio nacional bajo programas vacaciones-trabajo acordados por Colombia con otros Estados mediante tratados en vigor.

Parágrafo 1°. La actividad del numeral 14 solo se autorizará cuando en el marco de instrumentos internacionales vigentes existan compromisos específicos en materia de entrada o presencia temporal de personas de negocios.

Parágrafo 2°. Para el ejercicio de ocupaciones o actividades no previstas en los Capítulos 1,

2 y 3 del Título II de esta resolución, previo estudio donde serán valoradas las circunstancias que motivan el ingreso y la permanencia del extranjero en el país, se podrá autorizar visa tipo “V”. En tal caso, la autoridad de visas determinará las condiciones de su otorgamiento.

Artículo 11. Visa de cortesía. Se podrá otorgar la visa tipo “V” de cortesía en los siguientes casos:

1. Al extranjero, cónyuge o compañero(a) permanente de funcionario de carrera diplomática y consular de la República de Colombia.
2. Al extranjero titular de pasaporte diplomático que ingrese al país de manera temporal a desarrollar actividades diferentes a las diplomáticas. La visa se concederá en la medida que el Estado de nacionalidad del titular otorgue facilidades equivalentes para la obtención de la visa a los nacionales colombianos que cumplan también las calidades descritas en el presente numeral.
3. A participantes académicos de programas o eventos del Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior “Mariano Ospina Pérez” Icetex.
4. Al extranjero que ingresa y/o permanece en el territorio nacional en condiciones, calidades o casos contemplados por la ley, o en desarrollo y cumplimiento de convenios o tratados internacionales en vigor de cooperación o que contemplen la expedición de esta clase de visa.
5. A personal artístico, técnico y de producción extranjero que ingrese al país con el objeto de realizar proyectos de producción y rodaje de obras cinematográficas extranjeras.

6. Al extranjero a quien habiéndosele tramitado procedimiento de refugio no se le haya reconocido tal condición, pero que, no obstante, a juicio de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado, su situación amerita la aplicación de la medida complementaria prevista en el artículo 2.2.3.1.6.21 del Decreto 1067 de 2015.

7. En otros casos no previstos, cuando la presencia del extranjero revista una particular importancia para el Estado colombiano por razones políticas, sociales, económicas, culturales, entre otras.

Parágrafo. Bajo la condición prevista en el numeral 6 de este artículo, la visa solo podrá solicitarse dentro del territorio nacional, su vigencia será de máximo un año, no será susceptible de ser prorrogada o renovada y podrá extenderse, a recomendación de la Comisión Asesora para la Determinación de la Condición de Refugiado, a los beneficiarios señalados en el artículo 2.2.3.1.6.13 del Decreto 1067 de 2015.

Artículo 12. Vigencia de la visa tipo “V”. Se podrá otorgar la visa tipo “V” con vigencia hasta de 2 años tomando en cuenta la actividad que se propone el extranjero en Colombia.

Parágrafo 1°. Cuando se otorgue visa tipo “V” para la actividad contemplada en el numeral 1 del artículo 10, la visa tendrá una vigencia de hasta treinta (30) días para múltiples tránsitos y la permanencia autorizada al titular de la visa será de máximo 24 horas restringida a zonas estériles o de tránsito directo en aeropuertos.

Parágrafo 2°. Cuando la visa tipo “V” se otorgue para las actividades previstas en los numerales 2, 3 y 8 del artículo 10, la permanencia en el territorio nacional autorizada al

titular será de máximo 180 días continuos o discontinuos improrrogables en cada 365 días de uso de la visa.

Parágrafo 3°. Cuando la visa tipo “V” se otorgue para las actividades previstas en el numeral 16 del artículo 10, la vigencia será de un (1) año. La permanencia en el territorio nacional autorizada al titular será igual al tiempo de vigencia de la misma.

Artículo 13. Permiso de trabajo. El permiso de trabajo en la visa tipo “V” se regirá por las siguientes reglas:

1. La visa tipo “V” que se otorgue para las actividades contempladas en los numerales 2 al 6 del artículo 10, no tendrá permiso de trabajo. Tampoco tendrá permiso de trabajo la visa que se otorgue en las condiciones contempladas en el numeral 2 del artículo 11.

2. La visa tipo “V” que se otorgue para las actividades contempladas en los numerales 7 a 15 del artículo 10 y numerales 3 al 5 del artículo 11 tendrá permiso de trabajo exclusivamente en el evento, proyecto, embarcación, pasantía, misión, oficio o cargo y entidad con la cual se otorgue la visa, según corresponda.

3. La visa tipo “V” que se otorgue para la actividad contemplada en el numeral 16 del artículo 10 y numerales 1 y 6 del artículo 11, tendrán permiso de trabajo abierto, y en tal medida autorizará la prestación personal de servicios en cualquier actividad lícita en Colombia.

Parágrafo. La visa tipo “V”, indicará si su titular está autorizado para trabajar, y en el caso del numeral 2 de este artículo, indicará ocupación y entidad con la que se autoriza la prestación

del servicio, según corresponda.

Artículo 14. Permisos transversales. Sin perjuicio de las actividades que resulten inherentes a la presencia y cotidianidad del extranjero en Colombia, como el turismo y los trámites, la visa tipo “V” permitirá dentro de su vigencia realizar gestiones de negocios, estudios de mercado, planes o trámites de inversión directa y creación de empresas.

Parágrafo. Se exceptúa de este permiso la visa tipo “V” que se otorgue para la actividad del numeral 1 del artículo 10 (tránsito aeroportuario).

Artículo 15. Categoría de turista. De conformidad con las disposiciones generales de turismo se considerará turista extranjero al titular de visa de visitante expedida para autorizar actividades contempladas en los numerales 2, 3, y 8 del artículo 10. En estos casos, la etiqueta o la e-visa contendrá la palabra “turismo”.

CAPÍTULO 2

De la visa de migrante o visa Tipo “M”

Artículo 17. Condiciones. Para solicitar visa tipo “M” el extranjero deberá encontrarse en alguna de las siguientes condiciones:

1. Ser cónyuge o compañero(a) permanente de nacional colombiano(a).
2. Ser padre o hijo de nacional colombiano por adopción.
3. Ser nacional de alguno de los Estados parte del “Acuerdo sobre Residencia para nacionales de los Estados Partes del Mercosur, Bolivia y Chile”.
4. Estar reconocido como refugiado en Colombia de acuerdo a la normatividad vigente.
5. Contar con empleo fijo en Colombia o de larga duración, en virtud de una vinculación laboral o contratación de prestación de servicios con persona natural o jurídica domiciliada en Colombia.
6. Haber constituido o adquirido participación en el capital social de sociedad comercial en los montos mínimos establecidos en el capítulo de requisitos.
7. Contar con cualificación o experticia para ejercer profesión de manera independiente, y las condiciones financieras previstas en el capítulo de requisitos para hacerlo.
8. Venir al territorio nacional como religioso, misionero o religioso en formación, de una iglesia o confesión religiosa, debidamente reconocida por el Estado colombiano.

9. Encontrarse admitido o matriculado a estudios de básica primaria, secundaria o media, o programa de educación superior en pregrado de institución educativa en Colombia.

10. Haber registrado inversión extranjera directa en Colombia con destino a inmueble en los montos mínimos establecidos en el capítulo de requisitos.

11. Recibir pensión por jubilación o retiro, o recibir renta periódica de fuente lícita acreditable, en los montos previstos en el capítulo de requisitos.

Parágrafo. Previa autorización del Grupo Interno de Trabajo de Visas e Inmigración, se podrá otorgar visa tipo “M” en condiciones no previstas en este artículo.

Artículo 18. Vigencia de la visa tipo “M”. La visa tipo “M” tendrá vigencia de 3 años. Cuando la duración del contrato o de los estudios sea menor a tres años conforme a las condiciones previstas en los numerales 5 y 9 del artículo anterior, la visa tipo “M” podrá tener vigencia inferior.

Artículo 19. Permanencia. El tiempo de permanencia autorizado en el territorio nacional al titular de la visa tipo “M” será igual al tiempo de vigencia de la misma.

Artículo 20. Permiso de trabajo. El permiso de trabajo en la visa tipo “M” se regirá por las siguientes reglas:

1. La visa tipo “M” que se otorgue en las condiciones de los numerales 1 al 4 del artículo 17,

tendrá un permiso abierto de trabajo y permite a su titular realizar cualquier actividad lícita en el territorio nacional.

2. La visa tipo “M” que se otorgue en la condición contemplada en el numeral 5 y 7 del artículo 17 tendrá permiso de trabajo exclusivamente para el cargo, entidad o profesión con la cual se otorgó la visa.

3. La visa tipo “M” que se otorgue en la condición contemplada en el numeral 6 del artículo 17, tendrá permiso de trabajo exclusivamente en la sociedad de la cual es socio o accionista.

4. La visa “M” que se otorgue en las condiciones contempladas en los numerales 8 al 11 del artículo 17, no tendrá permiso de trabajo.

CAPÍTULO 3

De la visa de residente o visa Tipo “R”

Artículo 21. Destinatarios y condiciones. El extranjero que desee ingresar y/o permanecer en el territorio nacional para establecerse permanentemente o fijar su domicilio en el país, podrá solicitar visa tipo “R” si satisface alguna de las siguientes condiciones:

1. Habiendo sido nacional colombiano, ha renunciado a esta nacionalidad.

2. Es padre o madre de nacional colombiano por nacimiento.
3. Ha permanecido en el territorio nacional de forma continua e ininterrumpida por dos (2) años como titular principal de visa tipo “M” en las condiciones de los numerales 1 al 3 del artículo 17.
4. Ha permanecido en el territorio nacional de forma continua e ininterrumpida por cinco (5) años en alguna de las siguientes condiciones:
 - a) Como titular principal de visa tipo “M” en las condiciones de los numerales 4 al 11 del artículo 17.
 - b) Como titular beneficiario de visa tipo “R”.
5. Ha registrado ante el departamento de cambios internacionales del Banco de la República, o ante la dependencia que haga sus veces, inversión extranjera directa en los montos mínimos establecidos en el capítulo de requisitos.

Parágrafo. Para efectos de los numerales 3 y 4, se entenderá que el extranjero ha permanecido de forma continua si durante el periodo exigido no se ha ausentado del territorio nacional por más de 180 días continuos; e ininterrumpida, si ha prorrogado su permanencia en el país tramitando sus visas antes del vencimiento de la anterior o dentro del periodo de regularidad que establece el artículo 65 de esta Resolución y/o salvoconducto. En ningún caso será admisible solicitante que durante el periodo de permanencia exigido haya sido objeto de sanción migratoria por permanencia irregular.

Artículo 22. Vigencia de la visa tipo “R”. La visa tipo “R” tendrá vigencia indefinida. El tiempo de permanencia autorizado en el territorio nacional al titular de la visa tipo “R” será igual al tiempo de vigencia de la misma.

Artículo 23. Permisos transversales. La visa tipo “R” tiene un permiso abierto de trabajo y permite a su titular realizar cualquier actividad lícita en el territorio nacional.

Artículo 24. De la prueba de residente extranjero en Colombia. Para los efectos migratorios se considerarán como pruebas de la residencia colombiana, la cédula de extranjería o la visa de residente. Los extranjeros menores de siete (7) años acreditarán su condición de residente con etiqueta de visa estampada en el pasaporte o en el documento de viaje, los extranjeros que superen esta edad podrán hacerlo presentando la cédula de extranjería o la etiqueta de visa estampada en pasaporte vigente.

Cuando la residencia se otorgue en el exterior, para el primer desplazamiento hacia el territorio nacional, el extranjero también podrá acreditar su condición de residente con la e-visa.

Artículo 25. Tiempo de validez de la etiqueta de visa tipo “R”. El periodo de validez de la etiqueta de la visa “R” será de cinco (5) años. A solicitud de su titular, este documento podrá ser renovado por periodos iguales mediante trámite de traspaso de visa”.

20. Por medio del Decreto 1067 de 2015, el Ministerio de Relaciones Exteriores definió el concepto de ingreso irregular y determinó los casos en los que un extranjero se encuentra en permanencia irregular en el territorio colombiano. En efecto, el artículo 2.2.1.11.2.4 señala

que se considera irregular el ingreso al país cuando: (i) se realice por un lugar no habilitado para ello y (ii) se realice por un lugar habilitado pero se evada u omite el control migratorio.

Asimismo, señaló que un extranjero se encuentra en permanencia irregular en los siguientes casos:

“1. Cuando se dan los supuestos mencionados en el artículo 2.2.1.11.2.4 del presente decreto.

2. Cuando el extranjero habiendo ingresado legalmente permanece en el país una vez vencido el término concedido en la visa o permiso respectivo.

3. Cuando permanece en el territorio nacional con documentación falsa.

4. Cuando el permiso otorgado al extranjero ha sido cancelado de conformidad con lo indicado en el artículo 2.2.1.11.2.11 del presente decreto”.

21. Con fundamento en el desarrollo normativo anteriormente expuesto, esta Corporación concluye lo siguiente: (i) la visa constituye la autorización que otorga un Estado para el ingreso y permanencia de un extranjero en el territorio nacional; (ii) existen diferentes clasificaciones de dicha autorización, en la actualidad se divide en visa de visitante, visa de migrante y visa de residente; (iii) un extranjero que haya ingresado a Colombia por un lugar no habilitado para ello, se encuentra en estado de permanencia irregular en el país.

Los derechos de los extranjeros y su deber de cumplir el ordenamiento jurídico colombiano

22. De conformidad con lo establecido en el artículo 100 Superior, “los extranjeros

disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos. No obstante, la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros”.

Adicionalmente, la misma norma establece que los extranjeros en el territorio colombiano gozarán de las mismas garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones establecidas en la Carta Política y en la ley.

23. Esta Corporación se ha pronunciado sobre las implicaciones que tiene la norma anteriormente mencionada. En efecto, la sentencia T-215 de 1996 indicó que esta disposición constitucional garantiza que los extranjeros sean tratados en condiciones de igualdad en materia de derechos civiles y asegura la protección jurídica de las garantías constitucionales a las que tienen derecho en su calidad de extranjeros..

24. Adicionalmente, la Corte señaló que el reconocimiento de derechos genera al mismo tiempo una exigencia a los extranjeros de cumplir la Constitución Política y la ley, tal y como lo establece el artículo 4º Constitucional el cual dispone que “[E]s deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”.

Lo anterior fue reiterado en las sentencias T-321 de 2005 y T-338 de 2015, en las que esta Corporación indicó que la Constitución Política reconoce una condición general de igualdad de derechos civiles entre los colombianos y los extranjeros, los cuales pueden ser excepcionalmente subordinados a condiciones especiales, o incluso se puede negar el ejercicio de determinados derechos por razones de orden público. Asimismo, se reiteró que el reconocimiento de derechos a los extranjeros, genera la obligación de cumplir todos los deberes que les sean exigibles en dicha calidad.

La afiliación de extranjeros al Sistema General de Seguridad Social

25. Las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran establecidas en el Decreto 780 expedido por el Gobierno Nacional Social el 6 de mayo de 2016.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.1.3.2 y 2.1.3.4 de dicha normativa, la afiliación se realiza por una sola vez y con ella se adquieren todos los derechos y obligaciones derivados del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, se establece que la afiliación al sistema es obligatoria para todos los residentes en el país.

26. Por otra parte, el artículo 2.1.3.5 del decreto anteriormente mencionado establece que los ciudadanos deben presentar alguno de los siguientes documentos para poder afiliarse y acceder a la totalidad de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

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

1. Registro Civil Nacimiento o en su defecto, el certificado de nacido vivo para menores de 3 meses.
2. Registro Civil Nacimiento para los mayores de 3 meses y menores de siete (7) años edad.

3. Tarjeta de identidad para los mayores (7) años y menores de dieciocho (18) años de edad.

4. Cédula de ciudadanía para los mayores de edad.

5 Cédula de extranjería, pasaporte, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda, para los extranjeros.

6. Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad refugiados o asilados”. (Negrilla fuera del texto original).

27. Con fundamento en lo anterior, se evidencia que la norma indica que todos los ciudadanos independientemente de que sean nacionales colombianos o extranjeros, deben tener un documento de identidad válido para poderse afiliar al Sistema General de Seguridad Social en Salud y así acceder a la totalidad de los servicios de salud. Lo anterior, en la medida en que la misma norma da opciones para diferentes personas, tanto mayores como menores de edad, y nacionales y extranjeros. Por lo tanto, si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación.

Asimismo, se evidencia que en el caso de los niños, sin importar si tienen o no la nacionalidad colombiana, deben ser afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud con el registro civil de nacimiento, lo cual resalta la importancia de que la Registraduría Nacional del Estado Civil registre todos los nacimientos ocurridos en el territorio nacional.

El derecho a la vida digna. Reiteración de jurisprudencia

28. La Constitución Política de 1991 establece como pilar fundamental la protección del derecho a la vida. En efecto, el Preámbulo consagra el derecho a la vida humana como un valor superior dentro de la estructura de un Estado Social de Derecho. Asimismo, el artículo 11 de dicha normativa le atribuye la característica de ser inviolable.

29. Ahora bien, desde sus inicios esta Corporación ha reconocido el carácter prevalente que tiene el derecho a la vida y la obligación de todas las autoridades públicas y privadas de protegerlo. En particular, en la sentencia T-535 de 1992 señaló que:

“[l]a Constitución protege a las personas contra toda acción u omisión de cualquier naturaleza, que objetivamente ponga en peligro la vida de un ser humano. Ello se fundamenta en la característica de inviolabilidad que es de la esencia misma del mencionado derecho. Esto significa que la vida es un valor ilimitado como correlativamente lo es su protección”. (Negrilla fuera del texto original).

Adicionalmente, resaltó que el derecho a la vida es la base para ejercer los demás derechos reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, y en esa medida, constituye un presupuesto indispensable para que cualquier persona pueda ser titular de derechos y de obligaciones. En este sentido, el Estado debe adoptar todas las medidas que permitan a las personas vivir en condiciones dignas.

En relación con lo anterior, en la sentencia T-444 de 1999, este Tribunal señaló que la protección constitucional del derecho a la vida no solamente consiste en la posibilidad de existir, sino que se deben tener en cuenta las condiciones en las que ello se haga, pues

supone la garantía de una existencia digna. En consecuencia, las autoridades estatales tienen la obligación de proteger a todas las personas en su vida, entendida desde un sentido amplio como “vida plena”, lo que incluye la integridad física, psíquica y espiritual, la salud, y en general las condiciones mínimas materiales necesarias para la existencia digna.

Asimismo, la sentencia T- 860 de 1999, reiterada en la T-675 de 2011, señaló que la muerte no es la única circunstancia contraria al derecho fundamental a la vida, sino todo aquello que la haga insoportable y hasta indeseable. Además indicó que:

“El dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, ha dicho la Corte, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada, en tanto que hacen indigna su existencia”.

30. En el mismo sentido, la sentencia T-536 de 2007, señaló que esta Corporación adoptó un concepto amplio del derecho a la vida, que no sólo tiene en consideración el aspecto biológico, sino que también abarca el reconocimiento y la búsqueda de la vida digna. En esta medida, afirmó que el artículo 11 Superior debe interpretarse en relación con el principio de dignidad humana, lo que significa que las personas deben alcanzar un estado lo más lejano posible al sufrimiento y tener todas las facultades para desempeñarse en sociedad como individuos normales y con una óptima calidad de vida.

Ahora bien, esta Corte también se ha pronunciado sobre la vinculación del derecho a la vida y el ejercicio de otros derechos. En particular en la sentencia T-645 de 1998 reiterada en la T-062 de 2006, este Tribunal destacó que en el derecho a la vida se encuentran comprendidos otros derechos como la salud y la integridad física, lo que implica que el Estado adopte todas las medidas correspondientes para la satisfacción de tales derechos.

31. En esta oportunidad, la Corte reitera las reglas jurisprudenciales que establecen que el derecho a la vida: (i) tiene una protección prevalente en la Constitución Política de 1991 y en

la concepción del Estado Social de Derecho; (ii) constituye un presupuesto indispensable para que una persona pueda ser titular de otros derechos y de obligaciones; (iii) no solamente consiste en la posibilidad de existir, sino que debe presuponer la garantía de una existencia digna y (iv) comprende la protección de otros derechos fundamentales como la salud y la integridad física.

El principio de solidaridad como elemento esencial del Estado Social de Derecho

32. La Constitución Política tiene como pilar fundamental el principio de solidaridad. En efecto, el artículo 1º Superior consagra que el Estado colombiano se encuentra fundado en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que lo integran. Asimismo, el artículo 95 de la misma normativa establece como deberes de las personas obrar conforme al principio de solidaridad social a través de acciones humanitarias ante situaciones donde se ponga en peligro la vida o la salud de las personas.

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

33. Ahora bien, desde sus inicios esta Corporación ha reconocido la prevalencia e importancia del principio de solidaridad y su exigencia a los individuos y al Estado. En relación con los individuos, en la sentencia T-362 de 1997, resaltó el deber de solidaridad de todas las personas y determinó que éste no es exclusivo de las personas naturales, sino que también obliga a las personas jurídicas y a las comunidades de organizadas.

34. Respecto del deber de solidaridad por parte del Estado, la sentencia T-550 de 1994 indicó que:

“La vigencia de este principio elimina la concepción paternalista, que crea una dependencia absoluta de la persona y de la comunidad respecto del Estado y que ve en éste al único responsable de alcanzar los fines sociales. Mediante el concepto de la solidaridad, en cambio, se incorpora a los particulares al cumplimiento de una tarea colectiva con cuyas metas están comprometidos, sin perjuicio del papel atribuido a las autoridades y entidades públicas”. (Negrilla fuera del texto original).

Más adelante, la sentencia C-237 de 1997 señaló que el deber de solidaridad del Estado deriva de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En consecuencia, le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, de tal forma que debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad.

Adicionalmente indicó que:

“Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones”.

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

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

Igualmente, resaltó diferentes expresiones de la solidaridad en nuestro ordenamiento jurídico, entre otras las siguientes: (i) el deber del Estado de proteger el derecho a la vida digna de sus asociados; (ii) la contribución de las personas para la financiación de gastos e inversiones del Estado; (iii) el deber de cuidado que tiene el empleador en relación con su trabajador que padece alguna enfermedad catastrófica, entre otros.

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

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

35. En esta oportunidad la Sala Plena reitera que el principio de solidaridad: (i) es un pilar fundamental de la Constitución Política y al Estado Social de Derecho; (ii) es exigible a todas las personas y al Estado; y (iii) con fundamento en él, el Estado debe garantizar en la medida de lo posible unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, de tal forma que debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad.

La protección de los extranjeros con permanencia irregular en el contexto de una crisis humanitaria causada por una migración masiva

Contexto de crisis humanitaria por la migración masiva de ciudadanos venezolanos

36. Desde el año 2015 se ha generado un fenómeno de migración masiva de ciudadanos venezolanos a Colombia debido a la difícil situación económica, social y política que actualmente afronta Venezuela, que con el paso del tiempo se transformó en una situación de crisis humanitaria que se mantiene en la actualidad.

37. En efecto, a partir del 19 de agosto de 2015, momento en el que Venezuela cerró su frontera con el Estado colombiano, Migración Colombia registró el ingreso de 329.478 ciudadanos nacionales de dicho país. En el mes de julio del 2016, el Gobierno venezolano decidió reabrir la frontera de forma temporal hasta la primera semana de agosto, en dicho periodo se registró el ingreso de más de 400.000 venezolanos. Durante los 4 meses siguientes, Migración Colombia registró 7.133.167 ingresos de ciudadanos venezolanos. Para el 30 de junio del año 2017, se había registrado el ingreso de 263.331 ciudadanos venezolanos por los puestos de control de las autoridades nacionales, principalmente en Cúcuta, Paraguachón y Bogotá, sin embargo según la referida entidad, muchas de estas personas se quedaron con las visas y permisos correspondientes y otros salieron del país.

En relación con la migración irregular, la entidad señaló que en la actualidad hay aproximadamente 153.000 venezolanos que ingresaron con el permiso correspondiente pero que en la actualidad se encuentran en permanencia irregular en Colombia y 50.000 más cuyos permisos de permanencia están por vencerse. Adicionalmente, es necesario resaltar que por obvias razones estas cifras no registran las personas que ingresaron de forma irregular al país y que actualmente se encuentra en el territorio nacional, como es el caso de la accionante, lo cual puede aumentar el número de venezolanos en Colombia incluso al doble.

Con fundamento en las anteriores cifras se evidencia que actualmente muchos departamentos y municipios del País enfrentan una crisis humanitaria originada por la migración masiva de ciudadanos venezolanos al territorio nacional que se encuentran en situación crítica. Así lo reconoció el Ministerio de Salud y Protección Social al señalar que:

“La migración es causa y consecuencia de inseguridad humana y de restricciones a los derechos humanos relacionados con la salud de la población migrante y riesgos a la salud individual, familiar y colectiva en los territorios de acogida”.

Acciones del Estado Colombiano para enfrentar esta crisis humanitaria

38. Ahora bien, en ejercicio sus facultades constitucionales y legales, las autoridades nacionales han ejecutado diferentes acciones tendientes a superar la referida crisis. En efecto, desde la Ley 1815 de 2016, “Por la cual se decreta el de presupuesto de rentas y recursos de capital y ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1o de enero al 31 de diciembre de 2017”, en su artículo 57, se asignó una partida presupuestal para financiar las atenciones iniciales de urgencias que se presten a los nacionales de los países fronterizos.

39. Adicionalmente, en cumplimiento del deber de solidaridad del Estado consagrado en el artículo 1º Superior, y de la garantía prevista en el literal b) del artículo 10º de la Ley 1751 de 2015, en la que establece que toda persona tiene derecho a recibir atención de urgencias sin que sea exigible un pago previo alguno, lo que incluye a nacionales y extranjeros con nacionalidad de países fronterizos, tales y como Brasil, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela, el Ministerio de Salud y Protección Social profirió el Decreto No. 866 del 27 de mayo de 2017. En dicha normativa, sustituyó en su totalidad el Capítulo 6 del Título 2 de la Parte 9 del Libro 2º del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en lo relacionado con el giro de recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de los países fronterizos.

El artículo 2.9.2.6.1 del referido decreto dispone que el Ministerio de Salud y Protección Social debe poner a disposición de las entidades territoriales los recursos excedentes de la Subcuenta del FOSYGA o quien haga sus veces, para cubrir el pago de las atenciones iniciales de urgencia prestadas a los nacionales de países fronterizos.

Además, el artículo 2.9.2.6.3 de la misma normativa establece que dichos recursos se podrán utilizar siempre y cuando ocurran las siguientes condiciones:

1. Que corresponda a una atención inicial de urgencias.
2. Que la persona que recibe la atención no tenga subsidio en salud en los términos del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, ni cuente con un seguro que cubra el costo del servicio.
3. Que la persona que recibe la atención no tenga capacidad de pago.

4. Que la persona que recibe la atención sea nacional de un país fronterizo.

5. Que la atención haya sido brindada en la red pública hospitalaria del departamento o distrito.

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

40. Adicionalmente, el Ministerio de Salud y de Protección Social profirió la Circular 25 de 2017 dirigida a Gobernadores, Alcaldes, Directores Departamentales, Distritales y Municipales de Salud, Gerentes de Entidades Administradoras de Planes de Beneficios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado, y Gerentes o Directores de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, para fortalecer las acciones en salud pública para responder a la situación de migración masiva de ciudadanos venezolanos. En tal normativa, se resalta la necesidad de implementar políticas de coordinación intersectorial entre las Direcciones Territoriales de Salud con otras entidades, tales y como la Registraduría Nacional del Estado Civil, las Defensorías y Comisarías de Familia y Migración Colombia, entre otras. Particularmente, sobre las atenciones en salud a los migrantes venezolanos, la Circular dispone que las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud deben:

“2.1. Garantizar la atención de urgencias a la población migrante, según los criterios técnicos y ámbito de aplicación establecidos en la Resolución número 5596 de 2015, relacionada con la selección y clasificación de pacientes, en los servicios de urgencias – Triage, incluyendo los casos de violencia sexual, acorde con el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015, el Decreto número 866 de 2017 en cuanto a giros de recursos, entendiendo que la atención inicial de urgencia comprende, además, la atención de urgencias según su artículo 2.9.2.6.29. Además,

estas atenciones se deben reportar de acuerdo con las instrucciones impartidas en la Circular 12 de 2017 de este Ministerio”. (Negrilla fuera del texto original).

41. En consideración a lo anterior, la Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra que muchos departamentos y municipios del País enfrentan una situación de crisis humanitaria originada por la migración masiva de ciudadanos venezolanos al territorio nacional. Asimismo, evidencia que las autoridades del Estado han realizado diferentes acciones con el fin de atenderla y superarla.

Particularmente en los casos de la prestación de los servicios de salud a los extranjeros, se ha fortalecido la obligación de las entidades territoriales a través de las diferentes instituciones prestadoras de salud, de garantizar la atención de urgencias a la población migrante y de realizar las gestiones tendientes a lograr la afiliación de dichas personas al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Adicionalmente, se han adoptado diferentes medidas presupuestales para asegurar la prestación de los servicios en casos de urgencias de nacionales de estados fronterizos que los soliciten, de tal forma que los recursos se prioricen teniendo en cuenta el número de personas que han sido atendidas históricamente en cada una de las entidades territoriales, pero siempre privilegiando en todo caso a los departamentos ubicados en las fronteras.

Los principios de solidaridad y de cubrimiento universal en el Sistema General de Seguridad Social y el deber de las entidades territoriales de proteger el derecho a la vida digna y a la integridad física de los extranjeros con permanencia irregular en situaciones de crisis humanitaria

42. De conformidad con lo establecido en los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la Seguridad Social en Salud es un servicio público obligatorio a cargo del Estado sujeto a los

principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, cuya prestación implica que debe garantizarse a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con fundamento en lo anterior, el Legislador profirió la Ley 100 de 1993 mediante la cual se dio origen el Sistema General de Seguridad Social en Salud como un servicio de cobertura universal para todas las personas.

Además, el artículo 157 de la mencionada norma consagra dos tipos de afiliaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud: (i) régimen contributivo y (ii) régimen subsidiado. En relación con régimen contributivo, la norma dispone que se deben afiliar las personas con capacidad de pago, por ejemplo, los vinculados al sistema a través de un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes. Respecto del régimen subsidiado, la ley dispone que se deben afiliar todas las personas que no tengan capacidad para pagar la totalidad de las cotizaciones al sistema.

Asimismo, el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 establece que las personas que por motivos de incapacidad de pago, no se hubieran afiliado al Régimen de Seguridad Social, tendrían la calidad de participantes vinculados, y por consiguiente, podrían recibir los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado, mientras se afilian al régimen subsidiado.

43. Posteriormente, el Congreso de la República profirió la Ley 715 de 2001 que aumentó los subsidios a las entidades territoriales, para que a partir de los ingresos con destinación específica para salud y los ingresos corrientes de libre destinación, se garantizara la continuidad y la cobertura universal en salud a la población que no se encuentra afiliada al sistema de salud por cinco años adicionales. Más adelante, se profirió la Ley 1122 de 2007, cuyo artículo 9º aumentó el plazo para la cobertura universal de salud en los niveles I, II y III del Sisbén por tres años más.

44. Finalmente, el Legislador emitió la Ley 1438 de 2011, “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. El artículo 9º de dicha normativa reiteró que el principio de universalidad es un pilar fundamental del Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través del cual se garantiza el cubrimiento del servicio a todos los residentes del país.

Adicionalmente, el artículo 32 de la ley anteriormente mencionada determinó que el Gobierno Nacional desarrollaría todos los mecanismos para garantizar la afiliación de todos los residentes del Estado al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Asimismo, la norma establece que cuando una persona que requiera la atención en salud, no se encuentre afiliada al sistema, ni tenga capacidad de pago, deberá ser atendida obligatoriamente por la entidad territorial y ésta última deberá iniciar el proceso para que la persona se pueda afiliar al sistema en el régimen contributivo o subsidiado.

45. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la introducción del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En particular, en la sentencia T-611 de 2014, al analizar un caso de una joven que padecía de hipertensión pulmonar severa, a la que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá se negó a afiliar al régimen subsidiado de salud y a exonerarla de copagos por cada servicio que requería para atender su padecimiento, la Sala de Revisión concluyó que esa entidad vulneró el derecho a la salud de la accionante, al incumplir lo establecido en el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011. Lo anterior debido a que omitió realizar las gestiones correspondientes para afiliar a la actora al régimen subsidiado de salud, teniendo en cuenta que ya había sido calificada por el SISBÉN.

En esa oportunidad, este Tribunal indicó que la implementación del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 en el ordenamiento jurídico tiene dos consecuencias: (i) la desaparición de la figura de los participantes vinculados consagrada en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, y (ii) el aumento de la responsabilidad de las entidades territoriales de garantizar un verdadero

acceso al servicio de salud de las personas que no se encuentran aseguradas.

La anterior regla jurisprudencial fue reiterada por esta Corporación en la sentencia T-614 de 2014, al analizar el caso de un menor de edad al que la Secretaría de Salud del Distrito de Bogotá y el Fondo Financiero del Distrito de Bogotá le negaron la afiliación al sistema, debido a que no se había realizado la encuesta para clasificarlo en el Sisbén. En esa ocasión, la Corte reiteró:

“La introducción del artículo 32 implicó no solo la desaparición de la figura de “participantes vinculados” del artículo 157 de la Ley 100 de 1993, sino que además, generó una mayor carga en las entidades territoriales, ya que es en estas últimas, en quienes recae el deber de asumir de manera activa la obligación de garantizar un verdadero acceso al servicio de salud a toda aquella población pobre no asegurada, que no tiene acceso al régimen contributivo, máxime cuando se ha establecido el carácter de fundamentalidad del derecho a la salud.”

46. Por otra parte, en la sentencia C-834 de 2007, reiterada recientemente en las sentencias T-314 de 2016 y T-421 de 2017, la Corte indicó que todos los extranjeros que se encuentren en Colombia tienen derecho a recibir un mínimo de prestación de servicios por parte del Estado en casos de necesidades básicas y de urgencia con el fin de atender sus solicitudes más elementales y primarias, lo que no restringe al Legislador para ampliar su protección con la regulación correspondiente.

47. Con fundamento en lo anterior, la Sala Plena concluye que la implementación del artículo 32 de la Ley 1438 de 2011 generó: (i) la desaparición de la calidad de participante vinculado consagrada en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993; (ii) la obligación de las entidades territoriales de garantizar la prestación de los servicios básicos de salud a la población no afiliada y de iniciar los trámites necesarios para su afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud de conformidad con los requisitos exigidos por la ley.

48. Ahora bien, como se indicó en los fundamentos 36 a 41, actualmente Colombia enfrenta una situación de crisis humanitaria originada la migración masiva de ciudadanos venezolanos al país que se encuentran en situación crítica. El Estado ha realizado diferentes labores tendientes a superar la crisis, dentro de las que se encuentra la destinación de recursos específicos para asegurar que las entidades territoriales presenten los servicios de atención básica y de urgencias a nacionales de países fronterizos que no cuenten con los recursos económicos suficientes, independientemente de su estatus migratorio en el territorio nacional.

En este sentido, se evidencia que la respuesta del Estado colombiano ante la crisis humanitaria derivada de migración masiva, es garantizar a los extranjeros con permanencia irregular en Colombia que no cuenten con los recursos económicos suficientes, la atención básica en salud con el fin de evitar un incremento en los gastos del sistema, prevenir casos de urgencias y asegurar la atención de los que necesariamente se transformen en casos urgentes.

El principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes y su prevalencia.
Reiteración de jurisprudencia

50. Como se indicó recientemente en la sentencia T-544 de 2017, los principios centrales relacionados con el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, se encuentran en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y son (i) la igualdad y no discriminación; (ii) el interés superior de las y los niños; (iii) la efectividad y prioridad absoluta; y (iv) la participación solidaria.

En lo que respecta al principio de primacía del interés superior de los niños, la Convención

Internacional sobre Derechos del Niño indica en su artículo 3º, lo siguiente:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada” (Negrilla fuera de texto original).

Estos elementos fueron plasmados en el artículo 44 de la Constitución que relaciona algunos de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, los titulares de los deberes frente a este grupo y establece que sus derechos prevalecen sobre los de los demás.

Es decir, de acuerdo con la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y la Constitución Política de Colombia, las y los niños no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico.

51. Estos principios han sido desarrollados por normas de rango legal, en particular por el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006). El artículo 8º de este Código señala que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

52. Para efectos de analizar cómo opera la satisfacción del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la jurisprudencia desarrolló varios criterios en vigencia del antiguo Código del Menor aplicables a pesar del cambio de legislación. En efecto, la sentencia T-510 de 2003 clasificó estos estándares de satisfacción en fácticos y jurídicos. Los primeros exigen que se analicen íntegramente las circunstancias específicas del caso, mientras que los segundos se refieren “a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”, especialmente por el riesgo que genera la discrecionalidad que se requiere para hacer este tipo de valoraciones. Efectivamente:

“las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés”.

Adicionalmente, la misma sentencia T-510 de 2003, identificó las reglas que podían ser aplicadas para establecer en qué consistía el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Estas reglas han sido reiteradas y precisadas por la jurisprudencia, identificándolas como criterios decisorios generales en casos que involucran sus derechos y se expresan en los siguientes deberes a cargo del juez:

(i) Garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes;

(ii) Asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio pleno de sus derechos;

(iii) Protegerlos de riesgos prohibidos;

(iv) Equilibrar sus derechos y los derechos de sus familiares, teniendo en cuenta que si se altera dicho equilibrio, debe adoptarse la decisión que mejor satisfaga los derechos de los niños, niñas y adolescentes;

(v) Garantizar un ambiente familiar apto para su desarrollo;

(vi) Justificar claramente la intervención del Estado en las relaciones familiares; y

(vii) Evitar cambios desfavorables en las condiciones de las o los niños involucrados.

53. En conclusión, si al resolver un caso concreto pueden resultar afectados los derechos de un niño, niña y adolescente, al emitir la decisión se debe apelar al principio de primacía de su interés superior. Cuando no sea claro cómo se satisface dicho interés, se deben presentar las consideraciones fácticas y jurídicas necesarias con base en los criterios jurisprudenciales establecidos, bajo la comprensión del margen de discrecionalidad de los funcionarios administrativos y judiciales que adelantan la labor de protección de niños, niñas y adolescentes.

Análisis del caso concreto

54. Como se indicó en el acápite de hechos, Tiresias en calidad de agente oficioso de Lucina, promovió acción de tutela en contra del Hospital Estigia, por considerar que tal entidad vulneró los derechos fundamentales de su esposa a la vida digna y a la integridad física. Lo anterior, como consecuencia de la negativa de la accionada a realizarle a su agenciada los controles prenatales y a asistir el parto de forma gratuita, por su calidad de extranjera con permanencia irregular en el territorio colombiano.

En consecuencia, es necesario determinar si el referido hospital vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física al negarse a realizarle los controles prenatales y a asistir el parto de forma gratuita.

Adicionalmente, en el transcurso del trámite de tutela, se demostró que la hija de la accionante nació el 21 de agosto de 2016, en el municipio de Icaria y que no fue afiliada al Sistema de Salud colombiano. Por consiguiente, también es necesario analizar si la demandada vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física de la niña Khala, al no afiliarla al Sistema General de Seguridad en Salud.

El Hospital Estigia vulneró los derechos a la vida digna y a la integridad física de Lucina

55. De las reglas jurisprudenciales establecidas en esta providencia y de las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la accionante, al negarse a realizarle los controles prenatales y a atender el parto de forma gratuita.

56. En efecto, esta Corporación encuentra que el Estado está en la obligación de prestar los servicios de atención básica y de urgencias a todas las personas, independientemente de que la persona que los requiera sea un extranjero con permanencia irregular, especialmente teniendo en cuenta el contexto de crisis humanitaria en el que se encuentra Colombia por la migración masiva de ciudadanos venezolanos, en la que el deber de solidaridad del Estado es cualificado.

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

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

59. Ahora bien, de las pruebas que obran en el expediente se demostró que, a pesar de los esfuerzos del Estado para mejorar la prestación de los servicios relacionados con el embarazo, el parto y el periodo después del parto, Colombia tiene unos altos índices de mortalidad materna y neonatal. En efecto de acuerdo con lo expuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social, las cifras de mortalidad de mujeres gestantes en el territorio nacional y en Arauca desde el año 2005 al 2014, son las siguientes:

Mortalidad materna (muertes de gestantes x 100 mil nacidos vivos)

Año

Total Nacional

Arauca

2005

59.02

2006

71.38

37.17

2007

72.05

108.08

2008

60.66

82.76

2009

67.31

42.52

2010

71.64

111.33

2011

68.82

67.80

2012

65.89

0.00

2013

55.25

25.04

2014

53.65

50.14

En particular en el Departamento de Arauca, de acuerdo con lo manifestado por el Instituto Nacional de Salud, en el año 2016 se notificaron 322 casos de muerte materna temprana, de los cuales el 39,8% no realizó controles prenatales, el 22,4% realizó entre uno a tres controles y el 37,6% realizó cuatro o más. Además, reportó que 1848 casos de mortalidad perinatal o neonatal tardía se encontraban relacionados con la ausencia de controles prenatales, de los cuales 9 ocurrieron en el departamento de Arauca.

60. Lo anterior, evidencia una vulneración sistemática del derecho a la vida digna, lo cual puede estar estrechamente vinculado con la exigencia de pago de los servicios básicos y de urgencias a los afectados.

61. Esto se evidencia de forma más clara en el caso objeto de estudio, en el que se demostró que el Hospital accionado se negó a realizar los controles prenatales de forma gratuita, sin tener en cuenta la condición de vulnerabilidad de la actora por el hecho de estar embarazada, y que se agravó por su condición de extranjera con permanencia irregular y su situación de extrema pobreza derivada de la crisis humanitaria en la que actualmente se encuentra la región en la que vive.

62. En relación con la atención del parto, a pesar de que el Hospital demandado decidió asumir el costo de dicho procedimiento después de haberlo realizado, se comprobó que desde el inicio el accionado le cobró a la peticionaria \$1.280.000 por atenderla, lo que se transformó en una fuente de estrés adicional para la actora, pues ella y su esposo siempre manifestaron que no podían pagarlo. Cuando el demandado manifestó que no cobraría el servicio, la accionante ya había dado a luz a su bebé y ya había padecido la preocupación permanente de no tener los recursos suficientes para sufragar la atención del parto.

63. Con fundamento en lo anterior, se demuestra que el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de Lucina, al negarle el acceso a los servicios de atención básica y de urgencias, en particular: (i) no realizar los controles prenatales y (ii) no atender el parto de forma gratuita. (Solución al primer problema jurídico).

64. En el presente caso la niña nació en la entidad accionada el 21 de agosto de 2016, sin embargo el demandado nunca cumplió con la obligación establecida en el artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016 que dispone lo siguiente:

“A filiación de recién nacido de padres no afiliados. Cuando los padres del recién nacido no se encuentren afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, el prestador de

servicios de salud, en la fecha de su nacimiento, procederá conforme a lo siguiente:

(...)

3. Cuando los padres no cumplen las condiciones para pertenecer al régimen contributivo y tampoco se encuentran clasificados en los niveles I y II del Sisbén o no les ha sido aplicada la encuesta SISBEN, registrará al recién nacido en el Sistema de Afiliación Transaccional y lo inscribirá en una EPS del régimen subsidiado en el respectivo municipio. Una vez los padres se afilien el menor integrará el respectivo núcleo familiar. (Negrilla fuera del texto original)."

De lo anterior, se evidencia que el Hospital accionado tenía la obligación de afiliar a la niña de oficio al Sistema General de Seguridad Social en Salud aunque sus padres no cumplieran con los requisitos para acceder al mismo.

En este sentido, en complemento de las reglas jurisprudenciales reiteradas en esta providencia y de las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la hija de la accionante, al no afiliarla al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a pesar de que la niña nació en dicha institución y sabía que sus padres no se encontraban afiliados al sistema.

65. Además, no sólo se debe tener en cuenta que es una menor de edad, sino que es una recién nacida que se encuentra en una situación de vulnerabilidad más alta, por lo que requiere una mayor atención en temas de salud y alimentación por parte de la familia, la sociedad y del Estado, tal y como se establece en el artículo 50 de la Constitución Política:

“Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”.

De lo anterior, se evidencia la obligación del Estado de garantizar el acceso de los recién nacidos a los servicios de salud en el más alto nivel posible. A pesar de lo anterior, en Colombia la cifra de casos de mortalidad neonatal es demasiado alta, pues según lo manifestado por el Instituto Nacional de Salud, se reportaron 1848 casos en el año 2016. Igualmente, según los datos reportados por el Banco Mundial al 2016, la tasa de mortalidad en Colombia es de 8,5 por cada 1000 nacidos vivos, lo cual resulta comparable con otros países que actualmente se encuentran en crisis humanitaria tales y como Honduras (10,4); Irán (9,6); Corea del Norte (10,7) e incluso con Venezuela cuya tasa es de 10,3, lo cual constituye una cifra alarmante.

En el caso particular, la entidad demandada no tuvo en cuenta la situación de crisis humanitaria en la que se encuentra el país, la condición de extranjeros con permanencia irregular de los padres de la recién nacida, su situación de extrema pobreza, ni el hecho de que su madre no tuvo todos los controles prenatales, lo que ponía a la niña Khala, en una situación de vulnerabilidad mucho mayor. Además, de las pruebas del caso se evidenció que la recién nacida tuvo varios episodios de diarrea, gripa y problemas respiratorios en sus primeros 6 meses de vida, enfermedades que han sido catalogadas como las primeras causas de muerte infantil en el país.

66. En este sentido, el Hospital demandado vulneró los derechos de la niña a la vida digna y a la integridad física, pues no tuvo en cuenta que es un sujeto de especial protección constitucional ni le dio el trato preferente y prevalente que debe tener en relación con el acceso a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social en Salud a través de la afiliación. (Solución al segundo problema jurídico).

Conclusiones y decisión a adoptar

67. Con fundamento en lo anterior, es preciso concluir que el Hospital Estigia vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la accionante, al negarse a realizarle los controles prenatales y a atender el parto de forma gratuita. Lo anterior, teniendo en cuenta que en la situación particular se evidenció que la peticionaria requería la prestación de los servicios relacionados con el embarazo y el parto de forma urgente, en consideración a todos los riesgos que sufren las mujeres gestantes por el hecho de estar embarazadas, que incluso las pueden llevar a su muerte, en especial, en situaciones de crisis humanitaria como la que actualmente ocurre en el Estado colombiano por la migración masiva de ciudadanos venezolanos.

68. Ahora bien, durante el proceso de revisión de la presente acción de tutela se demostró que: (i) la entidad demandada le realizó varios exámenes a la peticionaria antes al parto, por los que tuvo que pagar un valor de \$270.000; (ii) la hija de la peticionaria nació el 21 de agosto de 2016, en el hospital demandado y (iii) en principio, el accionado le cobró a la actora la suma de \$1.280.000 por el parto, pero que por la intervención de una persona que la accionante no desea identificar, no le realizaron dicho cobro y el demandado asumió los gastos del parto.

Por las anteriores razones, la Sala revocará la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria el 28 de julio de 2016, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales de Lucina, y en su lugar declarará la carencia actual de objeto.

69. Por otra parte, la Sala concluye que la entidad demandada vulneró el derecho a la vida

digna y a la integridad física de Khala, al incumplir con su obligación de afiliarla a una EPS del régimen subsidiado, a pesar de que la niña nació en dicha entidad y de que ésta tenía conocimiento que ninguno de sus padres se encontraba afiliado al Sistema General de Seguridad Social. Actualmente, la niña se encuentra afiliada en el régimen subsidiado a la Nueva EPS como resultado de una medida cautelar ordenada por esta Corporación, en consecuencia, se encuentra protegida.

70. A pesar de que se configuró en fenómeno del hecho superado respecto de los derechos de la accionante y que la niña ya está afiliada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ello no obsta para advertirle al hospital accionado que no podrá incurrir nuevamente en las acciones que dieron lugar al presente asunto, para lo cual deberá dar estricto cumplimiento a las reglas en la materia, expuestas esta oportunidad.

71. Finalmente, de los hechos del caso se evidencia que la Registraduría Municipal de Icaria registró el nacimiento de Khala tres meses después de ocurrido el hecho, por lo que pasaron varios meses para que la niña pudiera tener su registro civil de nacimiento. Por lo anterior, se advertirá a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Registraduría Municipal de Icaria que no podrán incurrir nuevamente en retraso o denegación del registro civil de nacimiento de los hijos e hijas de extranjeros con permanencia irregular que haya ocurrido en territorio colombiano.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Icaria el 28 de julio de 2016, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales de Lucina, y en su lugar declarar la CARENCIA ACTUAL DE OBJETO.

SEGUNDO.- ADVERTIR al Hospital Estigia que no podrá incurrir nuevamente en acciones como las que dieron lugar al presente asunto, para lo cual deberá dar estricto cumplimiento a las reglas jurisprudenciales en la materia fijadas por esta sentencia en lo relacionado con la atención básica y de urgencias a extranjeros con permanencia irregular en el territorio colombiano.

TERCERO.- ADVERTIR a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Registraduría Municipal de Icaria que no podrán incurrir nuevamente en retraso o denegación del registro civil de nacimiento de los hijos e hijas de extranjeros con permanencia irregular que haya ocurrido en territorio colombiano.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con salvamento de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e.)

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA SU677/17

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-Respecto al concepto de migración, era conveniente diferenciar la situación de las personas que llegan al territorio colombiano con vocación de permanencia o de tránsito (Aclaración de voto)

DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN COLOMBIA-La decisión adoptada constituye una protección que no es predicable para todos los extranjeros, de forma general e indiscriminada, sino que tiene en cuenta los sujetos protegidos y su especial situación (Aclaración de voto)

DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FISICA DE EXTRANJEROS CON PERMANENCIA IRREGULAR EN COLOMBIA-Se debieron establecer mayores precisiones (Aclaración de voto)

Ref. Expediente T-5.860.548

Acción de tutela instaurada por Tiresias, en calidad de agente oficioso de Lucina, contra el Hospital Estigia.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

1. Acompañé la providencia SU-677 de 2017, adoptada por la Sala Plena de esta Corporación, en la cual se concluyó que el Hospital accionado vulneró los derechos fundamentales a la vida digna y a la integridad física de la accionante, en su condición de migrante venezolana, al negarse a realizarle los controles prenatales y a atender el parto de forma gratuita. Esta decisión se fundó en que el deber de solidaridad cualificado del Estado colombiano, debido a la crisis humanitaria en el que se encuentra Colombia por la migración masiva de ciudadanos venezolanos, explica que las mujeres embarazadas con permanencia irregular en el territorio nacional tengan derecho a recibir la atención básica de urgencias que requieren debido a su condición, en particular la realización de controles prenatales y a la atención gratuita del parto. Pese a que comparto la decisión adoptada, presento aclaración de voto porque considero oportuno efectuar algunas precisiones.

2. Desde mi perspectiva, en el caso analizado, las condiciones particulares de la accionante llevaron a la Sala Plena a adoptar la decisión de proteger sus derechos. Esto es, se trataba de una mujer embarazada con permanencia irregular en el territorio colombiano, que debido a su condición tenía derecho a la atención de urgencia que el médico tratante determinara. Esto último es de particular relevancia, pues es el concepto del profesional de la salud el que permite establecer, con base en un criterio científico, cuando se requiere un servicio con necesidad. La regla genérica, según la cual, los extranjeros tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias por parte del Estado, con el fin de atender sus necesidades básicas, especialmente relacionadas con asuntos de salud, debía ser precisada en su alcance a los contextos específicos de que se trate.

2.1. Para tal propósito, es necesario tener en cuenta el preciso alcance las decisiones citadas en la sentencia. Por ejemplo, la sentencia C-834 de 2007 es aplicable sólo de manera parcial al presente caso, pues en esta se concluyó, en control abstracto, que el Legislador no vulneró los derechos a la igualdad, el trabajo y la seguridad social de los trabajadores extranjeros, al disponer en la Ley 798 de 2002 que el sistema de seguridad de protección social está enfocado en la protección de las garantías de los colombianos. A juicio de la Sala Plena, el Legislador actuó dentro de su margen de configuración normativa. En todo caso, afirmó que:

“le está vedado restringir el acceso de los extranjeros a esas prestaciones mínimas, en especial, en materia de salud, garantizadas en diversas cláusulas constitucionales y tratados internacionales sobre derechos humanos que vinculan al Estado colombiano.” Así, esta providencia, no se refirió al caso objeto de análisis ahora, a saber: cuál es la protección a la que tiene derecho un sujeto de especial protección, en tanto madre gestante, de nacionalidad venezolana en condición irregular en el territorio colombiano, cuando el Estado se encuentra en una crisis humanitaria debida a la migración masiva. Lo mismo ocurre con las sentencias T-314 de 2016 y T-421 de 2017, que no pueden ser consideradas como precedentes, por no resolver problemas jurídicos similares ni solucionar situaciones fácticas análogas.

2.2. La sentencia que acompaño se fundamenta, sin lugar a dudas, en las condiciones particulares de la accionante. Así, aclaro que la decisión adoptada constituye un alto estándar de protección que no es predicable para todos los extranjeros, de forma general e indiscriminada, sino que tiene en cuenta los sujetos protegidos y su especial situación.

3. Además, considero que la sentencia debía plantear las siguientes precisiones. En primer lugar, en cuanto al concepto de migración, era conveniente diferenciar la situación de las personas que llegan al territorio colombiano con vocación de permanencia o de tránsito, bien sea buscando la prestación de servicios de salud u oportunidades laborales que les permita suplir sus necesidades para luego volver a su país de origen; o, con el fin de establecerse en otro país. En segundo lugar, en cuanto a la referencia al artículo 32 de la Ley 1438 de 2011, que se realiza en el fundamento 49, faltó precisar que se trata de una norma aplicable a los residentes en el país; de manera que, en sentido estricto, quedarían excluidos los extranjeros con permanencia irregular. Y, por último, era necesario presentar una visión actualizada de la comprensión que ha dado la jurisprudencia constitucional al derecho a la vida digna; pues se afirma que el derecho a la vida es ilimitado, con base en la sentencia T-535 de 1992, sin indicar que en sentencias posteriores se han aceptado ciertas limitaciones a dicha garantía fundamental, por ejemplo en el caso de la eutanasia y el aborto.

En los anteriores términos, dejo consignado mi voto particular.

Fecha ut supra

Diana Fajardo Rivera

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS Y

ALBERTO ROJAS RIOS

A LA SENTENCIA SU677/17

PROTECCION DE LOS EXTRANJEROS EN EL CONTEXTO DE UNA CRISIS HUMANITARIA CAUSADA POR UNA MIGRACION MASIVA-Se debió fundamentar un enfoque de género que consideraba necesario abordar el debate sobre el derecho a la salud de las mujeres

embarazadas (Salvamento parcial de voto)

Las razones para fundamentar la resolución de este caso no pueden ignorar el enfoque de género sin sacrificar elementos esenciales de nuestra Carta Política. En efecto, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana (art. 1 superior) que reconoce y garantiza la igualdad. En particular el art. 13 de la Carta Política establece que “El Estado proveerá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” y el artículo 43 consagra la especial protección a la mujer

ENFOQUE DE GENERO-No es optativo, y tampoco se trata de un capricho o de una arbitrariedad, el logro efectivo de la igualdad es un mandato constitucional y de derecho internacional (Salvamento parcial de voto)

MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS REPRODUCTIVOS-Desarrollo jurisprudencial (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente T-5.860.548.

José Antonio Pérez Lobatón en calidad de agente oficioso de Xiolimar Pirela Hernández contra la ESE Hospital del Sarare.

Procedencia: Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Saravena.

Magistrada Sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

1. Con el acostumbrado respeto, nos apartamos parcialmente del fallo de la Corte que decidió lo siguiente:

“PRIMERO. REVOCAR la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado 2º Promiscuo Municipal de Saravena el 28 de julio de 2016, por medio de la cual se negó el amparo de los derechos fundamentales de Xiolimar Pirela Hernández, y en su lugar declarar la CARENIA ACTUAL DE OBJETO.

SEGUNDO. ADVERTIR a la ESE Hospital del Sarare que no podrá incurrir nuevamente en acciones como las que dieron lugar al presente asunto, para lo cual deberá dar estricto cumplimiento a las reglas jurisprudenciales en la materia fijadas por esta sentencia en lo relacionado con la atención básica y de urgencias a extranjeros con permanencia irregular en el territorio colombiano.

TERCERO. ADVERTIR a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Registraduría Municipal de Saravena que no podrán incurrir nuevamente en retraso o denegación del registro civil de nacimiento de los hijos e hijas de extranjeros con permanencia irregular que haya ocurrido en territorio colombiano.”

La Sala Plena de la Corte Constitucional revisó la acción de tutela instaurada por el señor José Antonio Pérez Lobatón en calidad de agente oficioso de Xiolimar Pirela Hernández en contra de la ESE Hospital del Sarare, por considerar que la entidad vulneró los derechos fundamentales de su agenciada a la salud, a la vida y a la integridad física por la negativa de realizarle los controles prenatales y asistir el parto de forma gratuita.

El accionante manifestó que por las condiciones socioeconómicas de Venezuela, él y su esposa Xiolimar Pirela Hernández, los dos de nacionalidad venezolana, migraron a Colombia a través de un paso informal, en ese momento su cónyuge tenía cuatro meses de embarazo. Indicó que en varias ocasiones se dirigieron al hospital accionado para que le realizaran los controles prenatales a su esposa de manera gratuita, pero la entidad demandada se negó a practicarlos debido a que se encontraban en el territorio nacional con permanencia irregular, por lo que les indicaron que tendrían que pagar por el servicio solicitado de forma particular a pesar de haber manifestado la difícil situación económica que atravesaban.

La Corte insistió en que los extranjeros se encuentran legitimados para interponer una acción de tutela en caso de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales y reforzó la legación de los agentes oficiosos, en especial en casos de crisis humanitaria derivada de una migración masiva.

La Sala Plena resaltó la difícil situación económica, social y política que actualmente afronta Venezuela lo cual ha generado una importante migración de la población de ese país a Colombia, que se ha radicado, en mayor parte, en los municipios fronterizos.

Además, la mayoría reiteró que el deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado. No obstante enfatizó en que el principio de solidaridad en situaciones de crisis humanitarias, como la derivada de un alto flujo migratorio, impone la obligación de atender

las necesidades más apremiantes de estos individuos a fin de respetar sus derechos a la vida digna y a la integridad física.

En este sentido, la posición mayoritaria insistió en que esta población viene en busca de oportunidades económicas y sociales, entre ellas suplir necesidades básicas y urgentes de acceso al Sistema de Salud a las que tienen derecho conforme a la línea jurisprudencial trazada por este Tribunal y a diversas disposiciones legales. La mayoría concluyó que todo extranjero que se encuentre en el país tiene derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física que, en casos como este, deriva del deber de asistir humanitariamente a las personas de otros países que se encuentren en condición de vulnerabilidad.

Adicionalmente, la Sala Plena enfatizó en la obligación de las Instituciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud de atender el nacimiento de hijos e hijas de extranjeros con permanencia irregular en el territorio colombiano y de afiliarlos a dicho sistema una vez su nacimiento sea registrado por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

2. Aunque estamos de acuerdo con las decisiones tomadas por la mayoría, consideramos que son insuficientes para atender las características del caso. En efecto, la posición mayoritaria incurrió en un error de enfoque por haber ignorado la perspectiva de género que distingue este caso de otros que podrían ser similares por referirse a extranjeros con permanencia irregular que llegaron al territorio colombiano en el contexto de una crisis humanitaria derivada de una migración masiva. Tal situación incide, no solamente en la argumentación expuesta, sino que tuvo que ver con las decisiones adoptadas y su insistencia en invisibilizar el género como categoría relevante de análisis. En efecto, la ponencia original presentada por la magistrada Ortiz partía del siguiente problema jurídico: ¿La ESE Hospital del Sarare vulneró los derechos fundamentales a la salud, a la vida digna y a la integridad física de la peticionaria al negarse a realizarle los controles prenatales y asistir el parto de forma gratuita? e incluía una orden del siguiente tenor:

“ORDENAR al Ministerio de Salud y Protección Social que en el desarrollo de sus competencias establecidas en el Decreto 866 de 2017, especialmente las previstas en los artículos 2.9.2.6.1 y 2.9.2.6.4, implemente las medidas correspondientes para que la distribución de los recursos tenga en cuenta, de manera específica, los costos que deben cubrir las entidades territoriales más impactadas por el fenómeno de la inmigración ilegal, por concepto de la prestación del servicio de urgencias. En particular, en lo relacionado con la atención gratuita de mujeres gestantes que no estén afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que requieran de manera expresa los servicios de salud materna, relacionados con el embarazo, el parto y el post parto.”

La fundamentación descartada por la mayoría asumía un enfoque de género que consideraba necesario abordar el debate sobre el derecho a la salud de las mujeres embarazadas, su relación con los derechos reproductivos y el ejercicio de tales derechos en el caso de extranjeras con permanencia irregular en el Estado colombiano. Por eso estableció consideraciones relacionadas con el derecho a la salud de las mujeres embarazadas y sus particularidades en torno a los derechos reproductivos. En particular concluyó lo siguiente:

- (i) El Estado colombiano tiene una obligación de rango constitucional de brindar una protección especial y preferente a las mujeres embarazadas.
- (ii) La protección de la salud de las mujeres embarazadas se encuentra estrechamente relacionada con la protección de sus derechos reproductivos.
- (iii) Los derechos reproductivos son de carácter fundamental y contienen la obligación de implementar 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 violencia.
- (iv) Una de las principales barreras de acceso a la salud materna es el cobro de los servicios de salud, que afecta principalmente a mujeres gestantes de bajos recursos económicos.
- (v) La negativa de prestar los servicios de salud materna de forma gratuita constituye

violencia obstétrica y de género, en la medida en que el hecho de no recibir tales servicios desencadena un tipo de sufrimiento y de daño que sólo padecen las mujeres. Es evidente que se configura un trato injustificado en el que son tratadas como si las especificidades propias del embarazo -posibles sólo en razón de su género- no existieran.

(vi) Los servicios de salud relacionados con el embarazo, el parto y el tiempo de lactancia deben ser catalogados como de atención urgente, con el fin de garantizar la protección de las necesidades más elementales y primarias de las mujeres gestantes, quienes se encuentran en un alto riesgo de salud por el hecho de estar embarazadas.

3. Consideramos que las razones para fundamentar la resolución de este caso no pueden ignorar el enfoque de género sin sacrificar elementos esenciales de nuestra Carta Política. En efecto, Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto a la dignidad humana (art. 1 superior) que reconoce y garantiza la igualdad. En particular el art. 13 de la Carta Política establece que “El Estado proveerá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados” y el artículo 43 consagra la especial protección a la mujer.

4. El desarrollo de estas cláusulas se materializa en el enfoque o perspectiva de género. Este marco permite a los administradores de justicia reconocer y evaluar elementos distintivos en los casos sometidos a su consideración. Su objetivo es identificar y aplicar estándares analíticos que hagan realidad la igualdad material. Para ello es necesario comprender la relevancia de ciertas características de los sujetos y del contexto de cada caso, pues sólo así es posible dar contenido a la dignidad humana. Estas tesis parten de un supuesto teórico que asume que los ordenamientos jurídicos y la misma función judicial se caracterizan por reproducir las ideas dominantes de una sociedad, pero también por dar la oportunidad de reducir y eliminar esos intentos hegemónicos con la finalidad de lograr igualdad y dignidad para los individuos.

De acuerdo con estos presupuestos, la perspectiva de género debe ser aplicada aunque las partes involucradas en el caso no la hayan invocado y no sólo es pertinente en casos relacionados con mujeres. En efecto, ya que este enfoque detecta los impactos normativos diferenciados y busca soluciones a través del Derecho, el elemento determinante para establecer si en un proceso se debe o no aplicar la perspectiva de género es la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género o las preferencias u orientaciones sexuales de las personas. Su aplicación no depende de la materia del asunto o la instancia en la que se resuelve. Si el análisis del caso muestra ese tipo de relaciones y desigualdades, la perspectiva de género ofrece un método adecuado –incluso obligado– de interpretación y argumentación jurídica.

5. El marco teórico general de este enfoque exige asumir tres premisas básicas, todas aceptadas por esta Corte en su copiosa jurisprudencia en diferentes niveles y en materias igualmente diversas: (i) el fin del Derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan negativamente el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas; (ii) la función jurisdiccional puede transformar la desigualdad formal, material y estructural; y (iii) el mandato de igualdad requiere de la verificación de la necesidad de aplicar la perspectiva de género.

Podría argumentarse que el enfoque de género es sólo una tendencia en boga destinada a desaparecer o que los mismos jueces pueden acogerla de manera antojadiza aunque no resulte aplicable. Sin embargo, como método de análisis derivado de una concepción teórica, es posible identificar algunos elementos que indican la necesidad de aplicar del enfoque de género y que, obviamente, pueden transformar el abordaje de los casos: (i) los impactos diferenciados que las normas producen en los individuos; (ii) la interpretación y aplicación del Derecho con base en roles estereotipados sobre el comportamiento de hombres y mujeres; (iii) las exclusiones jurídicas producidas por la construcción binaria de la identidad de sexo y/o género; (iv) la distribución inequitativa de recursos y poder que deriva de estas asignaciones, y (v) la legitimidad del establecimiento de tratos diferenciados entre sujetos en las disposiciones jurídicas.

No obstante, como lo ilustra el desarrollo de este proceso de tutela, la comprensión de la perspectiva de género no es una meta superada entre los administradores de justicia de la región. Por ejemplo, la experiencia mexicana revela que las mayores resistencias y dificultades para entenderlo proviene de causas variadas, algunas de las que al parecer se presentan también en Colombia son: (i) el desconocimiento del Derecho Internacional y del sentido de las normas constitucionales que se refieren a los derechos de las mujeres; (ii) la ignorancia, confusión, superficialidad o ambigüedad respecto a lo que es y lo que implica la perspectiva de género; (iii) la falta de conocimientos y herramientas para aplicar el enfoque de género; (iv) el aparente conflicto en la pretensión de incorporar la perspectiva de género dentro de la función jurisdiccional, pues se tiene la percepción de que resolver de manera diferente a la tradicional lleva a la vulneración del derecho a la igualdad; (v) el apego a la conceptualización de la igualdad formal omitiendo su componente material y estructural; y (vi) la prevalencia de una visión que tiende a minimizar las desigualdades de género - atribuibles a la pobreza y a la marginación-.

6. Desafortunadamente, en Colombia la situación no es muy distinta, a pesar de ser un país de vanguardia en sus desarrollos jurídicos y en particular constitucionales, la inclusión del enfoque de género dista de ser un tema pacífico. De hecho, es sorprendente que este tribunal constitucional, que por primera vez en la historia tiene la presencia de tres mujeres en su Sala Plena, muestre las mismas resistencias que se han descrito en otros ordenamientos. Al parecer, la mayoría de esta Corte no ha asumido que juzgar con perspectiva de género implica materializar el derecho a la igualdad (art. 13 superior), responde a una obligación constitucional de combatir la discriminación y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder para garantizar la dignidad de cada individuo (art. 1 ibídem).

El efecto de esta supuesta neutralidad normativa tiene graves consecuencias, pues cuando un tribunal constitucional se niega a aplicar la perspectiva de género crea precedentes que perjudican el fortalecimiento de un Estado Social de Derecho, tarea permanente que no permite dejar de lado este tipo de reflexiones. Bajo esta concepción, asumir el enfoque de

género no es optativo, y tampoco se trata de un capricho o de una arbitrariedad, el logro efectivo de la igualdad es un mandato constitucional y de derecho internacional. En este sentido, la Convención Belém Do Pará establece lo siguiente:

“Artículo 4

Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros:

(...)

e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia;

f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley;

g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos;

(...)

Artículo 5

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.”

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece el deber de eliminar las diferencias arbitrarias, injustas o desproporcionadas entre mujeres y hombres en razón de su sexo o género, tanto en el acceso a la justicia como en los procesos y las resoluciones judiciales (art. 2). La Convención

Belém Do Pará obliga a las autoridades judiciales a establecer procedimientos legales justos y eficaces en los casos de violencia contra las mujeres, entre los cuales, según su artículo 6, se encuentra la discriminación.

7. En suma, la razón principal para juzgar con perspectiva de género, a pesar de tener sustento en razones de filosofía jurídica, normativas a nivel interno e internacional, se resume en una tesis muy simple, aunque no sea fácil de asumir para muchos sectores: garantizar el acceso a la justicia de quienes, por distintas condiciones (biológicas, físicas, sexuales, de género o de contexto) ven en peligro el reconocimiento de sus derechos, en particular de la igualdad material y la dignidad que les permita llevar a cabo sus planes de vida.

A pesar de la obviedad del mandato constitucional para esta Corte, no es extraño que se impongan las visiones que han imperado durante siglos y que prefieren ignorar la especificidad del género. La búsqueda de la igualdad real no puede olvidar los orígenes de esta lucha de derechos ni los terribles postulados que han permitido la discriminación por la falta de aplicación del enfoque de género. El riesgo de mantener la “ceguera” frente al género es actual y en aumento, es deber de este Tribunal Constitucional impedir la perpetuación o el retorno de esquemas discriminatorios que tanto daño han hecho a la humanidad.

8. A continuación reproducimos literalmente los apartados pertinentes de la argumentación original que la magistrada Ortiz presentó a consideración de la Sala Plena y que evidencia las razones de nuestro desacuerdo con la sentencia aprobada por la mayoría de la Corte. Cabe anotar que los fundamentos de esta posición y de la mayoritaria se originan en las mismas pruebas que obran en el expediente.

9. Una primera gran diferencia fue el enfoque del problema jurídico, centrado en el derecho a

la salud de las mujeres gestantes y en la protección de ese derecho para los niños, niñas y adolescente, pues la hija de la agenciada en este proceso nació en el curso del mismo. Bajo esa consideración la ponencia original reiteraba la línea jurisprudencial sobre la protección del derecho fundamental a la salud a través de la acción de tutela en los siguientes términos:

De conformidad con lo establecido en la sentencia T-599 de 2015, la estructura del derecho a la salud es de carácter complejo, tanto su concepción, como la diversidad de obligaciones que se derivan del mismo, demandan al Estado y a la sociedad, una diversidad de facultades positivas y negativas para su cumplimiento.

La complejidad de éste derecho, no sólo redunda en las acciones y omisiones por parte del Estado y la sociedad, sino también implica que se cuente con suficientes recursos materiales e institucionales que permitan su goce efectivo. En efecto, esta Corporación ha reconocido desde sus inicios, que el Estado o la sociedad pueden vulnerar el derecho a la salud, bien sea por una omisión, al dejar de prestar un servicio de salud, o bien por una acción, cuando realizan una conducta cuyo resultado deteriorara la salud de una persona.

En este sentido, la Corte Constitucional, ha aceptado que el derecho a la salud, puede ser protegido y salvaguardado a través de la acción de tutela. No obstante, esta postura ha sufrido diferentes cambios jurisprudenciales, pues inicialmente la salud no era reconocida como un derecho de carácter fundamental, a menos que estuviera plenamente relacionada con alguno de los derechos fundamentales contemplados en el texto constitucional. Sin embargo, esta Corporación siempre afirmó que el derecho a la salud podía protegerse de manera autónoma, siempre y cuando, el accionante fuera un menor de edad, y en general cuando el titular fuera un sujeto de especial protección constitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, esta postura fue cambiada con la sentencia T-859 de 2003 que afirmó que la naturaleza del derecho a la salud es fundamental de manera autónoma, lo cual implica que

“tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”.

Lo anterior fue reiterado en la sentencia T-760 de 2008, que sostuvo que

“el reconocimiento de la salud como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, coincide con la evolución de su protección en el ámbito internacional. En efecto, la génesis y desenvolvimiento del derecho a la salud, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito regional, evidencia la fundamentalidad de esta garantía”.

11. En esta oportunidad, la Corte reitera su jurisprudencia sobre la posibilidad de hacer uso del mecanismo de amparo para obtener la protección efectiva del derecho fundamental a la salud ante cualquier amenaza o violación, sin necesidad de demostrar una situación de vulnerabilidad manifiesta o el quebrantamiento de cualquier otro derecho constitucional.

12. Ahora bien, la jurisprudencia ha reconocido el especial carácter que tiene el derecho a la salud de sujetos de especial protección, entre ellos, los niños, niñas y adolescentes, en adelante NNA. En efecto, ha precisado que, con base en los mandatos de los artículos 13 y 44 de la Constitución Política, el derecho a la salud de los menores de edad demanda una mayor

actividad de las autoridades en aras de que accedan a todos los servicios requeridos para preservación de su vida en condiciones dignas. En ese sentido ha indicado:

“los derechos allí consagrados son derechos fundamentales, vale decir, verdaderos poderes en cabeza de los menores, que pueden ser gestionados en su defensa por cualquier persona, contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares. Se trata entonces de derechos que tienen un contenido esencial de aplicación inmediata que limita la discrecionalidad de los órganos políticos y que cuenta con un mecanismo judicial reforzado para su protección: la acción de tutela. La razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”.

Asimismo, el carácter de sujetos de especial protección constitucional de los NNA les otorga el derecho a un trato preferente y prevalente en el acceso a las prestaciones del sistema de seguridad social. En consecuencia, las autoridades del Estado en sus actuaciones administrativas y las decisiones de los jueces relacionadas con la prestación de servicios de salud a menores de edad, deberán considerar, de forma principal, los mandatos constitucionales sobre primacía del interés superior de aquellos y la prevalencia de sus derechos fundamentales, en aras de que estos se garanticen de forma eficaz y oportuna.

El derecho a la salud de las mujeres embarazadas y sus particularidades en torno a los derechos reproductivos

13. La estructura del derecho a la salud es de carácter complejo, pues tanto su concepción, como la diversidad de obligaciones que de este se derivan, demandan del Estado y la sociedad diversas actuaciones para su cumplimiento. Ello también implica que la protección efectiva de tal derecho se debe analizar desde diferentes perspectivas entre las que se encuentra el interés superior del menor, la protección constitucional de las personas en

situación de vulnerabilidad y el enfoque de género.

Los diversos matices del derecho a la salud han sido desarrollados en distintos escenarios de derecho internacional. En particular, en la Observación General No. 14, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se pronunció sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Tal documento resaltó la necesidad de tener una perspectiva de género en las políticas y programas de salud, pues de esta forma se reconocen los factores biológicos y socioculturales que diferencian dicha atención respecto de mujeres y hombres, y se logra superar la desigualdad de la prestación de este servicio.

Además, indicó que es necesario implementar estrategias tendientes a prevenir y tratar las enfermedades que afectan a mujeres a lo largo de su vida y promover el acceso a la prestación de los servicios de salud de alta calidad, incluidos los servicios en materia reproductiva. Lo anterior, con el fin de suprimir la discriminación en contra de las mujeres en la atención de salud, particularmente cuando se encuentran en gestación o en el período después del parto.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que una de las especificidades del género femenino es la capacidad reproductiva que les permite ser gestantes, aspecto central para el análisis de este caso, por lo que es necesario abordar el análisis de los derechos reproductivos de las mujeres.

El carácter fundamental y la protección de los derechos reproductivos

14. En diferentes instrumentos de derecho internacional se ha desarrollado la importancia de garantizar el pleno respeto de los derechos reproductivos y la necesidad de implementar los

mecanismos adecuados para garantizar su protección. En efecto, el artículo 16 de la CEDAW establece el derecho de la mujer a decidir libremente sobre el número de sus hijos e hijas y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, a la educación y a los medios que les permitan ejercer tales garantías.

También, se fundamenta en los artículos 10 y 12 de la CEDAW, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1º y 16 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos Degradantes, 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 11 y 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La jurisprudencia interamericana se ha pronunciado en el mismo sentido. En efecto, en el Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que los artículos 11 y 17 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos protegen el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo que también involucra el derecho de acceso a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

La protección de los derechos reproductivos en el escenario internacional, en nuestro ordenamiento interno y en la jurisprudencia constitucional, particularmente desde el año 2000, han llevado a que esta Corte los haya reconocido como fundamentales.

En efecto en la Constitución Política los derechos reproductivos se encuentran contemplados en los artículos 16 y 42 que establecen la garantía del libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los individuos y de las parejas a “decidir libre y responsablemente el número de sus hijos”.

Por su parte, en su jurisprudencia, esta Corporación ha indicado que el ejercicio de los derechos reproductivos se refiere a la garantía que tienen las mujeres para decidir de forma

libre sobre la posibilidad de tener hijos o no, cuantos y con qué frecuencia.

15. Asimismo, la sentencia C-355 de 2006, reiteró que la Constitución de 1991 “dejó expresa su voluntad de reconocer y enaltecer los derechos de las mujeres y de vigorizar en gran medida su salvaguarda protegiéndolos de una manera efectiva y reforzada”. En consecuencia, concluyó que en la actualidad las mujeres y en particular aquellas que se encuentran embarazadas o en el periodo posterior al embarazo son sujetos de especial protección constitucional, lo que significa que sus derechos deben ser atendidos sin excepción alguna por el Estado.

Además, resaltó la protección reforzada de las mujeres gestantes y determinó que el Legislador debe adoptar medidas legislativas con el fin de lograr una igualdad real, de tal forma que se proteja su derecho fundamental a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad de oportunidades y en especial, sus derechos reproductivos. Lo anterior, en consideración a que existen situaciones que afectan a las mujeres embarazadas de manera diferente, particularmente en lo relacionado con los derechos sobre su cuerpo.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia también ha fortalecido la protección de los derechos reproductivos a través de una interpretación sistemática del artículo 13 de la Carta Política, que consagra el derecho a la igualdad y no discriminación como uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho, así como una garantía para la protección de grupos tradicionalmente discriminados y marginados. En desarrollo de lo anterior se ha entendido que las mujeres en gestación hacen parte de uno de estos grupos, por lo que este Tribunal, en numerosas oportunidades ha protegido los derechos reproductivos de las mujeres embarazadas de forma autónoma y como una forma de garantizar el cumplimiento de la cláusula general de igualdad contenida en la referida norma constitucional.

La autodeterminación reproductiva consiste en el reconocimiento, respeto y garantía de la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia y el acceso a los medios y a la información para hacerlo.

Al respecto, la Corte ha reconocido que el contenido de la autodeterminación reproductiva supone que las personas estén libres respecto de cualquier interferencia en la toma de decisiones reproductivas. Por ende, se vulnera este derecho cuando se presentan situaciones de violencia física, coacción o discriminación como, por ejemplo, “embarazos, esterilizaciones, abortos o métodos de anticoncepción forzados”.

Acceso a servicios de salud reproductiva. Protección reforzada de las mujeres embarazadas

17. En relación con el derecho de acceso a los servicios de salud reproductiva, este Tribunal determinó que incluye, entre otras, las siguientes prerrogativas:

(i) Educación e información sobre toda la gama de métodos anticonceptivos, acceso a los mismos y posibilidad de elegir aquel de su preferencia, prestación que también está reconocida en los artículos 10 y 12 de la CEDAW.

(ii) El acceso a los servicios de interrupción voluntaria del embarazo de forma segura, oportuna y con calidad en aquellos casos en que no es punible de conformidad con la sentencia C-355 de 2006.

(iii) La prevención y tratamiento de las enfermedades del aparato reproductor femenino.

(iv) El acceso a la tecnología científica para procrear hijos.

(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 violencia.

En este punto es necesario recordar que el embarazo no puede ser considerado como una patología, pues se trata de un proceso natural que obedece al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. No obstante, esa etapa tiene varias implicaciones físicas y psicológicas, en la medida en que durante ese periodo el cuerpo de las mujeres embarazadas sufre un estrés adicional causado por la gestación que puede derivar en riesgos de salud importantes que requieren una atención urgente y prioritaria por parte de las entidades prestadoras de salud.

En efecto, los estudios médicos indican que existen diferentes complicaciones en la salud física de las mujeres tales y como: la ruptura prematura de membranas, la infección de vías urinarias, las anomalías congénitas incompatibles con la vida, el retraso de crecimiento intrauterino, el embarazo múltiple, sepsis, preclampsia, síndrome de hellp, hemorragia de primer trimestre, diabetes, hipertensión, anemia, alteración en la tiroides, alteraciones del sistema nervioso central, riesgo de contraer VIH o hepatitis B, entre otras.

Adicionalmente existen varios factores internos y externos que pueden afectar la salud psicológica de las mujeres como la depresión endógena, las alteraciones psiquiátricas, el embarazo no deseado, la violencia intrafamiliar, el embarazo adolescente, los bajos ingresos

económicos y el desplazamiento forzado, entre otros.

18. En consideración a lo anterior, en diferentes disposiciones del ordenamiento Colombiano y en instrumentos de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad como la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará), se establece la obligación de brindar una protección especial y preferente a las mujeres embarazadas.

En efecto, el artículo 43 de la Carta Política establece que las mujeres y los hombres tienen los mismos derechos y oportunidades y que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Adicionalmente, dispone que las mujeres gozarán de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y en el periodo posterior al parto.

Asimismo, el artículo 12 de la CEDAW establece que:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”. (Negrilla fuera del texto original).

Igualmente, el artículo 9º de la Convención de Belém Do Pará dispone que:

“Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.” (Negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido, el artículo 6º de la Ley 1751 de 2015 reiteró los principios que rigen el derecho fundamental a la salud incluido el principio de universalidad. Adicionalmente, el párrafo de ese artículo consagra que dichos principios se deben interpretar de forma armónica, lo que no impide que se adopten medidas afirmativas en beneficio de personas de especial protección constitucional como los niños y las niñas, las personas de escasos recursos, los grupos vulnerables y las mujeres embarazadas.

19. En relación con la garantía de una maternidad libre de riesgos y el acceso a cuidados obstétricos oportunos, en la Recomendación General No. 24, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se pronunció de forma particular sobre el derecho a la salud de las mujeres y su relación con los derechos reproductivos. En efecto, determinó que los Estados deben adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en materia de salud, en particular de aquellas que se encuentran en periodo de gestación, de tal forma que preste los servicios suficientes para prevenir, detectar y tratar enfermedades propias de las mujeres. Lo anterior, incluye la obligación de generar mecanismos de carácter legislativo, judicial y administrativo, con el fin de que las mujeres puedan disfrutar plenamente su derecho a la atención médica.

Asimismo, el Comité estableció que la negativa legal de un Estado de prestar algunos servicios relacionados con la salud reproductiva, es un acto discriminatorio. Además, puso de presente las elevadas tasas mundiales de mortalidad y morbilidad derivadas del

incumplimiento de los Estados de garantizar la debida atención médica en temas de maternidad.

Particularmente, el Comité reiteró la obligación internacional de garantizar los servicios necesarios y gratuitos relacionados con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, en la medida en que muchas mujeres corren peligro de muerte o padecen alguna discapacidad, por circunstancias relacionadas con el embarazo cuando carecen de los recursos económicos suficientes para acceder a la prestación de dichos servicios.

Por otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realizó un informe sobre el acceso a los servicios de salud materna, en el que se pronunció sobre la salud de las mujeres y la atención especializada y urgente que requieren cuando se encuentran embarazadas. En particular, la CIDH indicó que cualquier barrera de acceso a los servicios de salud respecto del embarazo, el parto o el periodo después del parto constituye una vulneración de los derechos a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres.

Adicionalmente, determinó que la protección del derecho a la integridad personal de las mujeres implica que los Estados respeten y garanticen los servicios de salud materna en sus disposiciones legislativas, de tal forma que se permita que las mujeres embarazadas disfruten del derecho al más alto nivel posible de salud sin ningún tipo de discriminación.

Además, la CIDH se pronunció sobre los factores estructurales que impiden a las mujeres acceder a los servicios de salud materna y resaltó que una de las barreras principales es el cobro de este tipo de servicios. Por lo anterior, el pago se convierte en un factor determinante para que una mujer decida si acude o no a los servicios de salud cuando se presenta algún síntoma de riesgo durante el embarazo, lo que resulta una afectación desproporcionada a las mujeres con escasos recursos.

Asimismo, estableció que la negativa de atención médica relacionada con el ámbito reproductivo constituye una vulneración a la integridad personal de las mujeres y es un ejemplo de violencia en su contra. Por lo anterior, los Estados deben priorizar los recursos para atender las necesidades relacionadas con el embarazo, el parto, y el periodo posterior al parto.

Finalmente, en las recomendaciones emitidas por la CIDH en su informe, se reiteró la necesidad de eliminar las barreras que limitan el acceso de las mujeres a los servicios de salud materna, dentro de las que se encuentra el cobro de los servicios.

20. Por otra parte, a partir de los conceptos emitidos por diferentes intervinientes en el proceso, se evidencia que los índices de mortalidad materna y fetal se encuentran relacionados con condiciones de desigualdad e inequidad social en temas de salud, pues se registran diferentes casos en los que las mujeres embarazadas han sido discriminadas por el hecho de ser pobres.

21. Uno de los elementos fundamentales que se deriva del derecho a recibir los servicios de salud materna adecuados es la realización de los controles prenatales. En efecto se demostró que éstos constituyen el mecanismo adecuado para prevenir, detectar e intervenir de forma oportuna y apropiada las alteraciones físicas y psicológicas que padecen las mujeres en el periodo gestacional y generar las condiciones adecuadas para el desarrollo de un embarazo seguro.

En el caso colombiano, la guía práctica vigente en el país recomienda la realización de un control cada trimestre en el que se valore la ganancia de peso de la madre y se mida de presión arterial, se evalúe estrés materno crónico, la ansiedad, los trastornos del sueño y se

realice un seguimiento especializado para identificar casos de depresión materna por medio de un tamizaje trimestral durante los controles prenatales.

22. Por otro lado, este Tribunal evidencia que la negativa de prestar los servicios de salud materna constituye violencia obstétrica, pues esta se configura a partir de la omisión del Estado de prestar los servicios que afectan de forma directa el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres. Lo anterior también se deriva en una forma de violencia de género, en la medida en que la negativa de la prestación de los servicios resulta en un daño y sufrimiento sexual, físico y psicológico de las madres gestantes, quienes se encuentran en una situación de alta vulnerabilidad psíquica y biológica y requieren especial protección del Estado. En este sentido, no contar con las medidas positivas necesarias para garantizar el acceso a los servicios de salud materna adecuados de manera urgente, puede constituir una violación a las obligaciones del Estado derivadas del principio de igualdad y no discriminación, las cuales se ven reflejadas en este tipo de violencia.

Esta visión ha sido reiterada por diferentes instancias de derecho internacional.

En particular, en la sentencia I.V. Vs. Bolivia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estudió un caso en el que a una mujer le hicieron el proceso de ligadura de trompas sin su autorización. En esa ocasión la Corte IDH determinó que la salud reproductiva tiene implicaciones particulares para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto, y se relaciona directamente con el derecho a desarrollar su plan de vida, a tomar las decisiones sobre su cuerpo, y estar libre de toda violencia, coacción o discriminación.

Particularmente, indicó que:

“El derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la no discriminación. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado que “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”. Esta “violencia de género [...] va en menoscabo de la aptitud para disfrutar de los derechos económicos, sociales y culturales en pie de igualdad”

Adicionalmente, reiteró la obligación de los Estados de asegurar el derecho de las mujeres a la salud materna y de eliminar la discriminación en contra de las mujeres en la prestación de los servicios de salud.

Asimismo, en la Recomendación emitida el 27 de septiembre de 2011, en el asunto *Alyne da Silva Pimentel Teixeira contra Brasil*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer estudió un caso de una mujer embarazada a quien no se le brindó servicios de atención obstétrica, ni se le practicaron algunos controles prenatales de forma adecuada y urgente, lo que la llevó a la muerte. En efecto, en el citado caso la señora Alyne da Silva Pimentel Teixeira estaba en su sexto mes de gestación y empezó sentir fuertes dolores abdominales y náuseas por lo que acudió a una clínica donde la ginecóloga que la atendió simplemente le prescribió unas pastillas y la citó a una nueva consulta para realizarle unos exámenes de sangre y de orina dos días después.

Su condición de salud de empeoró por lo que volvió a acudir a la misma clínica pero la atendió otro médico quien a través de una ecografía detectó que el feto estaba muerto. Por lo anterior, ella fue sometida a un parto inducido y sólo después de 14 horas de espera le realizaron una cirugía para retirarle los restos de la placenta. A partir de ese momento, su condición de salud empeoró, empezó a tener hemorragias y vomitar sangre, su presión arterial bajó y se le dificultaba comer. Teniendo en cuenta lo anterior, la clínica evidenció la necesidad de trasladarla a un centro de salud especializado, sin embargo no prestó su

ambulancia de forma gratuita por lo que la paciente tuvo que esperar 8 horas para ser trasladada.

Cuando llegó al nuevo hospital su presión arterial estaba en cero y tuvo que ser resucitada. Después de esa intervención la dejaron en un pasillo de la sala de emergencias y no pudo recibir ninguna atención debido a que fue trasladada sin su ficha médica. Por lo todo lo anterior, Alyne falleció por hemorragia digestiva que se dio como consecuencia del parto inducido mal atendido y supeditado a el hecho de que la paciente era una mujer de escasos recursos económicos.

El Comité concluyó que la falta de servicios de salud materna adecuados y urgentes vulnera el parágrafo del artículo 12 de la CEDAW y constituye un acto de discriminación en contra de las mujeres, pues la inadecuada prestación de estos servicios tiene un impacto directo en su derecho a la vida.

23. En efecto, a partir de los riesgos para la vida de las mujeres que conlleva el hecho de estar embarazadas y las consecuencias que se generan de no recibir una atención en el momento adecuado, se evidencia que el concepto de urgencia no es genérico, sino que depende de cada caso particular. Por consiguiente, los servicios de salud relacionados con el embarazo, el parto y el periodo después del parto, se deben catalogar como de atención urgente y prioritario, teniendo en cuenta todos los riesgos de salud que tiene la mujer gestante y las consecuencias que se derivan de no recibir la atención en el momento adecuado, pues en muchos casos la falta de prestación de éstos servicios lleva a la muerte materna y/o neonatal.

En este sentido, a pesar de que el embarazo no es una patología y medicamento no ha sido catalogado como una urgencia, las mujeres embarazadas si requieren una atención urgente por parte de las entidades de salud, con el fin de garantizar la protección de sus necesidades más elementales y primarias en temas de salud materna, relacionados con la gestación, el

parto y el post parto.

La ESE Hospital del Sarare vulneró los derechos a la vida digna, a la salud y los derechos reproductivos de Xiolimar Pirela Hernández

24. De las reglas jurisprudenciales establecidas en esta providencia y de las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que la ESE Hospital del Sarare vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y los derechos reproductivos de la accionante al negarse a realizarle los controles prenatales y a atender el parto de forma gratuita.

25. En efecto, esta Corporación encuentra que el Estado está en la obligación de prestar los servicios de salud materna, relacionados con la gestación, el parto y el post parto a todas las mujeres que los requieran de forma gratuita, independientemente de que sean nacionales colombianas o extranjeras con permanencia regular o irregular. Lo anterior, teniendo en cuenta que, a pesar de que medicamente el embarazo no ha sido catalogado como una urgencia, las mujeres gestantes sí requieren una atención urgente cuando solicitan los servicios relacionados con el embarazo, el parto y el periodo después del parto, pues su salud se encuentra en un alto riesgo por las consecuencias físicas y psicológicas que se derivan del hecho de estar embarazadas.

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

26. Por otra parte, la negativa de la prestación de tales servicios constituye un acto de discriminación que se materializa en violencia de género. En efecto, la falta de prestación de

los servicios de salud durante la gestación deja de lado la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres debido a las implicaciones físicas y psicológicas de esa condición que, por motivos biológicos, sólo puede afectarlas a ellas. Es evidente que se configura un trato injustificado en el que son tratadas como si las especificidades propias del embarazo -posibles sólo en razón de su género- no existieran.

27. Adicionalmente, la negativa de prestar los servicios de salud materna constituye violencia obstétrica, tal y como lo reconoció el Ministerio de Salud y Protección Social en su intervención, pues la falta de prestación de estos servicios tiene como consecuencia el sufrimiento físico y mental de las mujeres gestantes, que a su vez les genera mayores riesgos de salud, lo que fortalece el carácter urgente de dichos servicios.

28. Con fundamento en lo anterior, se demuestra que la ESE Hospital del Sarare vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud y a los derechos reproductivos de Xiolimar Pirela Hernández, al negarle el acceso a los servicios de salud materna, en particular: (i) no realizar los controles prenatales, (ii) no atender el parto de forma gratuita y (iii) no ocuparse del cuidado del post parto. (solución al primer problema jurídico)

29. Finalmente la argumentación originalmente presentada identificó los límites y potencialidades de varias normas para atender adecuadamente a las mujeres gestantes con permanencia irregular en el territorio colombiano, en particular se refirió al Decreto No. 866 del 27 de mayo de 2017. La ponencia presentada consideró que el efecto de esa normativa es aliviar una carga presupuestal adicional que se ha generado en los departamentos fronterizos debido a la situación humanitaria de esas zonas, sin embargo mantiene un esquema carente de enfoque de género, que ignora a las mujeres al no otorgarles un trato específico a pesar de las particularidades propias del embarazo.

30. En este sentido, de conformidad con la norma superior y con los estándares

internacionales de protección en salud a las mujeres embarazadas expuestos en los fundamentos 13 a 23 de este salvamento parcial de voto, teniendo en cuenta el carácter urgente de la prestación de los servicios de salud materna y que una de las mayores barreras que encuentran las madres gestantes para acceder a la atención en el embarazo, en el parto y en el periodo post parto es el cobro de dichos servicios, es necesario que el Estado Colombiano adopte medidas legislativas, administrativas y presupuestales para que proteja permanentemente la salud de las madres gestantes.

Por lo anterior la ponencia inicial que debió ser modificada por la decisión de la mayoría ordenaba

“al Ministerio de Salud y Protección Social que en el desarrollo de sus competencias establecidas en el Decreto 866 de 2017, especialmente las previstas en los artículos 2.9.2.6.1 y 2.9.2.6.4, implemente las medidas correspondientes para que la distribución y uso de los recursos otorgados a los departamentos, tenga en cuenta de manera específica los costos que deben cubrir con la prestación del servicio de urgencias, a cargo de las entidades territoriales más impactadas por el fenómeno de la inmigración ilegal. En particular, lo relacionado con la atención gratuita de mujeres gestantes no afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud y que requieran de manera expresa los servicios de salud relacionados con el embarazo, el parto y el puerperio.”

Por las razones anteriores nos separamos parcialmente de la decisión adoptada por la mayoría.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

