

LA GESTIÓN DE LA MIGRACIÓN EN COLOMBIA HOY:

Propuesta de diálogo para una política pública
con enfoque de derechos en educación y salud



Informe CEM
No. 01-2019

ISSN 2744-9181

Universidad de los Andes Facultad de Derecho

— Centro de Estudios en Migración (CEM) —

Serie: Informes CEM
Informe No. 01-2019

ISSN 2744-9181

La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud

Juan Manuel Amaya Castro, Carolina Moreno Velásquez y Gracy Pelacani

Bogotá, Colombia.

Citar como: Amaya-Castro, Juan Manuel, Moreno, Carolina, Pelacani, Gracy. **“La gestión de la migración en Colombia hoy: Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud”**. Informes CEM. Informe No. 1-2019. Centro de Estudios en Migración (CEM). Julio 2019. Bogotá, Colombia.

Fecha de cierre del documento: 22/07/2019

TABLA DE CONTENIDO

1. Presentación

- 1.1. El Centro de Estudios en Migración (CEM) 11
- 1.2. Los informes periódicos del CEM 12

2. Introducción

- 2.1. Justificación y estructura 14
- 2.2. La dimensión regional 16
- 2.3. El migrante como sujeto en situación de vulnerabilidad 19

3. El derecho a la educación

- 3.1. El marco normativo internacional, regional y nacional 23
- 3.2. El contexto colombiano 25

4. El derecho a la salud

- 4.1. Marco internacional, regional y nacional 30
- 4.2. Contexto del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia 31
- 4.3. El Sistema General de Seguridad Social en Salud y el fenómeno migratorio venezolano 34

- 5. **Concluyendo:** Inclusión de los más vulnerables en el acceso a la educación y a la salud 39

AGRADECIMIENTOS

Este informe se elaboró en el marco del **Semillero de Investigación de Derecho y Migración en Colombia**. En este participan estudiantes de pregrado, maestría y otros colaboradores, quienes con sus intervenciones y contribuciones aportaron de manera significativa a la construcción de este primer informe.

Quienes lideramos la elaboración del presente informe queremos agradecer especialmente a: Carolina Montoya, Daniela Hernández, Valeria Arias, Karolina Baquero, Louis Ambert e Iris Tschank.

LA GESTIÓN DE LA MIGRACIÓN EN COLOMBIA HOY:

Propuesta de diálogo para una política pública con enfoque de derechos en educación y salud

Resumen

Este informe es el primero de una serie de informes publicados por el Centro de Estudios y Migración (CEM), que examina la gestión de la migración en Colombia. En este primer informe, los temas de atención son los derechos a la salud y la educación de los migrantes. El informe desarrolla una metodología multidisciplinaria, pero mantiene su perspectiva en el derecho, las instituciones legales y la organización del estado. En general, propone un diálogo para una política pública con enfoque de derechos. El informe se basa en el supuesto de que siempre hay una interacción dinámica entre la política pública y los derechos fundamentales, cada uno de los cuales opera dentro de su propio contexto institucional.

El informe enfatiza cómo las circunstancias en las que se encuentran los migrantes significan que es una población en situación de vulnerabilidad especial y estructural, a la que se debe prestar un mayor nivel de atención. Esto es especialmente importante en el caso de los migrantes en situación irregular. Esta situación de vulnerabilidad estructural del migrante se ha reconocido y reafirmado en instrumentos y jurisprudencia internacionales, así como por parte de la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, este informe advierte que esta vulnerabilidad no se está siendo suficientemente considerada, tanto en lo

que tiene que ver con el reconocimiento de derechos, en el desarrollo de normas y estándares, como en la política pública. Además, el informe sostiene que, además de las obligaciones legales, a nadie le beneficia que no se ofrezca suficiente protección a una población en situación de vulnerabilidad, especialmente en el acceso a los servicios de salud y educación.

Con respecto al derecho a la educación, el informe identifica el reconocimiento claro de un derecho a la educación, el cual es reconocido a nivel internacional, regional y nacional. Este derecho debe garantizarse a todas las personas y existe un estándar de no discriminación. Esto significa que incluye a todos los migrantes, independientemente de su situación migratoria o la de sus padres. Si bien el gobierno colombiano ha reconocido esta aspecto como una de sus prioridades, este informe concluye que el estado debe intensificar sus esfuerzos e integrar los aspectos relacionados con la migración en el desarrollo de sus políticas de educación. En particular, las autoridades deben ser mucho más consciente de los desafíos que enfrentan los migrantes y de cómo estos constituyen obstáculos para al adecuado acceso a la educación.

Con respecto al derecho a la salud, tanto el derecho internacional como el nacional están alineados en relación con su

reconocimiento. En el contexto colombiano, sin embargo, este derecho está sujeto a la situación migratoria de la persona. En el caso de los migrantes en situación de irregularidad, el derecho se limita a los servicios de urgencia. Este informe encuentra que persiste la ambigüedad en cómo se define y se usa la noción de urgencia en situaciones específicas. Esto se suma a los problemas que presenta el sistema de salud colombiano, que aunque ha mejorado la cobertura, aun enfrenta muchos desafíos. Estos tienen que ver, especialmente, con su capacidad para ofrecer una buena atención médica a los más pobres y a aquellos en lugares remotos, donde el estado tiene una presencia precaria. Esos problemas afectan de manera especial a los más vulnerables,

entre los que se encuentran los migrantes en situación irregular. Este informe insta a las autoridades colombianas a hacer un esfuerzo mucho mayor para garantizar que los más vulnerables reciban atención médica adecuada.

Por todo lo anterior, el presente informe enfatiza especialmente en la necesidad de una política pública migratoria articulada, coherente y de largo plazo que tenga como ejes articuladores los objetivos de la inclusión de la población migrante y la más amplia regularización de los migrantes en situación irregular. Esto bajo el entendimiento de que ambos son objetivos estrechamente conexos y que pasan por el acceso a los derechos de la población migrante.

Summary:

This report is the first in a series of reports published by the Centro de Estudios en Migración, the Center for Migration Studies (CEM) which examines migration management in Colombia. In this first report the topics of attention are the rights to health and education for migrants. The report develops a multidisciplinary methodology but maintains its perspective on law, legal institutions, and the organization of the state. In general, it proposes a dialogue for a public policy with a rights-focus. In other words, it bases itself on the fact that there is always a dynamic interaction between public policy and fundamental rights, each one operating within their own institutional context.

The report emphasizes how the various circumstances in which migrants find themselves mean that they form a population in a condition of special and structural vulnerability to which states owe an enhanced duty of care. This

applies all the more so in the case of undocumented migrants. This condition of structural vulnerability has been reaffirmed repeatedly in international documents and jurisprudence, as well as by the Colombian Constitutional Court. Even so, this report concludes that this vulnerability has not been adequately taken into account, both in the recognition of rights, the development of norms and standards, and in public policy. Moreover, the report argues that, aside from legal obligations, it is not in anybody's interest to offer insufficient protection to a vulnerable population, especially in the area of health care and education.

With regard to the right to education, the report identifies the clear existence of an internationally, regionally, and nationally recognized right to education. This right must be guaranteed to everyone, and there is an unequivocal standard of non-discrimination. This means that it includes migrants, irrespective of their legal status or

regularity, or that of their parents. Though the Colombian government has recognized this area as one of priority, this report concludes that the state needs to step up its efforts, and to integrate the migration-related aspects into the development of its educational policies. In particular, it needs to be much more cognizant of the big and small challenges that migrants face, and how many of these function as obstacles to a proper access to education.

With regard to the right to health care, both international and national law are aligned in that they recognize a right to health care. In the Colombian context this right is however made subject to the migratory status of the person. In the case of irregular migrants, the right is limited to situations of urgent necessity. This report finds that there is still too much ambiguity in how the notion of urgency is defined and deployed in specific situations. This state of affairs comes on top of the many problems faced by the Colombian health care system. Though this

system has greatly expanded its coverage and quality in the recent decades, it still faces many challenges, especially in its capacity to offer good health care to the most poor and those in remote locations, where the state has dismal presence. Many of these problems are systemic, but it is mostly the most vulnerable, many of them irregular migrants, and especially children and other minors, who carry the brunt of these limitations. This report urges the Colombian authorities to do much more effort, to see that the most vulnerable receive adequate health care.

For all these reasons, this report emphasizes the need for a proper migration management policy, one that is coherent, long term, and adequately articulated with other policies, and to aim for the inclusion and the widest possible regularization of those without regular status. This under the understanding that both are closely related objectives that are based on the access to rights of the migrant population.

Sumário

Este relatório é o primeiro de uma série de relatórios publicados pelo Centro de Estudios en Migración, Centro de Estudos em Migração (CEM), que examina a gestão da migração na Colômbia. Neste primeiro relatório, os temas de atenção são os direitos à saúde e educação dos migrantes. O relatório desenvolve uma metodologia multidisciplinar, mas mantém sua perspectiva sobre o direito, as instituições legais e a organização do estado. Em geral, propõe um diálogo para uma política pública com foco nos direitos. Em outras palavras, baseia-se no fato de que há sempre uma interação dinâmica entre política pública e direitos fundamentais, cada qual operando dentro de seu próprio contexto institucional.

O relatório enfatiza como as diversas circunstâncias em que os migrantes se encontram significam que eles formam uma população em uma condição de vulnerabilidade especial e estrutural à qual os Estados devem um dever maior de cuidado. Isso se aplica ainda mais no caso de migrantes indocumentados. Essa condição de vulnerabilidade estrutural tem sido reafirmada repetidamente em documentos e jurisprudência internacionais, bem como pelo Tribunal Constitucional colombiano. Mesmo assim, este relatório conclui que essa vulnerabilidade não foi adequadamente levada em consideração, tanto no reconhecimento de direitos, no desenvolvimento de normas e padrões,

quanto na política pública. Além disso, o relatório argumenta que, além das obrigações legais, não é do interesse de ninguém oferecer proteção insuficiente a uma população vulnerável, especialmente na área de saúde e educação.

No que diz respeito ao direito à educação, o relatório identifica a clara existência de um direito internacional, regional e nacionalmente que reconhece o direito à educação. Este direito deve ser garantido a todos e existe um padrão inequívoco de não discriminação. Isto significa que inclui os migrantes, independentemente do seu status legal ou regularidade, ou dos seus pais se for menor de idade. Embora o governo colombiano tenha reconhecido essa área como prioritária, este relatório conclui que o estado precisa intensificar seus esforços e integrar os aspectos relacionados à migração no desenvolvimento das políticas educacionais. Em particular, esta precisa ser muito mais consciente dos grandes e pequenos desafios que os migrantes enfrentam e quantos deles se tornam obstáculos a um acesso adequado à educação.

No que diz respeito ao direito a saúde, tanto o direito internacional como o direito nacional estão alinhados no sentido de que reconhecem este direito. No contexto colombiano, o acesso ao direito está sujeito ao status migratório da pessoa. No caso dos migrantes irregulares, o direito é limitado

a situações de urgência. Este relatório conclui que ainda há muita ambiguidade em como a noção de urgência é definida e implantada em situações específicas. Esse estado de coisas é somente um entre os muitos problemas enfrentados pelo sistema de saúde colombiano. Embora este sistema tenha expandido enormemente sua cobertura e qualidade nas últimas décadas, ainda enfrenta muitos desafios, especialmente em sua capacidade de oferecer bons cuidados de saúde aos mais pobres e àqueles em lugares remotos, onde o estado tem uma presença precária. Muitos desses problemas são sistêmicos, mas são principalmente os mais vulneráveis, muitos deles migrantes irregulares, especialmente crianças e outros menores, que sofrem as consequências dessas limitações. Este relatório insta as autoridades colombianas a fazerem um esforço maior para que os mais vulneráveis recebam cuidados de saúde adequados.

Por todas essas razões, este relatório enfatiza a necessidade de uma política de gestão da migração adequada, coerente, de longo prazo e adequadamente articulada com outras políticas, visando a inclusão e a regularização mais ampla possível daqueles sem status regular. Isso conforme o entendimento de que ambos são objetivos intimamente relacionados e que passam pelo acesso aos direitos da população migrante.

1.

Presentación

1.1.

El Centro de Estudios en Migración (CEM)

El Centro de Estudios en Migración (CEM) nace para responder a los desafíos que plantea la gobernanza del fenómeno migratorio que está ocurriendo hoy en Colombia y en la región latinoamericana. Debido a su complejidad, volatilidad y crecimiento sostenido, tanto las autoridades como los actores relevantes requieren de insumos que les permitan tomar decisiones de cara a la gestión migratoria y al diseño e implementación de una política pública sostenible a mediano y largo plazo. En este contexto, la Universidad de los Andes necesita estar presente en el debate y en la toma de decisiones en la cuestión migratoria. El CEM hace posible esa intervención, a través de sus actividades de investigación, educación y estrategias de incidencia.

El Centro da continuidad a iniciativas estudiantiles y profesoriales desarrolladas en la Facultad de Derecho, relacionadas con el fenómeno migratorio. En particular, el CEM construye sobre los esfuerzos del Consultorio Jurídico en dar atención legal efectiva a migrantes venezolanos en Colombia y en el trabajo del Semillero de Investigación en Derecho y Migración en Colombia, conformado en 2017 al interior de la Facultad, por iniciativa profesoral y estudiantil. Con base en este aprendizaje, el CEM busca consolidar una iniciativa que, desde una perspectiva interdisciplinar, pueda responder a los diferentes retos que plantea la migración en Colombia. Para hacerlo, el CEM satisface una importante demanda de actividad académica y de incidencia especializada en migraciones en Colombia. Se trata, como es obvio, de un tema dinámico y de extrema actualidad, con una alta posibilidad de incidencia.

Dada la grave ausencia de literatura especializada en materia migratoria, en especial a nivel nacional, el CEM producirá el conocimiento orientado a responder a las necesidades de los distintos actores involucrados (instituciones, ONG's, migrantes, entre otros) en la gobernanza de la migración. Además, el CEM busca consolidar una red académica que reúna las diferentes iniciativas alrededor del fenómeno migratorio. Ahora bien, el Centro busca no solo hacer frente a este asunto a nivel nacional, sino también alcanzar un impacto a nivel regional e internacional, brindando a la comunidad académica un espacio centralizado, desde donde se lidere un tema prioritario para el país, como lo es la gestión migratoria.

Desde el eje de incidencia del CEM nació la Clínica Jurídica para Migrantes. La Clínica es un elemento fundamental del Centro de Estudios en Migración, siendo un aspecto estructural de sus actividades de incidencia. En particular, frente a la actividad de investigación, la Clínica se articula con el Semillero de Investigación en Derecho y Migración en Colombia. La Clínica está orientada a la atención de la población migrante, especialmente en situación de

vulnerabilidad. La necesidad de crear esta clínica nace a partir de la observación del contexto actual, caracterizado por una masiva migración. Este fenómeno ha venido evidenciando una ausencia de servicios legales dedicados a los migrantes, sobre todo los provenientes de Venezuela, que, por sus características, requieren una atención experta y específica. La Clínica da continuidad a la oferta de servicios legales gratuitos de asesoría y representación prestados por el Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes. En particular, la Clínica está enfocada en el diseño e implementación de distintas estrategias legales para responder a este fenómeno social complejo.

1.2. Los informes periódicos del CEM

El presente informe es el primero de lo que se proyecta será una serie de informes periódicos mediante los cuales se busca darle un tratamiento, puntual pero riguroso, a las diferentes problemáticas relacionadas con la migración. Cada informe ofrecerá una introducción, contextualización y análisis crítico de la temática que trata. Los informes están dirigidos a un público amplio, tanto de quienes buscan una introducción a la temática, así como de quienes están interesados en un conocimiento avanzado. Los informes tienen como propósito identificar las problemáticas más importantes del momento, con el fin de darle la atención y el análisis correspondientes. Así mismo, pretenden intervenir en el proceso dinámico de deliberación pública y democrática, el diseño e implementación de políticas públicas y el desarrollo de doctrinas jurídicas y judiciales.

Los informes pretenden poner de relieve la constante tensión que se observa entre la elaboración de una política pública migratoria y el enfoque de derechos, una tensión que se observa en particular en el contexto colombiano actual. Se entiende que ambos son parte de un mismo engranaje y que deben trabajar de la mano. Es decir, lo ideal sería elaborar una política pública migratoria con enfoque de derechos, capaz de satisfacer los fines esenciales del estado. Los informes, por lo tanto, ofrecen una fotografía de la situación actual; ponen de relieve esta tensión y las problemáticas asociadas; elaboran un diagnóstico y eventualmente indicarían también cuál sería un curso de acción a seguir. Finalmente, identifican pautas para que se pueda llegar a enfrentar la tensión observada y elaborar una política pública migratoria con enfoque en derechos.

Los informes parten del presupuesto de que el Estado colombiano cuenta con una política pública migratoria. Esta se compone de las múltiples decisiones administrativas adoptadas por las autoridades colombianas en sus distintos niveles. Sin embargo, se echa de menos un marco normativo de mayor entidad y jerarquía, como sería una ley migratoria¹ que enmarcara la expedición de estas distintas decisiones y que fijara unas directrices claras que orienten y delimiten el actuar de las autoridades. En todo caso, es importante poner de presente que la expedición de la ley no resuelve definitivamente la cuestión ni es, per sé, la política pública migratoria. Aun así, sí es un paso necesario para resolver la tensión entre la fragmentación y desarticulación de la actual política pública y la falta de un enfoque de derechos. Mediante los

¹ El presente informe se entregó para diagramación el día 22 de julio de 2019. Hasta esta fecha no se tenía conocimiento del trámite de un nuevo proyecto de ley migratoria en la legislatura que inicia el 20 de julio.

informes se busca aportar estructura y rigor para enriquecer y fortalecer la continuidad adaptiva del Estado colombiano y para ofrecer insumos de utilidad para que todos los actores aporten, de forma que se pueda desarrollar una política pública menos reactiva e improvisada; más comprensiva, planeada, estructurada y con más visión de mediano y largo plazo.

En términos metodológicos los informes tienen un foco analítico muy concentrado en cada temática, combinando con ello una perspectiva multidisciplinaria y una atención al contexto general de cada área, como por ejemplo salud y educación, y a los contextos normativos internacionales y regionales. Sin embargo, como el objetivo es tener incidencia en el ejercicio de las funciones del estado, hay un fuerte énfasis en el derecho; en la organización del estado; en el papel de las diferentes instituciones y otros actores de la sociedad civil y en la interacción y potenciales sinergias entre la política pública y los derechos.

Igualmente, se resaltarán la condición particular de los grupos más vulnerables y de su reconocimiento como tales en el ámbito normativo internacional, regional y nacional. De la misma manera, se analizará la organización del estado, desde la perspectiva histórica y comparada, con una consciencia de cómo dicha organización está incrustada en las corrientes ideológicas de nuestra era. Esta dimensión ideológica servirá también para situar la experiencia colombiana en un contexto geográfico más amplio, global y comparado, ya que es en ese contexto que se enmarca el fenómeno migratorio. Allí es que se determina qué es difícil y qué necesario; qué es adecuado y qué inaceptable; qué prácticas seguir y cuáles evitar.

En breve, la metodología de los informes es multidisciplinaria; enfocada desde el derecho; en el papel y las funciones del estado y situada en un contexto global. Como tal, es versátil y adaptable a las exigencias de cada temática. A continuación, se presentará la justificación y la estructura del presente informe.

2.

Introducción

2.1. Justificación y estructura

Este primer informe se concentra en el acceso a los derechos fundamentales a la educación y salud por parte de la población migrante. Lo anterior, teniendo en consideración la amplitud de los aspectos relevantes en el análisis de la tensión entre derechos y política pública y la necesidad de seleccionar entre los elementos que se consideran problemáticos de la actual política migratoria del Estado de Colombia. En primer lugar, la elección se justifica bajo el entendido de que el acceso a estos dos derechos fundamentales es uno de los aspectos más urgentes para los migrantes presentes en el territorio. Esto requiere que el estado aborde estos dos derechos de manera prioritaria en la elaboración de la política pública migratoria. En muchos casos, además, las barreras de acceso a estos derechos y servicios representan una, entre las razones principales de la emigración desde Venezuela².

Una segunda razón que explica la elección de enfocar este primer informe en el análisis de estos derechos se fundamenta en la voluntad de poner de relieve la preeminencia que tienen dos aspectos intrínsecamente relacionados. Estos se consideran esenciales para el desarrollo de una política pública migratoria con enfoque de derechos. El primero es el objetivo de la regularización del más alto número de migrantes. El segundo, la necesidad de enfocar la política pública migratoria hacia la inclusión de la población migrante.

Respecto al primero, se trata de un factor esencial para que el acceso y goce de los derechos sea real y efectivo. Esto, a pesar de que, respecto al derecho a la salud se garantice la atención en urgencias a quienes no cuentan con un estatus migratorio regular y que se permita acceder al sistema escolar a los menores irregularmente presentes en el territorio. Aun así, la condición de irregularidad, como se pondrá de relieve a lo largo del informe, sigue siendo uno de los obstáculos más importantes para que el goce del derecho sea pleno. Asimismo, la más amplia regularización permite a las autoridades conocer y caracterizar de la manera más amplia posible la población extranjera presente en el territorio. Esto, en el entendimiento de que se trata de un insumo imprescindible y fundamental para que la política migratoria que se implemente responda a las características del fenómeno y a las necesidades de sus destinatarios.

² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela, 4 de julio de 2019, pp. 4-6. Disponible en : https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session41/Documents/A_HRC_41_18_SP.docx

El Estado colombiano ha implementado diferentes herramientas jurídicas ad hoc de “facilitación migratoria”, como el Permiso Especial de Permanencia (en adelante PEP), el cual autoriza la permanencia de los nacionales venezolanos que no tienen intención de establecerse en Colombia³; o como el Permiso Especial Complementario de Permanencia (PECP)⁴, el cual puede ser solicitado por los nacionales venezolanos a quienes les ha sido rechazada la solicitud de reconocimiento del estatus de refugiado o a los cuales no se le ha reconocido el mismo, entre otros criterios. Se reconoce, en estas herramientas, la “creatividad”⁵ con la que el gobierno de Colombia y demás países de la región han enfrentado la llegada de migrantes de nacionalidad venezolana a sus territorios, los cuales difícilmente cumplían con los requisitos migratorios vigentes en su momento. Sin embargo, la falta de certeza frente a lo que ocurrirá en el mediano y largo plazo respecto a las mismas pone de manifiesto, no solo su precariedad, sino que demuestra la ausencia de mecanismos reales de regularización. Asimismo, las limitaciones de ambos permisos, tanto temporales como respecto a su ámbito de aplicación personal, evidencia su alcance limitado y la insistencia en rehusarse de reconocer la vocación de permanencia de este fenómeno⁶.

Sobre el segundo aspecto mencionado, la necesidad de enfocar la política migratoria hacia la inclusión de la población migrante, se pretende poner de presente el rol instrumental que, en este sentido, cumple la regularización del más amplio número de migrantes y de su acceso a los servicios públicos. Como se ha reconocido por parte de los países de la región⁷ y por los demás estados que han adoptado, a finales de 2018, el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular⁸, la inclusión de los migrantes pasa obligatoriamente por su acceso a los derechos. Además, la inclusión es, al tiempo que una herramienta de empoderamiento para los migrantes, un instrumento para la construcción de la cohesión social en la sociedad y en el estado de acogida. Finalmente, a lo largo del presente informe, se pretende aportar los elementos de análisis necesarios para argumentar que una política pública migratoria articulada, coherente y de largo plazo se enmarca y fundamenta sobre la consecución del objetivo de la inclusión.

³ Res. 10677/2018, MRE-Cancillería, “Por el cual se establece un nuevo término para acceder al Permiso Especial de Permanencia -PEP-, creado mediante Resolución 5797 del 25 de julio de 2017 del Ministerio de Relaciones Exteriores, y se dictan otras disposiciones sobre la materia”.

⁴ Res. 3548/2019, MRE-Cancillería, “Por medio del cual se crea un Permiso Especial Complementario de Permanencia (PECP)”.

⁵ Selee, Andrew, Bolter, Jessica, Muñoz-Pogossian, Betilde, Hazán, Miryam. “Creatividad dentro de la crisis: opciones legales para migrantes venezolanos en América Latina”. Migration Policy Institute, enero de 2019, p. 14. Disponible en: <https://www.migrationpolicy.org/research/opciones-legales-migrantes-venezolanos-america-latina>

⁶ Con esto se entiende hacer referencia, por ejemplo, a la imposibilidad de acumular tiempo de residencia en el país para quienes tengan un PEP, lo cual les impide acceder a una residencia permanente a través de este permiso.

⁷ Véase, en particular, el punto 1.1.1, d) del Plan de Acción del Proceso de Quito sobre la Movilidad Humana de Nacionales Venezolanos en la Región, 23-24 Noviembre 2018. Disponible en https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2018/11/plan_de_accion_de_quito.pdf; Véase también, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). “Venezuela: Nota de orientación sobre consideraciones de protección internacional para los venezolanos. Actualización I”, 21 mayo 2019, párr. 7. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/5ce2d44c4.html>

⁸ Véase el objetivo 16 del Pacto. Naciones Unidas, Asamblea General, Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular Marrakech (Marruecos), 10 y 11 de diciembre de 2018, A/CONF.231/3, p. 27.

El informe se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, propone una panorámica sobre la forma en que en diferentes estados de la región se ha dado reconocimiento a los derechos a la educación y salud en beneficio de la población migrante. Asimismo, cumple con el objetivo de situar el análisis de la política migratoria colombiana en el contexto regional. Enseguida, entiende y presenta el migrante como una persona en situación de vulnerabilidad y explora la manera en que esta noción se ha desarrollado a nivel internacional, regional y nacional. Luego, estudia el desarrollo de la política migratoria del Estado colombiano, respecto del acceso de las personas migrantes al derecho a la educación y a los servicios de salud, con el objetivo de poner de manifiesto las vías a través de las cuales la población migrante puede gozar de estos derechos fundamentales, así como las dificultades que persisten a este respecto. Finalmente, cierra con algunas conclusiones que tienen como propósito orientar la gestión de las autoridades en el breve y mediano plazo.

2.2. La dimensión **regional**

El fenómeno del éxodo venezolano se ha ido extendiendo por toda la región latinoamericana, lo cual ha generado un discurso de que aquí se trata no de un fenómeno colombiano, sino de uno regional. Sin embargo, cada país ha percibido la problemática desde su propia perspectiva y ha reaccionado desde su propio ordenamiento jurídico. En este sentido, las respuestas al fenómeno han sido variadas⁹. Como lo señalan Acosta, Blouin y Freier, ha predominado la tendencia a adoptar medidas ad hoc, improvisadas y reactivas y muchos países han buscado crear categorías migratorias especiales y, por lo general temporales, para las personas de nacionalidad venezolana. Con algunas excepciones, ha habido una voluntad de acoger a los migrantes venezolanos, basada en una mezcla de pragmatismo y consideraciones humanitarias, pero sin reconocerlos como personas con necesidad de protección internacional¹⁰.

Esta situación ha dejado sobre la mesa la cuestión del acceso a los servicios públicos, y en particular, a la salud y la educación. En algunos casos, la normatividad migratoria ya contempla esta temática; incluso, en algunos casos como los de Ecuador y Argentina, dándoles reconocimiento constitucional, con énfasis en su carácter universal y no discriminatorio. Igual que en el caso de Colombia, la temporalidad de la acogida de estas personas en situación de vulnerabilidad impone desafíos al estado que, bien sea por razones de legalidad, por razones humanitarias o de salud pública, provee estos servicios o por lo menos procura garantizar un mínimo de acceso a estos. Además, una cosa es reconocer los derechos a la salud y a la educación; otra cosa es realmente hacer que estos dos derechos sean garantizados a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y que enfrentan barreras que dificultan su acceso.

⁹ Acosta, Diego, Blouin, Cécile, Freier, Luisa Feline, "La emigración venezolana: respuestas latinoamericanas". Documento de Trabajo no. 3. Fundación Carolina, Disponible en: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/04/DT_FC_03.pdf

¹⁰ Brumat, Leiza, "Venezuelans are the first nationality of asylum seekers worldwide, but South American countries do not recognise them as refugees. Why?". MPC Blog, 1 Julio 2019. Disponible en: <https://blogs.eui.eu/migrationpolicycentre/venezuelans-first-nationality-asylum-seekers-worldwide-south-american-countries-not-recognise-refugees/>.

El caso de Argentina es llamativo porque ya en el 2003 se adoptó la Ley de Migraciones¹¹. A partir de 2004, más allá de un “derecho a la migración” y de una serie de derechos sociales y económicos, se consagran de manera amplia los derechos de los extranjeros a la educación y a la salud en Argentina. El artículo 8 dispone que “no podrá negársele o restringírsele en ningún caso, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, cualquiera sea su situación migratoria”. Se prevé, además, que las autoridades de los establecimientos educativos y sanitarios “deberán brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria”.

A pesar de un acceso irrestricto a la salud y a la educación establecido por la Ley de Migraciones en Argentina, se han observado normas infra legislativas restrictivas, así como problemas de cumplimiento vinculados al desconocimiento de la normativa, a prácticas discriminatorias y a la insuficiencia de abordaje intercultural. En materia de salud, por un lado, los problemas de acceso de los migrantes se relacionan con las dificultades más generales del sistema público de salud argentino, donde se orientan la mayoría de los migrantes. Por otro lado, varias ONG’s han denunciado recientemente posibles retrocesos relacionados con propuestas de reforma legislativa regresivas¹².

En Ecuador, el derecho a la salud se encuentra en la Constitución Política del 2008. En su artículo 32 se reconoce este derecho que, además, se regirá “bajo los principios de ... [entre otras] universalidad (...)” y en el artículo 11(2) se establece que “[t]odas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de [entre otras] (...) condición migratoria”. Además, “[l]a ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. En general, la Constitución en Ecuador rechaza la condición de irregularidad. En este sentido, su artículo 40 establece que: “[s]e reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria”.

En Chile, en materia de salud, después de la Ley de Extranjería de 1975¹³, la atención se ha centrado en la protección de los derechos de las mujeres embarazadas y de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) en condición migratoria irregular. Recientemente, la autoridad separó la atención de salud de la tramitación de permisos de residencia, para evitar barreras de acceso y brindar atención y prestación necesaria a las personas extranjeras que estén en el país como inmigrantes y que carezcan de documentos o permisos de permanencia.

¹¹ Nación Argentina. Ley 25.871 del 20 de enero de 2004. Véase también el Decreto 616 de 2010. Disponibles en: http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/campana_grafica/pdf/Libro_Ley_25.871.pdf

¹² Centro de Estudios Legales y Sociales. “Alerta ante el retroceso de las políticas migratorias”, 9 febrero 2019. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2019/02/alerta-ante-el-retroceso-de-las-politicas-migratorias/>; Caggiano, Sergio. “La nueva política migratoria argentina: control y exclusión”. El País, 24 de julio 2017, Disponible en: https://elpais.com/elpais/2017/07/24/contrapuntos/1500861895_103072.html. Centro de Estudios Legales y Sociales. “El DNU contra las personas migrantes: una política selectiva y diferenciada”. 30 de enero 2018, Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/2018/01/dnu-migrantes-una-politica-selectiva-y-diferenciada/>

¹³ Publicada el 17 de julio 1975, el Decreto Ley 1094 se encuentra en <http://bcn.cl/1uvty>

En este momento, Chile está en proceso de adoptar una nueva Ley de Migraciones. Recogiendo algunos elementos del proyecto de 2017 del Gobierno anterior, se reforzará el proyecto de ley presentado por el actual Presidente en su primer periodo presidencial en 2013. En relación con el acceso a la salud, se busca ampliar este derecho, "(...) ya que los migrantes tendrán acceso garantizado por ley a la salud en las mismas condiciones que cualquier chileno, sin importar su condición migratoria"¹⁴.

Es importante resaltar que, aunque el derecho a la salud está definido en el marco jurídico chileno, se han presentado varias alertas respecto a la vulneración de este derecho de la población migrante en Chile. Como país de destino para las migraciones sudamericanas durante muchos años, el impacto en los servicios públicos, en particular en salud, a nivel económico, social y cultural ha sido significativo y demuestra la desigualdad existente, en cuanto a provisión, entre la población nacional y extranjera.

En Perú, la Constitución Política de 1993 contempla el derecho a la salud y a la seguridad social. En particular, el artículo 10 resalta que el "Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida". Sin embargo, no existe un sistema de salud pública integral, sino varios tipos de servicios de salud públicos. En el 2017, el Perú implementó una nueva ley de migraciones.¹⁵ En su artículo 9, se reconoce que el estado garantiza al extranjero el "ejercicio de los derechos fundamentales, tales como el derecho de acceso a la salud, la educación y el trabajo, en igualdad de condiciones que al nacional, observando las condiciones para su ejercicio, (...), salvo las prohibiciones y limitaciones establecidas por la Constitución Política del Perú y las leyes especiales".

Como en otros países, la migración de personas provenientes de Venezuela representa nuevos desafíos para Perú y puede causar dificultades en la atención de servicios, sobre todo en materia de salud. Por ejemplo, anteriormente el Permiso Temporal de Permanencia (PTP), permitía trabajar, estudiar y acceder a servicios públicos de salud. Sin embargo, este permiso temporal no se está expidiendo más, lo cual, por ende, restringirá al acceso a este servicio a quienes no cuenten con este permiso. De hecho, el PTP vence el 31 de octubre del presente año. A partir del pasado 15 de junio, Perú "sólo admite el ingreso de titulares de pasaporte venezolanos que cuenten con una visa válida"¹⁶ (anunciada como visa humanitaria).

¹⁴ Gobierno de Chile. Ministerio del Interior y de Seguridad Pública. Minuta: Reforma Migratoria y Política Nacional de Migraciones y Extranjería, julio 2019. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/5b770a5e4.pdf>

¹⁵ Decreto Legislativo 1350. Nueva Ley de Migraciones y Reglamento de Migraciones. Decreto Supremo 007-2017-IN, 27 de marzo 2017. Disponible en: https://www.migraciones.gob.pe/wp-content/uploads/2018/03/ley1350_migraciones_reglamento.pdf

¹⁶ Gobierno de Perú. Ministerio de Relaciones Exteriores. "Aplicación de visa a nacionales Venezolanos". Comunicado de Prensa 005-19, 06 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/rree/noticias/29204-aplicacion-de-visa-a-nacionales-venezolanos>

2.3. El migrante como sujeto en situación de vulnerabilidad

La noción de vulnerabilidad pretende dar cuenta del riesgo y de la desprotección que caracterizan la vida de algunos individuos y grupos poblacionales. Sin embargo, es un concepto ambiguo, al tiempo que relativo y dinámico, al que se asocian múltiples definiciones. Su complejidad y multidimensionalidad llevó a afirmar que, a lo largo del tiempo, este perdió su fuerza y que sufre de un “exceso semántico”¹⁷.

En general, se definen como vulnerables aquellos individuos que se encuentran expuestos a la posibilidad de sufrir un daño y de encontrarse en un estado de debilidad, sin defensas o ayudas. Algunos grupos poblacionales, en particular, son susceptibles de experimentar varias condiciones de vulnerabilidad al tiempo, encontrándose, por ello, en una condición de múltiple vulnerabilidad. Así mismo, los individuos son vulnerables en grados diferentes, dependiendo de sus características personales (e.g. identidad de género, edad, discapacidad), por su pertenencia a ciertos grupos (sociales, étnicos) o por el contexto en que se encuentran (como el de la migración).

En este contexto, adquieren relevancia aquellas políticas públicas que proponen eliminar o reducir las causas de la vulnerabilidad, toda vez que, la identificación de los colectivos como vulnerables lleva al otorgamiento de un trato preferente, condiciones especiales en el acceso a determinados derechos y políticas públicas con enfoque diferencial. Entre los colectivos que se encuentran en situación de vulnerabilidad encontramos a las personas migrantes. El grupo de expertos sobre los derechos humanos de los migrantes de Naciones Unidas¹⁸ ha considerado que la vulnerabilidad de los migrantes, en tanto sujetos de derechos humanos, es una condición de falta de poder¹⁹.

El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) distingue la vulnerabilidad situacional de la individual. La primera es aquella que deriva de las circunstancias a las que se enfrenta el individuo a lo largo de su recorrido migratorio, así como en el país de destino. La segunda es aquella que deriva de las circunstancias personales de la persona migrante²⁰. Asimismo, el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de diciembre 2018 tiene entre sus objetivos el de “[a]bordar y reducir las vulnerabilidades en la migración”, identificando tanto los colectivos particularmente vulnerables – como son los NNA

¹⁷ Levine, Caroline. “The concept of vulnerability in disaster research”. *Journal of Traumatic Stress*, vol. 15, 2004, p. 397.

¹⁸ United Nations. Commission on Human Rights. Res. 1997/15: Migrants and Human Rights. U.N. Doc. E/CN.4/1997/15 (1997).

¹⁹ Bustamante, Jorge Agustín. “Immigrants Vulnerability as Subjects of Human Rights”. *International Migration Review*, vol. 36, 2002, pp. 339-341.

²⁰ ACNUR. “Migrantes en situación de vulnerabilidad”. Junio de 2017. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=5979dcfa4>

y las mujeres – como aquellos ámbitos en los que el migrante puede encontrarse en situación de vulnerabilidad²¹. Los migrantes en situación de vulnerabilidad, por lo tanto, requieren especial atención y que se adopte un enfoque diferencial a la hora de atender sus necesidades específicas²².

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha desarrollado jurisprudencia extensa en la que ha entendido al migrante como sujeto en situación de vulnerabilidad. Este desarrollo se ha dado a partir de la identificación de las diferencias que generan las leyes de los estados que ponen a las personas migrantes en una situación de menor poder frente a los nacionales y residentes²³. La Corte IDH se ha basado en conceptos de Naciones Unidas para apoyar su tesis sobre la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas migrantes, con el fin de garantizar su protección y el acceso a los derechos constantemente violados.

Al ser esta una categoría tan amplia, la Corte IDH ha identificado grupos que se encuentran en una situación de vulnerabilidad aun mayor en contextos migratorios, entre ellos las personas indocumentadas o en situación migratoria irregular²⁴, las mujeres y los NNA. Así mismo, la Corte ha señalado la necesidad de generar un tratamiento diferenciado para estos grupos, que incluya un enfoque de género y la protección integral de sus derechos, teniendo en cuenta sus necesidades especiales²⁵.

En primer lugar, los migrantes indocumentados o irregulares se encuentran en situación de vulnerabilidad en razón de su estatus migratorio, lo que conlleva una falta de protección de estas personas frente a las autoridades cuando, por ejemplo, son sujetos de un trámite judicial o administrativo. Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sostiene que los migrantes indocumentados se encuentran en una situación de vulnerabilidad

²¹ Naciones Unidas. Asamblea General. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, 11 enero 2019, A/RES/73/195, p. 13.

²² “f) La protección efectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, independientemente de su situación migratoria, y las necesidades específicas de los migrantes en situaciones de vulnerabilidad”. Naciones Unidas. Asamblea General. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Resolución de la Asamblea General del 19 de septiembre de 2016, A/RES/71/1, 3 de octubre de 2016, p. 25.

²³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Resolución de 17 de septiembre de 2003, párr. 112.

²⁴ Entre ellos se destacan: las personas indocumentadas, las mujeres y los menores de edad. CIDH, Audiencia sobre la situación de derechos humanos de las mujeres migrantes en la región Andina. 141° período ordinario de sesiones de la CIDH, 25 de marzo de 2011; véase también ACNUR. “ACNUR Tendencias Globales 2014: Mundo en Guerra”, 18 de junio de 2015. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072.pdf>

²⁵ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251. En este caso la Corte IDH advirtió la necesidad de una protección especial a un menor de edad y a una mujer por encontrarse en estado de embarazo. En cuanto al acceso a educación, la misma Corte advierte sobre la necesidad de una protección integral y diferenciada para los menores, especialmente para aquellos que podrían llegar a ser víctimas de trata, y entre los derechos que se deben asegurar se incluye el derecho al acceso a la educación. Véase Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Resolución de 19 de agosto de 2014.

estructural, que los expone a abusos aun mayores que el resto de la población migrante²⁶. Por último, los NNA son otra sub-categoría especialmente vulnerable en el contexto de la migración. La Corte IDH ha señalado que los NNA migrantes deben ser sujetos de protección integral por los estados. Sobre este sub-grupo rige el principio del interés superior del menor y de no separación de sus familias²⁷.

En varias sentencias, la Corte IDH ha resaltado la importancia de proteger a los migrantes frente a tratos discriminatorios; garantizar su acceso a la justicia y el respeto del derecho al debido proceso y brindar protección ante la ley sin importar su situación migratoria²⁸. La jurisprudencia de la Corte IDH²⁹, además, se ha centrado en la obligación de los estados de reducir los casos de apatridia y la no discriminación de las personas migrantes, que se lleva a cabo por medio de regulaciones presentes o introducidas en el ordenamiento con este fin o que tienen efectos discriminatorios.

En Colombia, la Corte Constitucional usa por primera vez el término “vulnerabilidad” en su sentencia T-499 de 1995³⁰. En esta señala que la Constitución protege a las personas que se encuentran en un estado de miseria o indigencia, cuya carencia de recursos y capacidad productiva las colocan en situación de marginalidad, debilidad y vulnerabilidad. En esta ocasión la Corte identificó algunos de los grupos particularmente vulnerables, tales como los jóvenes y mujeres desempleadas; niños en condiciones de desnutrición; mujeres jefe de hogar y ancianos indigentes. Sin embargo, esta lista no es taxativa, pues en sentencias posteriores la Corte ha identificado a otros grupos en situación de vulnerabilidad, como es el caso de los migrantes³¹.

Según lo establecido en el artículo 13 Constitucional, el estado tiene que adoptar medidas especiales en favor de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Como se señala en la sentencia T-210 de 2018, los migrantes en situación de irregularidad, en particular, se encuentran “en una situación de vulnerabilidad, exclusión y desventaja que demanda la adopción de medidas especiales por parte del Estado y su tratamiento como sujetos de especial protección constitucional”³².

²⁶ CIDH, Segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias, 16 de abril de 2001, párr. 64.

²⁷ CIDH, Observaciones a la Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Niños, niñas y adolescentes migrantes. 17 de febrero de 2012, párr. 18. Acerca de formas de discriminación intersectorial, véase, por ejemplo, CIDH, Las mujeres frente a la violencia y la discriminación derivadas del conflicto armado en Colombia, 16 de octubre de 2006. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/ColombiaMujeres06sp/Informe%20Mujeres%20Colombia%202006%20Espanol.pdf>

²⁸ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. 17 de septiembre de 2003. Serie A, No. 18, párr. 122; Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C, No. 251; Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C, No. 218.

²⁹ Corte IDH. Caso de las niñas Sean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, No. 130.

³⁰ C. Const., Sent. T-499, nov. 8/95. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-18/03, cit.; Caso Vélez Loor vs. Panamá. cit; Sentencia Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, cit.

³² C. Const., Sent. T-210, jun. 1/18. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Respecto al derecho a la educación, en la sentencia T-660 de 2013 se protege el derecho a la educación de menores extranjeros, en reconocimiento de su situación de vulnerabilidad. La Corte establece que el núcleo esencial de este derecho es la permanencia en el sistema, puesto que: “no puede interrumpirse el proceso educativo en forma arbitraria e intempestiva; sólo se podrá en los casos en que exista una causa legal justificable constitucionalmente”. También, la jurisprudencia constitucional señala que la prestación del servicio tiene un carácter fundamental para los NNA, “pues su debilidad natural para asumir una vida totalmente independiente, requieren de una protección especial por parte del Estado”³³. Así pues, el estado debe tomar medidas afirmativas que protejan los derechos de los NNA migrantes, pues se encuentran en una situación de vulnerabilidad³⁴.

³³ C. Const., Sent. T-660, sep. 23/13, M.P. Luis Ernesto Vargas.

³⁴ *Ibidem*.

3.

El derecho a la educación

3.1.

El marco normativo internacional, **regional y nacional**

En relación con el derecho a la educación, el Estado colombiano se encuentra obligado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13)³⁵, por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, artículo 13)³⁶ y por la Convención de los Derechos del Niño (artículos 28 y 29, en particular)³⁷. Todos estos instrumentos hacen parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 93 Constitucional. La Corte Constitucional ha señalado en repetidas ocasiones la importancia que cobran estos tratados; y respecto al derecho a la educación ha establecido el “deber de interpretar los derechos y deberes consagrados en la Carta de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia”³⁸. Es así como las sentencias y la interpretación que hace la Corte IDH de los derechos fundamentales se convierte en un criterio de interpretación relevante que otorga contenido y alcance a las obligaciones de Colombia ante la comunidad internacional.

Tanto la anterior Relatora de la ONU para el Derecho a la Educación como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité DESC) en su Observación No. 13 han identificado cuatro componentes estructurales de carácter prestacional del derecho a la educación: (i) la asequibilidad o disponibilidad del servicio, (ii) la accesibilidad, (iii) la adaptabilidad y (iv) la aceptabilidad. Asimismo, el Comité DESC ha especificado que se impone al estado tres tipos de obligaciones: la obligación de respetar, eliminando los obstáculos que impiden el disfrute del derecho; de proteger, adoptando medidas que impidan que el goce del derecho sea impedido por terceros; y de cumplir, a través de la adopción de medidas positivas que permitan el disfrute del derecho.

³⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (en vigor: 3 de enero de 1976).

³⁶ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), 1988 (en vigor: 16 de noviembre de 1999).

³⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, 1989 (en vigor: 2 de septiembre de 1990).

³⁸ C. Cost., Sent. T-277, may. 27/16. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia protege los derechos de los NNA afirmando que “son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión”. El estado, la sociedad y la familia son responsables de proteger estos derechos.

Se trata de una herramienta fundamental para asegurar la igualdad de oportunidades y el desarrollo de la comunidad, así como de un instrumento necesario para acceder “al conocimiento y demás bienes que garantizan el pleno desarrollo del ser humano en la sociedad”³⁹. El núcleo esencial del derecho se compone por el acceso y la permanencia en el sistema educativo. El acceso supone una obligación en cabeza del estado de asegurar que todas las personas puedan acceder al sistema educativo en condiciones de igualdad, a través de la gratuidad de la educación pública en todos sus niveles. La permanencia implica que corresponde al estado garantizar la permanencia de las niñas y los niños en el sistema educativo público, en condiciones de gratuidad y obligatoriedad (art. 67(5), CP). Por ende, en cumplimiento del principio de continuidad del servicio público, no podrá interrumpirse de manera arbitraria e intempestiva el proceso educativo del menor, salvo en los casos en que haya una causa legal constitucionalmente justificada⁴⁰.

Ahora bien, el Código de Infancia y Adolescencia⁴¹, el cual regula la protección integral de los NNA y garantiza el ejercicio de sus derechos y libertades, es aplicable a todos los NNA que se encuentran en el territorio colombiano, tanto si son nacionales, como si son extranjeros. De acuerdo con el artículo 17, los niños tienen derecho a tener una buena calidad de vida, en la cual tengan acceso a los servicios de salud y educación, entre otros. Sin embargo, algunas barreras podrían impedir al menor el goce pleno del derecho a la educación. Por ejemplo, la explotación económica en el trabajo infantil no permite que el menor acceda a la educación (artículo 20(12)). Asimismo, el menor no puede tener un desarrollo integral si recibe una mala alimentación (artículo 24).

Por otro lado, los NNA no solo tienen derecho a ser educados, sino que esta educación debe ser de calidad (artículo 28). El estado debe brindar educación gratuita para todos, lo cual incluye un año de preescolar y nueve de educación básica. En relación con la primera infancia (0-6 años), el artículo 29 establece que el derecho a la educación inicial es impostergable. Cabe agregar, que los NNA con discapacidad tienen derecho a recibir la educación especial que responda a sus necesidades (artículo 36).

³⁹ C. Const., Sent. T-734, sep. 27/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁰ C. Const., Sent. T-454, jun. 5/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁴¹ República de Colombia. Ley 1098/2006, “Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”. Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006.

3.2. El contexto **colombiano**

En Colombia la educación tiene distintas facetas: es derecho, es servicio y es también un sector administrativo. Por una parte, la educación es un derecho fundamental cuando se trata de los niños. En tal sentido, es mandato constitucional del estado proveer la educación oficial preescolar, básica y media. Decimos entonces que la educación es también un servicio público; y en tal sentido, debe ser regulado y supervisado por las autoridades correspondientes, en el marco de un típico “Estado Regulador”⁴². En Colombia, esta función de control corresponde al Ministerio de Educación Nacional (MEN). De acuerdo con el artículo 67 de la CP, la Nación y las entidades territoriales participan en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales.

En tal sentido, corresponde al MEN, desde el orden nacional, formular, implementar y evaluar las políticas públicas educativas. Por su parte, corresponde a los entes territoriales, especialmente a los municipios (y distritos), la prestación del servicio de educación a través del sistema de colegios oficiales. Es esta una competencia expresamente asignada al sector local (municipios y distritos), en el que podrán concurrir autoridades supralocales (Nación y departamentos), cuando las entidades de menor categoría fiscal, desarrollo económico y social, demuestren su imposibilidad de ejercer la competencia asignada. En todo caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 27, numeral 3 de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT), esta concurrencia es temporal y parcia⁴³.

Aunque los colegios oficiales responden a las personas jurídicas municipio o distrito según el caso, lo cierto es que, bajo el esquema del estado unitario adoptado por el Estado colombiano, el sector administrativo de educación (orden nacional) emite directrices y políticas. Estas son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades del sector educativo de los correspondientes municipios, como lo son las secretarías de educación (orden territorial/local), quienes las deben implementar en la prestación cotidiana del servicio a través de los colegios oficiales.

Dada esa relación entre centralización de las políticas nacionales y descentralización de la prestación del servicio de educación, resultan muy significativos los acuerdos conjuntos logrados entre el MEN y Migración Colombia, en lo que tiene que ver con el acceso al sistema escolar por parte de los NNA migrantes provenientes de Venezuela, incluso de los que se encuentran en situación irregular. De acuerdo con estas circulares conjuntas⁴⁴, la educación es un derecho fundamental que corresponde al estado garantizar a través de la oferta del servicio público educativo en los niveles preescolar, básica y media. Estas disposiciones precisan también que esta garantía debe otorgarse a todos los NNA presentes en el territorio colombiano, independiente de su nacionalidad o estatus migratorio. En este sentido, la expedición de estas

⁴² Jacint, Jordana, Levi-Faur, David. *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2004.

⁴³ República de Colombia. Congreso de la República. Ley 1454 de 2011, “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”. Diario Oficial No. 48.115 de 29 de junio de 2011.

⁴⁴ Circ. Conjuntas 1/2017 y 16/2018, MEN y UASMC.

decisiones administrativas conjuntas entre el MEN y Migración Colombia ha tenido un efecto dinamizador en todo el territorio nacional. Estas decisiones contrarrestan la posibilidad de que los rectores de colegios oficiales nieguen el ingreso de los menores migrantes al sistema escolar, especialmente los que se encuentran en situación irregular.

Ambas circulares conjuntas disponen también la obligatoriedad del reporte de los estudiantes extranjeros ante Migración Colombia, a través del Sistema para el Reporte de Extranjeros (SIRE)⁴⁵ de Migración Colombia, por parte de los rectores de los establecimientos educativos. Las circulares precisan también la forma en la que los rectores deben registrar a los NNA que no cuentan con identificación válida en Colombia, lo cual constituía entonces un impedimento para el registro en el sistema y era además la excusa perfecta para negarles el ingreso al colegio. A partir de la expedición de estas circulares, los NNA quienes no cuentan con documento válido de identificación en Colombia son registrados con el Número de Identificación Establecido por la Secretaría (NES). En particular, la Circular No. 16 de 10 de abril de 2018 trae como anexo el “Instructivo para el acceso a la educación preescolar, básica y media de la población venezolana”, mediante el cual indica el paso a paso que las autoridades de las instituciones escolares deben seguir para el registro y matrícula de los NNA en el sistema escolar oficial.

Las circulares reconocen que existe un mandato constitucional (art. 44) de garantizar la educación preescolar, básica y media a los NNA en el territorio nacional, independiente de su nacionalidad o estatus migratorio. En tal sentido, establece que los colegios no podrán impedir la matrícula de los NNA en el colegio y deberán obviar el correspondiente requisito legal de visa. Asimismo, señala que Migración Colombia se abstendrá de iniciar cualquier actuación administrativa en contra de colegios en los que se encuentran matriculados NNA migrantes sin la correspondiente visa. Evidentemente, la actuación coordinada entre ambas autoridades tiene un efecto positivo directo en el acceso real a la educación de los NNA provenientes de Venezuela. Gestión administrativa que resulta coherente y receptiva frente a un contexto de migración masiva en el que los NNA son sujetos de especial protección, independiente de su estatus migratorio.

A pesar de este esfuerzo orientador por parte de las autoridades nacionales, también es cierto que estos instrumentos no prevén mecanismos disponibles que los acudientes de los NNA puedan activar, en caso de que los colegios persistan en la negación del cupo, a pesar de lo dispuesto

⁴⁵ De acuerdo con el artículo 8 de la Resolución 1238 de 16 de mayo de 2018, expedida por la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, el SIRE es el sistema a través del cual los sujetos de verificación migratoria (artículo 4 ibídem) realizan los reportes de vinculación, contratación, empleo, admisión, matrícula, desvinculación, retiro, ingreso, alojamiento y hospedaje, atención médica de hospitalización o urgencias y realización de espectáculos artísticos, culturales o deportivos de extranjeros dentro del territorio nacional. Resolución 1238 de 16 de mayo de 2018, UASMC “Por la cual se establecen los criterios para el cumplimiento de obligaciones migratorias y el procedimiento sancionatorio de la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia”.

en las mencionadas circulares⁴⁶. En este punto, la acción de tutela sigue siendo un recurso útil y necesario para la protección del derecho fundamental a la educación de los NNA. Además, como expresamente lo prevén las decisiones administrativas conjuntas expedidas por el MEN y Migración Colombia, en lo que tiene que ver con “Acceso a estrategias de permanencia”, el transporte escolar queda a entera discrecionalidad de la correspondiente entidad territorial, de acuerdo a sus “criterios de focalización”, al igual que el Programa de Alimentación Escolar (PAE). La falta de transporte, alimentación y demás aspectos complementarios de la educación como uniformes y útiles escolares, se traduce en barreras de acceso a la educación de los NNA migrantes, siendo los más vulnerables los que se encuentran en situación irregular.

Ahora bien, el pasado 23 de noviembre de 2018 se aprobó el documento Conpes 3950 (en adelante Conpes)⁴⁷, que fijó la “Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela”. En dicho documento se contempló la educación como uno de los aspectos que requiere inversión prioritaria, debido al incremento del número de migrantes provenientes de Venezuela que ha llegado a nuestro país. Este fenómeno migratorio, de acuerdo con el Documento, viene ejerciendo presión sobre las entidades llamadas a atender los distintos servicios, entre estos la salud y la educación, las cuales, en muchos casos, no cuentan con la capacidad institucional para responder adecuadamente⁴⁸.

El Conpes valora positivamente la expedición de las circulares conjuntas entre Migración Colombia y MEN antes mencionadas. Sin embargo, advierte también una serie de barreras que está enfrentando la población migrante para acceder al derecho a la educación, el cual va más allá de la posibilidad de matricular los NNA en el sistema escolar, tal como se ha argumentado a lo largo del presente informe. Los obstáculos del servicio a la educación que identifica el Conpes son de dos tipos, principalmente. Los primeros tienen que ver con la posibilidad de convalidar estudios realizados en Venezuela o títulos obtenidos en dicho país⁴⁹. Los segundos están relacionados con aspectos psicosociales y académicos que afectan el clima escolar de los NNA migrantes provenientes de Venezuela. Ambos tipos de problemas son barreras que impiden o hacen más difícil el goce efectivo del derecho a la educación, en los términos que se ha explicado en el presente informe.

⁴⁶ Durante la brigada jurídica para migrantes venezolanos realizada en noviembre de 2018 en el Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes, se atendieron algunas solicitudes de asesoría y representación de casos en los cuales colegios oficiales de Bogotá habían negado la matrícula de NNA migrantes provenientes de Venezuela en situación irregular, incluso a pesar de la expedición de las dos circulares mencionadas. Asimismo, en la brigada jurídica realizada el 18 de julio de 2019 por la Clínica Jurídica para Migrantes de la Universidad de los Andes en el barrio San Bernardo de Bogotá, se atendieron casos que pusieron en evidencia que los NNA migrantes provenientes de Venezuela, especialmente quienes se encuentran en situación migratoria irregular, siguen encontrando barreras de acceso a la educación en Bogotá, a pesar de las circulares conjuntas mencionadas.

⁴⁷ Conpes 3950, “Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela”, 23 de noviembre de 2018, Departamento de Planeación Nacional.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 3.

⁴⁹ Recientemente Colombia, con otros estados de la región, ha adoptado la nueva Convención Regional sobre el reconocimiento de estudios, diplomas y títulos en educación superior en América Latina y el Caribe, que actualiza la anterior suscrita en México en 1974. Si el Estado colombiano llegara a ratificar dicha Convención se contribuiría de manera significativa a la parcial eliminación de este obstáculo.

En relación con el primer tipo de barreras, el Conpes señala que, a pesar de que los NNA logran ingresar al sistema escolar, la falta de documento de identificación válido en Colombia les impide presentar las Pruebas Saber 11°, solicitar certificados académicos y obtener el título de bachiller. Aunque ahora es posible validar los cursos tomados en Venezuela a través de evaluaciones y actividades académicas gratuitas que realizan los propios colegios, evitando los trámites de legalización y apostilla anteriormente requeridos, esta alternativa no está prevista para el grado 11°. Lo anterior obstaculiza la obtención del título de bachiller para quienes llegan a Colombia en este nivel de formación escolar, toda vez que se verán en la imposibilidad de acreditar su título para acceder al mercado laboral o a la educación superior.

Existe también un represamiento de las solicitudes de convalidación de estudios de educación superior en instituciones educativas de Venezuela. Estos procedimientos administrativos están tardando demasiado tiempo, debido, entre otras razones, al aumento del número de solicitudes, que en su mayoría corresponden a instituciones venezolanas. Las barreras para convalidación de estudios como las mencionadas, impide que las personas puedan acreditar sus títulos para búsqueda de empleo o para ingresar a otros programas académicos.

De acuerdo con el Conpes, el segundo tipo de problemas que enfrentan los NNA provenientes de Venezuela, tiene que ver con las dificultades que pueden tener los migrantes para adaptarse adecuadamente al sistema escolar de un país distinto al suyo, dadas las diferencias que puede existir entre uno y otro sistema educativo. Esta situación puede verse agravada por a las afectaciones emocionales que los migrantes pueden estar sufriendo, debido a lo que en muchos casos implica el proceso migratorio: separación de familias, falta de redes de apoyo, xenofobia y discriminación, entre otros.

El diagnóstico que hace el Conpes sobre las deficiencias de atención en educación dan cuenta de una comprensión del derecho a la educación que va más allá de la disponibilidad de cupos escolares. Estos factores críticos de atención en educación, de acuerdo con lo descrito en el Conpes, evidencian de una visión más comprehensiva del alcance del derecho a la educación, lo cual requiere la toma de decisiones por parte de las autoridades, con la consecuente inversión de recursos para su atención. Facilitar el acceso a la educación y la eliminación de las barreras que ya están siendo identificadas, permite también el ingreso de los migrantes al mercado laboral, con mayores posibilidades de hacerlo en el sector formal⁵⁰.

En relación con el derecho a la educación, resulta notable que hasta el momento no han sido muchos los casos fallados por la Corte Constitucional. Sin embargo, y de acuerdo con las barreras identificadas por el Conpes, es esperable que, en el mediano y largo plazo, lleguen a instancias de la Corte casos relacionados con este tipo de barreras, en la medida en que los NNA se ven obligados a acudir al mecanismo de la acción de tutela para sortear su situación.

En cuanto al Plan Nacional de Desarrollo (en adelante PND) del gobierno actual, este hace algunas menciones al fenómeno migratorio. Concretamente en relación con la migración proveniente de Venezuela, el PND señala que el gobierno nacional debe mantener sus esfuerzos en la gestión y atención de este fenómeno, apostándole a "(...) la inclusión socioeconómica

⁵⁰ Selee, Andrew, Bolter, Jessica, Muñoz-Pogossian, Betilde, Hazán, Miryam. "Creatividad dentro de la crisis: opciones legales para migrantes venezolanos en América Latina", op cit.

efectiva de esta población (...) de manera que la migración resulte beneficiosa para el país”⁵¹. Sin embargo, se echa de menos una política concreta o al menos una mención más precisa relacionada con la atención en los servicios básicos de la población migrante, como son salud y educación.

La mención al fenómeno migratorio es verdaderamente marginal en el PND. Cuando este asunto aparece, se aborda con un enfoque o tono especialmente orientado a la atracción de “cerebros fugados” y el recurso humano altamente cualificado. Llama la atención que en un documento tan importante como este, que fija las bases u orientaciones que seguirá el gobierno de turno en los próximos cuatro años, no se haga una mención a la forma como las barreras de acceso a la educación afectan a los migrantes. La siguiente cita ilustra esta preocupación:

Colombia debe aprovechar su potencial para convertirse en un polo de atracción para la migración calificada, y fortalecer sus esfuerzos para dinamizar la movilidad internacional de los colombianos, al tiempo que debe promover el retorno de los connacionales cuyas capacidades y compromiso puedan contribuir a la tarea de la construcción de país⁵².

La inversión en educación de los migrantes se refleja en muchos otros ámbitos de la política pública; significa invertir en su inclusión inmediata y futura; invertir en los trabajadores y contribuidores del futuro. Esta inversión sería el fruto de la elaboración de una visión a largo plazo y son todos aspectos que contribuyen a la integración socio-económica de los migrantes, en los términos en los que se ha planteado en la sección 2.1. de este informe.

En breve, el derecho a la educación de los migrantes ha tenido avances, pero enfrenta también desafíos importantes que retan la gestión de las autoridades colombianas. Entre los avances se rescata la adopción de decisiones administrativas conjuntas orientadas a dinamizar el ingreso de los NNA venezolanos al sistema escolar. En cuanto a las barreras del goce efectivo del derecho a la educación que aun persisten y que deben estar presentes en el radar de las autoridades colombianas, se destacan: la convalidación de títulos, atención psicosocial y obtención del grado para los menores en situación irregular, entre otros.

⁵¹ Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2018 – 2022. “Pacto por Colombia, Pacto por la equidad”. Departamento Nacional de Planeación, p. 76.

⁵² *Ibíd.*

4.

El derecho a la salud

4.1.

Marco internacional, **regional y nacional**

En su deber de proteger el derecho a la salud, el Estado colombiano se encuentra obligado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵³, que en su artículo 12 establece que “todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”. En este mismo sentido, en su Observación General No. 14⁵⁴, el Comité DESC afirmó que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. Además, especificó que la salud no equivale únicamente al derecho a estar sano, sino que incluye también las condiciones biológicas y socioeconómicas de la persona y los recursos con los que cuenta el estado. Así, “debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. Finalmente, añadió que las medidas adoptadas por los estados deben cumplir con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Respecto a los niños y niñas, la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los estados garantizar “el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” (art. 24(1)).

En primera instancia, el artículo 100 de la Constitución establece que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los colombianos, pero la ley podrá determinar condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos. Este artículo se remite al 13 constitucional, en el cual se protege el derecho a la igualdad de todas las personas sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. Asimismo, la Constitución establece como deberes de la persona y el ciudadano, “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (artículo 95(2) CP).

⁵³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966 (en vigor: 3 de enero de 1976).

⁵⁴ CDESC, Observación general N° 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud.

El derecho a la salud se debe proteger, de conformidad con los artículos 1 y 11 de la CP, pues el derecho a la vida es inviolable. También, los artículos 48 y 49 CP protegen el derecho a la seguridad social como “servicio público de carácter obligatorio” para garantizar a “todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. Cabe agregar que el artículo 44 de la Constitución establece que la salud es un derecho fundamental de los NNA. Por su parte, la sentencia T-210 de 2018 señala que:

[T]oda persona, incluyendo a los extranjeros, tienen derecho a recibir una atención mínima del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia, en aras de atender sus necesidades primarias y respetar su dignidad humana; un núcleo esencial mínimo que el legislador no puede restringir, especialmente en materia de salud⁵⁵.

4.2. Contexto del Sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia

Con la reforma constitucional de 1991, el rol del estado cambió; pasó de ser un estado prestador a un “Estado Regulador”. Esta transformación, orientada por una marcada ideología neoliberal, convirtió al estado en un facilitador del mercado, responsable de establecer las reglas adecuadas para que los actores del mercado se desenvuelvan y abandonó su papel de operador directo. De esta manera, se crearon un conjunto de agencias expertas, encargadas principalmente de diseñar las reglas de juego conforme a las cuales se organizaría la prestación de distintos servicios públicos. Estos, que solían estar a cargo de entidades del sector público y prestados en régimen de monopolio, se dejaron al mercado y al régimen de competencia; y en tal sentido, fueron asumidos por actores privados bajo estándares de eficiencia, eficacia y economía⁵⁶.

En materia de la prestación del servicio de salud el panorama no fue distinto. Bajo los parámetros de la Constitución Política de 1991, se expidió la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante SGSSS)⁵⁷. A partir de dichas disposiciones se adoptó en Colombia un régimen regulador en salud consistente en un sistema de aseguramiento social basado en un modelo donde la competencia y la iniciativa privada son reguladas por el estado, en aras de garantizar cobertura universal, eficiencia, calidad y equidad⁵⁸. El sistema se compone de dos regímenes basados en la situación económica de los usuarios: el contributivo, para aquellos que cuentan con capacidad de pago para aportar una cotización al sistema; y el subsidiado, para quienes no pueden hacerlo y en consecuencia los servicios en salud son financiados por el estado.

⁵⁵ C. Const, Sent. T-210, jun. 1/18. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁶ Al respecto véase Alviar, Helena, Lamprea, Everaldo (eds.). El Estado regulador en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016.

⁵⁷ República de Colombia. Congreso de la República. Ley 100 de 1993. Diario Oficial no. 41.148 d e23 de diciembre de 1993.

⁵⁸ Lamprea, Everaldo. Constitución de 1991 y la crisis de la salud, encrucijadas y salidas. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011, p. 65.

Los servicios son prestados a través de una Empresa Promotora de Salud (en adelante EPS), que puede ser pública o privada. Estas son escogidas por los usuarios y la afiliación es obligatoria. Es de mencionar que, para poder estar afiliada a una EPS, toda persona debe contar con un documento de identificación reconocido por el Estado colombiano. Los aportes de los afiliados son recibidos por las EPS y se pueden hacer como trabajador independiente o dependiente; en este último caso, una parte del aporte es asumido por el empleador. Los afiliados al régimen subsidiado son identificados mediante la encuesta del Sisbén⁵⁹. A los afiliados de ambos regímenes se les garantiza, mediante su afiliación, el acceso a un paquete de servicios denominado Plan de Beneficios cubiertos a través del Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS). Los procedimientos que se encuentren por fuera de este deberán ser asumidos por el usuario, a menos que, bajo ciertas condiciones⁶⁰, puedan ser otorgados por la EPS y recobrados al Fondo de Solidaridad y Garantías (FOSYGA)⁶¹.

En el marco de la estructura institucional dispuesta para la prestación del servicio de salud, cobran especial relevancia las entidades territoriales (municipios, distritos y departamentos), las cuales son las responsables de una serie de funciones. En este sentido, la Ley 100 de 1993 les asignó importantes competencias en las que se destacan la dirección y organización de los servicios de salud para garantizar la salud pública; la oferta de servicios por parte de las instituciones públicas a su cargo; la organización de subsidios para la población más pobre y vulnerable y la transformación de hospitales en Instituciones Prestadoras de Salud (IPS), que puedan ofrecer sus servicios a las EPS. De esta manera, los municipios, distritos y departamentos colombianos se convierten en destinatarios finales de competencias trascendentales para la prestación del servicio en el orden territorial, en especial, en lo que respecta a la atención de población pobre y vulnerable.

Ahora, si bien desde su creación el modelo buscó que la prestación del servicio atendiera a principios de eficiencia y calidad, lo que justificó que se dejara en manos del sector privado como el más idóneo para lograrlo, el sistema de salud colombiano ha presentado una serie de problemáticas que han puesto en evidencia deficiencias estructurales y regulatorias. Dentro de ellas se destacan la falta de actualización del plan de beneficios y la desregulación en cuanto a la libertad de precios de medicamentos⁶². También se han identificado otras dificultades, tales como: la alta demanda de servicios excluidos del POS; diferencias entre la cobertura de

⁵⁹ Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para los Programas Sociales.

⁶⁰ La autorización de medicamentos, procedimientos y servicios no incluidos en el POS, está sujeta a la autorización de la EPS. No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que es procedente reclamarlos por vía de acción de tutela siempre: "(i) Que el servicio haya sido ordenado por el médico tratante, quien deberá presentar la solicitud ante el Comité Técnico Científico. (ii) Que la falta del servicio, tratamiento o medicamento, vulnere o amenace los derechos a la salud, a la vida y a la integridad personal. (iii) Que el servicio no pueda ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido o que pudiendo estarlo, el sustituto no tenga el mismo grado de efectividad que el excluido del plan. (iv) Que el actor o su familia no tengan capacidad económica para costearlo". Véase C. Const., Sent. T-001, ene. 15/18. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁶¹ Este fue creado por la Ley 100 de 1993 con el objeto de garantizar la compensación entre las personas de diferentes ingresos y cofinanciar subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables. República de Colombia. Ley 100/1993, 23 de diciembre de 1993 "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

⁶² Abisambra, Alejandro, Lamprea, Everaldo. "El régimen regulador de la salud en Colombia". En Helena Alviar y Everaldo Lamprea. El régimen regulador de la salud en Colombia. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2016, p. 235.

lo contemplado en los planes de beneficios del régimen contributivo y el subsidiado; conflictos entre prestadores y aseguradoras de salud; baja capacidad institucional en territorios; escasa autonomía de prestadores de servicios de salud y crisis de hospitales públicos, entre otras⁶³.

Las deficiencias antes mencionadas han conllevado, a partir de múltiples reclamaciones, a una judicialización notable del derecho a la salud, reflejado en un alto índice de acciones de tutela para acceder a diversos servicios. Así, para el año 2008, el número de acciones de tutela por derecho a la salud en Colombia ascendió a 344.468, constituyendo el 41,5% del total de solicitudes de amparo presentadas en el país⁶⁴. Tal situación dio origen a la sentencia T-760 de 2008⁶⁵, mediante la cual la Corte Constitucional emitió órdenes que trascendieron la individualidad de los casos objeto de revisión. Entre estas, la Corte exigió a las autoridades respectivas mayor regulación y control en temas como la unificación y actualización de los planes de beneficios de los regímenes subsidiado y contributivo; cobertura universal en salud; control de precios de medicamentos, entre otras.

Con posterioridad a la decisión del Tribunal Constitucional, este ha hecho seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en la providencia mencionada. Así mismo, se han realizado esfuerzos por regular algunos aspectos del sistema, tales como: la actualización periódica del plan de beneficios; la unificación de los planes de beneficios contributivo y subsidiado; el pago de los recobros represados antes de la expedición de la sentencia y el control de precios de medicamentos, entre otros⁶⁶. Sin embargo, los desafíos para el sistema persisten, pues a partir de 2014 ha habido un incremento en las acciones de tutela, las cuales habían descendido en los años siguientes a la T-760 de 2008. Por ejemplo, existe cierta preocupación respecto al acceso y la equidad en la atención y atrasos en la generación de información que refleje el goce efectivo del derecho y de la sostenibilidad del sistema⁶⁷. Así mismo, el gobierno nacional ha reconocido que para 2019 existen unos retos en materia de salud en los que se debe avanzar, como el fortalecimiento de la Superintendencia de Salud, trabajar en la liquidez del sector y garantizar servicios oportunos y de calidad, entre otros⁶⁸.

⁶³ Suárez-Rozo, Luisa, Puerto-García, Stephanie, Rodríguez-Moreno, Lina y Ramírez-Moreno, Jaime. "La Crisis Del Sistema De Salud Colombiano: Una Aproximación Desde La Legitimidad y La Regulación". Gerencia y Políticas De Salud, vol. 16, 2017, pp. 34-50.

⁶⁴ Defensoría del Pueblo. "La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2015", 2016, p. 145.

⁶⁵ C. Cost., Sent. T-760, jul. 31/08, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶⁶ Restrepo, Jairo Humberto, Casas, Lina Patricia y Espinal, Juan José. "La sentencia T-760 de 2008: ¿Qué ha pasado después de 10 años?". Boletín N° 1 Observador del GES, 2018. Disponible en: http://www.udea.edu.co/wps/wcm/connect/udea/6434a0c0-e934-4491-aeeb_a3c8f5c8c479/Observador+del+GES+N%C2%B01.pdf?MOD=AJPERES&CVID=myGHb5z

⁶⁷ Ibídem.

⁶⁸ MinSalud. "Los retos de la salud en 2019". Boletín de prensa N° 211/2018. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/los-retos-de-la-salud-en-2019.aspx>

4.3.

El Sistema General de Seguridad Social en Salud y el fenómeno migratorio venezolano

Si bien las problemáticas del sistema de salud colombiano anteriormente mencionadas anteceden al fenómeno migratorio, evidentemente no le son ajenas. De hecho, un gran número de migrantes venezolanos que se encuentra en territorio colombiano ha entrado a hacer parte del SGSSS o al menos ha sido usuario ocasional del mismo⁶⁹. En consecuencia, estos migrantes han tenido que enfrentar sus fallas, en especial por la falta de cobertura para muchos servicios, situación que se torna aun más restrictiva cuando su estatus migratorio es irregular.

Así pues, los migrantes venezolanos que han ingresado a Colombia con su pasaporte a través de algún puesto fronterizo pueden permanecer en el país por un lapso no mayor a 90 días prorrogables por 90 días calendario adicionales⁷⁰. No obstante, durante su estadía los migrantes deberán contar con una póliza de salud que les permita la cobertura de cualquier contingencia médica⁷¹. Si el ingreso se hace bajo los anteriores parámetros y contando con un visado, podrán afiliarse al SGSSS⁷², ya sea en régimen contributivo o subsidiado, dependiendo de su capacidad de pago. Así mismo, al contar con el PEP, todo ciudadano venezolano puede afiliarse al SGSSS, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado⁷³. Lo anterior, debido a que, a partir del Decreto 1288 del 2018, el PEP “sirve de identificación a los nacionales venezolanos” en territorio colombiano y les permite acceder a la oferta institucional en materia de salud, entre otras⁷⁴. Ahora, respecto de los migrantes que ingresan de manera irregular a Colombia, el sistema de salud, tal como fue descrito anteriormente, solo garantiza el servicio de urgencias.

⁶⁹ Según el Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio, de manera agregada, para el periodo de 2014 a Julio de 2018, se han reportado 134.221 atenciones en salud a extranjeros, de las cuales el 63% se realizaron a ciudadanos venezolanos. MinSalud. Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio, 2018, p. 37. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/COM/plan-respuesta-salud-migrantes.pdf>

⁷⁰ art. 2.2.1.11.2.7. República de Colombia. Presidencia de la República. Decreto 1067 de 2015, 26 de mayo de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores”.

⁷¹ De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 1438 de 2011. República de Colombia, Congreso de la República, Ley 1438 de 2011, 19 de enero de 2011, “ Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁷² De acuerdo con el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 10 de la Ley 1751 de 2015.

⁷³ Según el Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio, a corte del 20 de junio de 2018, se encuentra un total de 28.069 afiliados venezolanos con PEP en condición de “activos”, de los que, el 93% pertenecen al Régimen Contributivo y el 7% al Régimen Subsidiado. MinSalud. Plan de respuesta del sector salud al fenómeno migratorio, cit., p. 42.

⁷⁴ Además, de acuerdo con el Parágrafo 1º del artículo 1 y el artículo 7 del Decreto 1288 de 2018, el PEP permite acceder a: (i) la atención de urgencias; (ii) acciones en salud pública: vacunación en el marco del Programa Ampliado de Inmunizaciones-PAI, control pre-natal para mujeres gestantes, acciones de promoción y prevención definidas en el Plan Sectorial de respuesta al fenómeno migratorio y a las intervenciones colectivas que desarrollan las entidades territoriales en las que se encuentren los migrantes venezolanos y; (iii) la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado. República de Colombia, Presidente de la República, Decreto 1288 de 2018, 25 de julio de 2018, “por el cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos”.

Hasta el momento, el concepto de urgencias no ha sido definido normativamente, lo que ha abierto la posibilidad para que los prestadores del servicio tengan un amplio margen de discrecionalidad. Esto implica que sean los funcionarios de turno los que decidan cuándo hay lugar o no a la prestación del servicio básico de urgencias y quién tiene acceso al mismo, sin que exista un criterio claro y consistente en este punto⁷⁵. Por su parte, la Corte ha intentado definir la urgencia en los siguientes términos:

[E]l concepto de urgencia médica debe comprenderse a partir del alcance que comúnmente se le ha otorgado al derecho fundamental a la vida digna, esto es, bajo el entendimiento de que la preservación de la vida implica no solo librar al ser humano del hecho mismo de morir, sino protegerlo de toda circunstancia que haga sus condiciones de existencia insoportables e indeseables; y le impida desplegar adecuadamente las facultades de las que ha sido dotado para desarrollarse en sociedad de forma digna⁷⁶.

En cualquier caso, persiste la falta de claridad frente al concepto de urgencias, lo cual repercute en el acceso al servicio. Ahora bien, concretamente frente al acceso a la salud de los migrantes, la Corte ha señalado que una adecuada atención de urgencias comprende, por un lado, "(...) emplear todos los medios necesarios y disponibles para estabilizar la situación de salud del paciente, preservar su vida y atender las necesidades básicas"⁷⁷. Por el otro, "(...) una perspectiva de salud pública, razón por la cual la misma debe venir acompañada de una atención preventiva fuerte que evite riesgos sanitarios tanto para los migrantes como para la comunidad que [los] recibe"⁷⁸.

Un obstáculo importante que muchas veces debe sortear la población migrante -tanto regular como irregular- es que la atención en salud está dependiendo de la capacidad y del manejo financiero de cada entidad territorial⁷⁹. Estas entidades, no solo se encargan de realizar la encuesta del Sisbén y de permitir la afiliación al régimen subsidiado en salud⁸⁰, sino también del manejo de los recursos dispuestos por la Nación para la atención en urgencias⁸¹. Sobre este punto en particular, la Corte Constitucional, en las sentencias SU-677 de 2017 y la T-178

⁷⁵ Al respecto, véase el concepto de burocracia callejera en Buchely, Lina. "El activismo burocrático y la vida mundana del estado. Las madres comunitarias como burócratas callejeras y el programa de cuidado de niños Hogares Comunitarios de Bienestar". Revista Colombiana de Antropología, vol. 51, 2015, pp. 137-159. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/rcan/v51n1/v51n1a06.pdf>

⁷⁶ C. Const., Sent. T-197, may. 14/19, M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁷⁷ C. Const., Sent., T-705, nov. 30/17, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁷⁸ C. Const., Sent., T-210, jun. 1/18, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁷⁹ En la sentencia T-239 de 2017, la Corte expone que las entidades territoriales de salud en donde se haya prestado el servicio de salud al extranjero no residente- que no cuente con capacidad de pago- deberán asumir los costos de los servicios médicos de atención de urgencias. Anudado con lo anterior, en la sentencia T-210 de 2018, la Corte Constitucional aclara que, la atención de urgencias a migrantes con permanencia irregular se realizará con cargo a las entidades territoriales de salud, y en subsidio a la Nación cuando esto sea requerido, hasta cuando se logre la afiliación de la persona al SGSSS. C. Cost. Sent. T-239, abr. 24/17, M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁸⁰ C. Cost. Sent. T-178, may. 6/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁸¹ Recursos excedentes de la Subcuenta ECAT del FOSYGA, de acuerdo con el Decreto 866 de 2017. República de Colombia, Presidente de la República, Decreto 866 de 2017, 25 de mayo de 2017, "Por el cual se sustituye el Capítulo 6 del Título 2 de la Parte 9 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social en cuanto al giro de recursos para las atenciones iniciales de urgencia prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de los países fronterizos".

de 2019⁸² puso de presente el desconocimiento de los derechos de la población migrante y el bajo cumplimiento de lo previsto en el Decreto 780 de 2016 por parte de las autoridades territoriales⁸³. Al respecto, la Corte advirtió que, del total de personas con PEP (181.472), solo un 15% se ha afiliado al SGSSS⁸⁴.

En virtud del artículo 50 de la Constitución Política, el Estado colombiano provee una especial protección a los NNA menores de un año que no cuenten con protección de la seguridad social. Así, cuando los padres del recién nacido no se encuentren afiliados al SGSSS, el prestador del servicio de salud deberá registrarlo en el Sistema de Afiliación Transaccional en la fecha de su nacimiento y en una EPS del régimen subsidiado del respectivo municipio⁸⁵.

Lo anterior ha sido aplicado de forma analógica por la Corte Constitucional a los hijos de migrantes venezolanos en situación de irregularidad. En este punto vale la pena resaltar que, como se evidencia en las sentencias SU-677 de 2017 y T-178 de 2019, la Corte ha hecho énfasis en la especial protección que debe brindar el estado a los NNA y en especial a los recién nacidos. Así, el Tribunal Constitucional expone que el estatus migratorio de los padres no es motivo para restringir o negar los derechos fundamentales de los recién nacidos en cuanto que: "(...) una criatura que depende enteramente de su familia, la sociedad y el Estado para desarrollar su crecimiento integral es un sujeto de especial protección constitucional y un individuo valioso a quien se le debe garantizar el más alto nivel de bienestar"⁸⁶.

Sin embargo, a pesar de existir el mencionado marco normativo, los migrantes en situación de irregularidad han visto restringido su derecho a la salud. Estos migrantes, por su misma situación irregular y al no contar con un documento de identificación reconocido por el Estado colombiano, no pueden afiliarse a una EPS⁸⁷. Particularmente, en relación con los migrantes en situación irregular provenientes de Venezuela, la situación es más compleja, toda vez que, debido al cierre de algunos consulados, aquellos no tienen acceso a los servicios que estas

⁸² C. Cost. Sent. SU-677, nov. 15/17, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C. Cost. Sent. T-178, may. 6/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁸³ Tanto en la sentencia SU-677 de 2017 como en la T-178 de 2019, se presentan dos casos muy similares de recién nacidos, hijos de ciudadanos venezolanos en situación irregular, a los cuales se les vulnera los derechos fundamentales a la vida digna y a la salud. Lo anterior, debido a que las entidades prestadoras del servicio de salud- el Hospital Estigia y el Hospital Regional José David Padilla Villafañe respectivamente- no afiliaron a los menores de edad al SGSSS, a pesar de lo expuesto por el Decreto 780 de 2016. Por lo tanto, la Corte advierte la falta de coherencia y de aplicación de la normativa por parte de las entidades territoriales. Así mismo, resalta la importancia de la publicidad de la política, plan o programa puesto que así se permite que los beneficiarios pueden hacer efectivo el derecho fundamental.

⁸⁴ C. Cost. Sent. T-178, may. 6/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁸⁵ De acuerdo con lo establecido en el artículo 2.1.3.11 del Decreto 780 de 2016. República de Colombia, Presidente de la República, Decreto 780 de 2016, 6 de mayo de 2016, "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social".

⁸⁶ C. Cost. Sent. T-178, may. 6/19, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

⁸⁷ Según el Ministerio de Salud, para que un ciudadano venezolano se pueda inscribir en una EPS debe contar con alguno de los siguientes documentos de identificación: (i) Cédula de extranjería, carné diplomático o salvoconducto de permanencia, según corresponda; (ii) Pasaporte de la Organización de las Naciones Unidas para quienes tengan la calidad de refugiados o asilados; (iii) Pasaporte para menores de siete (7) años; (iv) PEP expedido por migración Colombia. MinSalud. "Afiliación al sistema general de seguridad social en salud de extranjeros y colombianos retornados". Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/proteccion-social/Paginas/afiliacion-al-sistema-de-seguridad-social-en-salud-de-extranjeros-y-colombianos-retornados.aspx>

instituciones prestan para solicitar la expedición de documentos o realizar trámites⁸⁸. Además de lo anterior, ellos también se enfrentan a una serie de barreras institucionales que hacen muy difícil el cumplimiento de los requisitos para la regularización de su estatus migratorio⁸⁹.

Ahora bien, en ciertos casos, algunas entidades territoriales asimilaron los migrantes en situación de irregularidad a la categoría de Población Pobre no Asegurada (en adelante PPNA)⁹⁰, lo que les permite justificar el origen de los recursos que cubre la atención de urgencias. De esto da cuenta la Corte Constitucional en la sentencia T-197 de 2019⁹¹, en la que la Alcaldía Municipal de Buga reconoce expresamente en su respuesta a la acción de tutela que, la categoría de PPNA les ha servido para atender a personas extranjeras sin capacidad de pago. De igual forma, en la sentencia T-705 de 2017⁹², el Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social, en respuesta a la acción de tutela, afirmó que cuando la atención de urgencias sea prestada a ciudadanos extranjeros sin capacidad de pago debidamente demostrada "(...) su atención se asumirá como población pobre no cubierta con subsidios a la demanda con cargo a los recursos de la oferta de la respectiva entidad territorial donde tenga lugar la prestación de la atención".

Además, es de resaltar que la Corte Constitucional ha ampliado, en casos concretos, la atención básica de urgencias⁹³. La Corte ha determinado que la atención en urgencias incluye la atención de enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre y cuando el médico tratante determine el estado de necesidad o urgencia del cuidado médico⁹⁴. Al protegerse el derecho a la salud por medio de fallos de tutela, se está presentando una protección singular y desigual del derecho a la salud de los migrantes irregulares. Por lo tanto, es necesario una política amplia y robusta que establezca los lineamientos del acceso al sistema de salud por parte de los migrantes en situación de irregularidad, en la que estos no se encuentren a merced del criterio discrecional del funcionario de turno.

⁸⁸ Morales, Cindy. "¿Qué puede hacer realmente el embajador de Guaidó en Colombia?". El Tiempo, 22 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/mundo/venezuela/que-puede-hacer-el-embajador-de-venezuela-humberto-calderon-en-colombia-340558>

⁸⁹ Dejusticia. "Las barreras administrativas constituyen discriminación institucional indirecta a los migrantes venezolanos". 10 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.dejusticia.org/las-barreras-administrativas-constituyen-discriminacion-institucional-indirecta-a-los-migrantes-venezolanos/>

⁹⁰ De acuerdo con el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, la población pobre no asegurada es aquella que, por su incapacidad de pago, tiene derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y privadas que presten el servicio de salud mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado. República de Colombia, Congreso de la República de Colombia, Ley 100 de 1993, Diciembre 23 de 1993" Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

⁹¹ C. Cost., Sent. T-197, may. 14/19. M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁹² C. Cost., Sent. T-705, nov. 30/17. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁹³ La Corte ha establecido que la atención mínima de salud a la que tienen derecho los extranjeros en situación irregular, abarca más que preservar los signos vitales y puede llegar a cobijar enfermedades catastróficas o la realización de cirugías, siempre que se demuestre la urgencia de estas. Véase, por ejemplo, C. Cost., Sent. T-705, nov. 30/17, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; C. Const., Sent., T-210, jun. 1/18. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; C. Cost., Sent. T-348, ago. 28/18. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; C. Cost., Sent. T-025, ene. 29/19. M.P. Alberto Rojas Ríos; C. Const., Sent. T-197 may. 14/19. M.P. Diana Fajardo Rivera.

⁹⁴ En la Sentencia T-197 de 2019, la Corte Constitucional falla a favor de un ciudadano venezolano que padece cáncer de piel, al ordenar la garantía del tratamiento médico que trata su enfermedad. Así, la Corte expone que el derecho a la salud y a la vida digna deben ser garantizados en las situaciones en que, por la gravedad de las enfermedades, se requieran servicios especiales- aunque esto signifique que se va más allá que la atención básica de urgencias.

En relación con el acceso a los servicios de salud por parte de la población migrante, es oportuno mencionar el Conpes. Este documento identifica algunas problemáticas derivadas del creciente fenómeno migratorio, tales como: el incremento de las atenciones en salud para migrantes; su elevado costo y el deterioro de aspectos como la salud pública en los municipios receptores de esta población. El Conpes señala que hay un porcentaje muy bajo de migrantes asegurados⁹⁵, situación que hace que el gasto por cada atención sea muy elevado, comparado con eventos donde se cuenta con el aseguramiento⁹⁶. Se evidencia también la preocupación por el incremento de eventos relacionados con asuntos de salud pública en población extranjera. Así mismo, el Conpes sostiene que esta situación ha desbordado la capacidad técnica y administrativa de las entidades territoriales, específicamente en cuanto a talento humano capacitado, infraestructura e insumos para prevenir enfermedades transmisibles y no transmisibles.

Estas dificultades suponen importantes desafíos para el gobierno colombiano. En este sentido, en el Conpes se reconoce la necesidad de implementar medidas como la afiliación en salud de la totalidad de la población migrante regular y de los retornados. De igual forma, destaca que se requiere generar vías de atención que oferten servicios de salud para la población migrante, tanto regular como irregular⁹⁷. La identificación de estos cursos de acción es sin duda un avance hacia el reconocimiento de las barreras institucionales que enfrentan los migrantes para el acceso a los servicios de salud, así como la creación de estrategias para su gestión.

En cuanto a asuntos de salud pública, el Conpes enfatiza en el fortalecimiento de la capacidad de respuesta en vigilancia en salud pública por parte de las entidades territoriales, que permita la detección oportuna de eventos de esta naturaleza. Lo anterior, dada la alta demanda de servicios en municipios receptores de población migrante y el deterioro de la situación de salud pública en estos. Esto contrasta, en cierta medida, con la ausencia de un pronunciamiento en materia de atención en salud a la población migrante en el PND (2018-2022). En este documento, se menciona el fenómeno migratorio venezolano como una situación que exige la adopción de medidas a largo plazo, tanto para la atención, como para la integración económica y social de los migrantes y en especial de los colombianos retornados. No obstante, no hay claridad sobre cómo estará orientada la atención a dicha población en materia de salud.

En breve, respecto al acceso al derecho a la salud, en el presente informe se han puesto de presente las barreras de acceso al derecho y los problemas que presenta el sistema de salud en Colombia. Estas dificultades se ven exacerbadas en el caso de los migrantes y, en especial, de los que se encuentran en situación irregular.

⁹⁵ De conformidad con el Conpes, sólo el 3% de toda la población migrante para 2018 se encuentra asegurada, y el 5% de la población regular, estimada para este mismo año, se encuentra afiliada al SGSSS. Departamento Nacional de Planeación (DNP). CONPES 3950, 23 de noviembre de 2018, DNP, p. 47.

⁹⁶ Al respecto, el Conpes señala que esto se debe a que cuando se cuenta con el aseguramiento hay una distribución del riesgo entre un conjunto de afiliados, disminuyendo así el gasto per cápita. Por el contrario, el acceso a servicios por evento para la población no asegurada, obliga a tener que asumir el valor de cada atención sin la solidaridad del seguro. *Ibídem*.

⁹⁷ *Ibídem*, p. 46.

5.

Concluyendo:

Inclusión de los más vulnerables

en el acceso a la educación y a la salud

Es de consenso internacional y regional, que una población migrante, especialmente cuando se encuentra en circunstancias como la de las personas provenientes de Venezuela, es una población en una considerable situación de vulnerabilidad. Además, muchas de las personas migrantes que protagonizan los temas tratados en este informe son per se personas estructuralmente más vulnerables.

Si se tiene en cuenta que muchas de estas personas están en una situación de irregularidad, se puede concluir que el fenómeno de la migración en el contexto actual colombiano expone a muchas personas a un serio riesgo de violación de sus derechos. Por estas razones es importante que el Estado colombiano asuma una mayor responsabilidad y le preste una especial atención a las condiciones en las cuales se encuentran estas poblaciones y al respeto de sus derechos. Así lo exige el derecho internacional de los derechos humanos y así lo exige también la Constitución Política de Colombia.

Este informe ha señalado la forma en la cual esta vulnerabilidad no ha sido suficientemente tomada en cuenta, especialmente en el caso de la educación y la salud. Esto es así, tanto en el sentido de lo normativo como en el sentido de las políticas públicas. Además, el informe identifica las razones por las cuales es necesario fortalecer y mejorar las políticas públicas; particularmente en lo que tiene que ver con el funcionamiento de las autoridades y la organización del Estado colombiano. Lo anterior, con el fin de realmente garantizar el cumplimiento de las obligaciones que surgen del derecho internacional y de lo previsto en la Constitución Política de Colombia.

El presente documento, además, quiere resaltar que esto no es cuestión únicamente del cumplimiento de las normas y del respeto a los derechos. Se trata, de igual forma, de la gestión de dos dimensiones esenciales del bienestar general, estos son: la salud y la educación. No le conviene al país ni a sus ciudadanos que exista una población sin acceso adecuado a la educación o

a los servicios esenciales de salud, en especial cuando las dificultades de acceso a la educación y a la salud profundizan la situación de vulnerabilidad de los migrantes. Mejorar el acceso a estos servicios para los grupos más vulnerables, es mejorar el acceso para todas las personas. En otras palabras, tanto desde la perspectiva amplia del interés general, como desde la perspectiva específica de la normatividad jurídica, es imperativo garantizar el acceso a la educación y a los servicios esenciales de salud.

La normatividad relacionada con el derecho a la educación es clara. Tanto en el derecho internacional como el regional interamericano y la Constitución Política de Colombia hay un alineamiento normativo, el cual se ve articulado también en otros países de la región. El derecho a la educación está ampliamente reconocido, tanto en lo que tiene que ver con el acceso al sistema escolar, así como en los demás aspectos que permiten a los NNA migrantes permanencia y adaptación al entorno escolar. Además, en la implementación de este derecho se garantiza la no discriminación, por lo cual el derecho debe garantizarse sin consideración del estatus migratorio del menor o de sus padres. El mismo Estado colombiano, en el Conpes, ha reconocido la prioridad que se le debe dar a este derecho en el contexto de la migración de personas de nacionalidad venezolana, muchas de las cuales se encuentran en situación irregular.

Sin embargo, hay mucho por hacer y el Estado colombiano puede enfocarse en una mejor garantía del acceso a la educación. En particular, debe ampliar su aproximación y desarrollar una perspectiva que le permita identificar a tiempo cuáles son los obstáculos -regulatorios, administrativos o de cualquier otra índole- que impiden el goce efectivo de este derecho. Además, las autoridades deben tener en cuenta las circunstancias

particulares de los migrantes y desarrollar mecanismos adecuados para superar estos obstáculos.

No se trata simplemente de un derecho, sino de una piedra angular en la construcción de una sociedad pacífica y con capacidad de desarrollo. Cada niño o niña que no puede acceder a la educación; cada adolescente que no pueda continuar la educación técnica o profesional que comenzó en su país de origen, genera un costo para la sociedad. Si bien atender esta situación impone costos financieros importantes a corto plazo, a mediano y largo plazo se evitarían problemas sociales que serán más difíciles de resolver.

Cabe entonces resaltar que se requiere un enfoque mucho más intenso en el diseño de implementación de las políticas públicas, en los que se integren los aspectos de la migración y de la educación. Esto compromete, tanto a las autoridades nacionales, como a las locales, las cuales intervienen en la creación y desarrollo de la política pública en educación orientada a los migrantes.

Respecto a la salud, la normatividad internacional y nacional están alineadas en el sentido de que se reconoce el acceso a este derecho. En el contexto colombiano, el acceso a los servicios de salud está supeditado al estatus migratorio de las personas migrantes. En este sentido, los migrantes en situación irregular se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad, toda vez que, en razón de su situación migratoria irregular, solo tienen acceso a los servicios de urgencias. El actual informe ha identificado que existe una ambigüedad en el uso que se hace de este concepto, el cual se traduce en una barrera para el acceso a los servicios de salud. A esto se suman las dificultades mismas del sistema de salud colombiano, las cuales fueron advertidas en este documento.

Si bien es cierto que la cobertura de salud ha venido creciendo desde la Constitución de 1991, también es cierto que el sistema de salud en Colombia es aun muy deficiente, ya que la atención brindada no es homogénea o igualitaria en la cobertura y el acceso a los servicios a nivel territorial. En particular, la atención a los más pobres y vulnerables y en zonas remotas o marginadas sigue siendo insuficiente. Los problemas son sistémicos y están ligados a la precaria presencia del estado en muchos puntos del territorio nacional.

Es la población migrante, especialmente los NNA y los que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, quienes sufren las consecuencias de los problemas generales del sistema de salud colombiano. La concentración de la migración en distintas partes del territorio nacional ha implicado

que la problemática afecte a ciertas localidades de manera desproporcionada. El informe considera que las autoridades colombianas deben hacer mayores esfuerzos de los que hasta el momento han realizado. En este punto, lo identificado por el Conpes es de particular relevancia.

Por todo lo anterior, el presente informe enfatiza especialmente la necesidad de una política pública migratoria articulada, coherente y de largo plazo que tenga como ejes articuladores los objetivos de la inclusión de la población migrante y de la más amplia regularización de los migrantes en situación irregular. Esto bajo el entendimiento que ambos son objetivos estrechamente conexos y que pasan por el acceso a los derechos de la población migrante.

LOS **autores**

Carolina

Moreno Velásquez

Profesora asociada, Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes.

**Directora del Centro de Estudios en
Migración (CEM)**

camoreno@uniandes.edu.co

Juan Manuel

Amaya Castro

Profesor asistente, Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes,

jm.amaya@uniandes.edu.co

Gracy

Pelacani

Profesor asistente, Facultad de Derecho,
Universidad de los Andes,

g.pelacani@uniandes.edu.co



Universidad de
los Andes
Colombia

Facultad
de Derecho

Centro de Estudios
en Migración
CEM



Facultad
de Derecho

Centro de Estudios
en Migración
CEM