

LA PROTECCION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD: LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Mónica Arbeláez Rudas

INDICE GENERAL. 1. La naturaleza jurídica de los DESC en la Constitución. 2. El derecho a la salud en Colombia. 2.1. El derecho a la salud en la Constitución Política de Colombia de 1991. 2.1.1. Naturaleza jurídica del derecho a la salud consagrado en la Constitución. 2.2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud. Funcionamiento y contenido de la prestación sanitaria. 3. La jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a la salud: La acción de tutela como mecanismo de protección judicial del derecho a la salud en Colombia. 3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales. Su exigibilidad directa en sede de tutela. 3.2. El derecho a la salud y los sujetos del derecho. 3.2.1. El derecho fundamental a la salud de los niños. 3.2.2. El derecho a la salud de las mujeres en estado de embarazo y durante el período de lactancia. 3.3. La inaplicabilidad de normas que regulan exclusiones o limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud a favor de la protección del “derecho fundamental a la salud”. 3.3.1. Los enfermos de SIDA. 4. Reflexiones finales. 4.1. El papel del juez constitucional y los derechos de prestación. 4.2. La tutela del derecho a la salud. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1º de la Constitución Política de Colombia de 1991 señala que “Colombia es un Estado social de derecho ... [con] democracia participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

La nueva Carta Constitucional de Colombia consagra la cláusula del Estado social de derecho como fórmula política e ideológica del Estado Colombiano y consecuentemente, a lo largo de la Constitución se establecen otra serie de preceptos que, de una u otra manera, desarrollan el contenido material de la cláusula mencionada. En consonancia con dichas cláusulas, el artículo 2 de la Carta señala que es fin del Estado el de garantizar “la efectividad de los derechos y deberes consagrados en la Constitución. (...) Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades”. De lo anterior se deriva una especial preocupación del constituyente por dar un piso fuerte

a la Carta de derechos incorporada en la Constitución sin distinguir, en principio, entre los derechos civiles, políticos, sociales, colectivos o del ambiente. Estos derechos, reconocidos a nivel internacional, aparecen en el constitucionalismo colombiano, en su gran mayoría, sólo a partir de la promulgación de la Constitución de 1991 dentro de la cual fueron consignados en los Títulos I y II y especialmente en el capítulo 2 del Título II.¹

Actualmente, la Constitución de 1991 relaciona dentro de su Título II, “De los derechos, las garantías y sus deberes”, tanto el conjunto de los derechos fundamentales (capítulo 1), como los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos colectivos y del ambiente (capítulos 2 y 3 respectivamente).

Adicionalmente, y aunque en su gran mayoría los derechos sociales se encuentren relacionados este Título II, otros más se encuentran disgregados a lo largo del texto de la Constitución de 1991. Una lectura completa de la

¹ SARMIENTO, Libardo (compilador), Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas, Bogotá, Consejería presidencial para la política social – PNUD, 1995.

Carta permite obtener un conjunto bastante amplio de derechos económicos, sociales y culturales –DESC- que incluye los siguientes: *Derechos prestacionales propiamente dichos*, como pueden ser el derecho a la seguridad social (artículo 48), con especial énfasis en el derecho a la seguridad social y al subsidio alimentario de las personas en estado de indigencias (artículo 46, segundo inciso); el derecho a los servicios de promoción, protección y recuperación de salud (artículo 49); el derecho a una vivienda digna (artículo 51); a la recreación y al deporte (artículo 52); o el derecho a la Educación (artículo 67 y artículo 45 en lo relativo a la protección, educación y progreso de la juventud).

Derechos prestacionales referidos especialmente a sectores poblacionales que se consideran especialmente vulnerables como los derechos a una protección especial y al subsidio alimentario a la mujer en estado de embarazo y durante el período de post-parto cuando se encuentre desamparada (artículo 43); a la asistencia de las personas de tercera edad (artículo 46); el derecho de los disminuidos físicos y sensoriales a recibir especial atención del Estado especialmente en cuanto a su rehabilitación e integración social (artículo 47); o el derecho de los menores de un año a recibir atención gratuita en las instituciones sanitarias del Estado cuando no cuente con algún sistema de protección de seguridad social (artículo 50). Igualmente la Carta establece que “es obligación de Estado y de los empleadores ofrecer formación y rehabilitación profesional y técnica a quienes lo requieran, propiciando además la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizándoles a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud” (artículo 54). *Derechos que, catalogados dentro de los DESC, tienen un componente de libertad muy amplio* (predominante frente al componente prestacional) como el derecho al trabajo (artículo 25 y artículo 53 que regula las bases sobre las cuales debe ser elaborado y expedido el estatuto laboral) y los derechos laborales derivados, dentro de los cuales se incluyen los derechos a la sindicación (artículo 53), a la negociación colectiva (artículo 55) y a la huelga (artículo 56). Adicionalmente la Carta recoge *derechos que antaño fueran típicos derechos de libertad para imprimirles un componente social* como es el caso del derecho a la propiedad, respecto del cual aclara que habrá de ser entendido como una función social a la cual le es inherente una función ecológica (artículo 58), y dentro del cual se establece el deber del Estado de “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios (...)” (artículo 64).

Adicionalmente, para una lectura sistemática de este conjunto de derechos sociales debe tenerse en cuenta que, conforme a los artículos 93 y 94 de la Carta, en Colombia tienen “rango constitucional” los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos que hayan sido aprobados por el Congreso y que, en tanto tales, conforman el “*bloque de constitucionalidad*”², esto es, el conjunto de normas de rango constitucional formado por la propia Constitución y por otras normas de derecho internacional que adquieren tal rango por disposición de la propia Carta. Sobre esta base todos aquellos derechos sociales y de prestación que se consagran en Tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o el Protocolo Adicional al Pacto de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, se entienden incorporados al articulado constitucional.

De otra parte, el reconocimiento que hace la Constitución de 1991 de los derechos sociales en los términos que acabamos de mencionar se acompañó de una serie de mecanismos para su protección. De ellos la institución de nuevos órganos como la Corte Constitucional, encargada de velar por la integridad de la Constitución, o el reforzamiento de las competencias en materia de guarda de los derechos de los ciudadanos que ostenta el Ministerio Público –Procuraduría y Defensoría del Pueblo, son sin duda uno de los pasos más importantes en este sentido. Adicionalmente la nueva Carta creó –o *re-creó*, según el caso– otra serie de herramientas jurídicas para la protección de los derechos de los ciudadanos como las acciones populares, las acciones de grupo o las acciones de clase –de carácter colectivo-, y la acción de tutela –de carácter individual-.

² El concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional Francés, y surge de la consideración de éste según la cual, dado que el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. En este contexto, son textos que forman un bloque con el articulado de la Constitución, de manera tal que la infracción por una ley de las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comporta la inexistencia de la disposición legal controlada. Con tal criterio, en la decisión del 16 de julio de 1971, el Consejo Constitucional anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los “principios fundamentales de la República” a que hace referencia el Preámbulo de 1946. Sobre este concepto se puede consultar FAVOREU, Louis “El bloque de constitucionalidad” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, Madrid, pág. 46 y ss, y PARDO FALCÓN, Javier *El Consejo Constitucional Francés*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 115 y ss.

En lo que respecta a la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución consagra la acción de tutela como un mecanismo especial y subsidiario para la protección inmediata, mediante un procedimiento preferente y sumario³ de los “derechos constitucionales fundamentales”, cuando estos se encuentren vulnerados o amenazados de serlo, por parte de cualquier autoridad pública o, excepcionalmente, por los particulares cuando éstos presten un servicio público o el ofendido se encuentre frente a ellos en condiciones de indefensión o subordinación. La acción de tutela puede ser interpuesta ante cualquier juez de la República – excepción hecha de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado - y por cualquier persona (ya no ciudadano) que demuestre interés o por un representante de ésta, y por el Defensor del Pueblo en nombre del ofendido, de manera verbal o escrita. Una clara particularidad de este recurso dentro del contexto jurídico colombiano está dada porque todos los fallos de tutela producidos por los jueces nacionales son enviados – con sus respectivos expedientes- a la Corte Constitucional para su *eventual revisión* (artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991). Los fallos de revisión así producidos por la Corte son los que mayoritariamente constituyen la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales.

Es justamente en el marco de los fallos de revisión emitidos por la Corte es donde se han generado las líneas jurisprudenciales específicas en relación con la protección del derecho a la salud que presentaremos en este trabajo. En dichas líneas, como ocurre en general con las líneas relativas a los DESC, la pregunta sobre la naturaleza jurídica del derecho (reconocerlo como fundamental, social, económico o culturales, o como un derechos colectivo) se convierte en tema de capital importancia en la medida en que de la “definición” o caracterización que se obtenga del mismo dependerá la posibilidad de su exigibilidad jurídica directa mediante la acción de tutela⁴. Estas líneas jurisprudenciales, además, cobran gran relevancia dentro del conjunto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no sólo por su riqueza dogmática, sino por el alto número de casos que ha implicado. Al respecto, un informe publi-

³ Sobre la subsidiariedad e inmediatez de la Acción de Tutela puede consultarse la sentencia de la Corte Constitucional T-279 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁴ La acción de tutela ha sido consagrada en la Constitución colombiana como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando estos se encuentren vulnerados o amenazados de serlo, por parte de cualquier autoridad pública o, excepcionalmente, por los particulares. La acción de tutela está regulada mediante el Decreto 2591 de 1991 y la Ley 306 de 1992.

cado por la Defensoría del Pueblo en 2004 señala que del total de las acciones de tutela instauradas durante los años de 1999, 2000, 2001, 2002, y el primer semestre de 2003, el 25.7% corresponden a tutelas que piden la protección del derecho a la salud como derecho fundamental o en conexidad con algún derecho fundamental, y la gran mayoría de las cuales estaban relacionadas con la solicitud de prestaciones sanitarias negadas por las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud (entrega de medicamentos -47%- , prestaciones relacionadas con patologías de alto costo -21.04%- , solicitud de exámenes de carga viral para enfermos de VIH/SIDA -que pasaron del 5.6% al 25.3% en el año 2003- y la negativa o tardanza en la autorización de consultas con algunos especialistas, entre otras). En total son un grupo de 145.360 tutelas relacionadas con el derecho a la salud que fueron enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión⁵; de no haber sido por la acción de tutela, 87.300 personas (que interpusieron el 71% de todas las tutelas en salud) hubiesen perdido arbitrariamente su derecho de acceso a los servicios básicos de atención en salud –Planes obligatorios de salud-.

1. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DESC EN LA CONSTITUCIÓN

Desde que empezó a funcionar en 1992, la Corte Constitucional ha entrado a definir la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales - DESC- consagrados en la Constitución para determinar en qué casos los mismos son reivindicables por medio de la acción de tutela. Y es en esta línea interpretativa en la que la Corte ha elaborado una interesante doctrina en relación con la protección del derecho a la salud mediante la acción de tutela dando lugar a una jurisprudencia bastante “singular o particular” ya que resulta por lo menos inusual que un Tribunal Constitucional asuma la protección directa de derechos sociales de prestación. Y más inusual aún resulta el hecho de que sea una acción como la acción de tutela la que se utilice para proteger derechos sociales de prestación que, como el derecho a la salud, se encuentran por fuera de la lista de derechos fundamentales.

Ahora bien, en relación con la naturaleza jurídica de los DESC en general, y del derecho al a salud en particular, la doctrina colombiana presenta básicamente dos posturas contrapuestas que de alguna manera siguen las

⁵ Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud*, Bogotá, 2004

corrientes de la doctrina comparada. En términos generales la postura más restrictiva señala que los DESC son meros enunciados programáticos mientras que la más garantista se defiende la idea de que estos derechos comparten las características de los derechos subjetivos y que por tanto son directamente exigibles aún sin haber sido reglamentados por el legislador. En la primera línea doctrina señalada encajan posturas como las de Sarmiento para quien la inclusión de los DESC en la Constitución de 1991 implica que la Asamblea Nacional Constituyente tuvo en cuenta la evolución histórica y política del concepto de derechos fundamentales. Con todo, en su sentir los DESC consagrados en nuestra Constitución tienen unos fundamentos puramente éticos que sólo se legitiman y adquieren su expresión “completa” en el sistema jurídico.

“Para garantizar estos derechos [señala Sarmiento] se necesita consolidar un sistema institucional y social integral, eficiente, universal y solidario, y contar con el financiamiento suficiente, el desarrollo organizacional y los mecanismos administrativos de acceso.” En tanto tales, estos derechos antes que derechos subjetivos son mandatos para los poderes públicos⁶. Dentro de la corriente más “garantista”, por su parte, encontramos posturas como la de Arango para quien los derechos sociales consagrados constitucionalmente son “derechos” propiamente dichos y de carácter fundamental, por lo cual merecen una protección jurisdiccional directa⁷. Al respecto señala que “la garantía constitucional de derechos sociales fundamentales en el ámbito nacional aparece como el sistema más óptimo para la protección de los derechos humanos sociales.”⁸ En esta misma línea se inscribe Torres para quien la propuesta constitucional del Estado social de derecho busca la existencia real de las libertades para lo cual es necesaria una reelaboración de un orden constitucional fundado en la legitimidad. En este nuevo orden “no se trata de entender de forma singular a los derechos sociales como simples límites a la acción del Estado, sino de verles también como instrumentos del mismo para crear las con-

⁶ SARMIENTO, Libardo “Capítulo 2 [del Título II de la Constitución Política de Colombia]”, en BERRETO, Manuel y SARMIENTO, Libardo *De los derechos, las garantías y los deberes*, Comisión colombiana de juristas, Bogotá, 1997, pág. 169

⁷ ARANGO, Rodolfo, “Protección Nacional e Internacional de los Derechos Humanos sociales”, en *Ciudadanía y Derechos Humanos Sociales*, Escuela Nacional Sindical, Medellín, 2001, pág. 158.

⁸ ARANGO, Rodolfo “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales” en *Revista de Derecho Público* no. 12, Universidad de los Andes, 2001. Desde su postura sobre los derechos sociales fundamentales Arango busca justificar su justiciabilidad a partir de un “concepto evolucionado de los derechos subjetivos”.

diciones de realización de todos y cada uno de los mandatos de la Constitución. Lo derechos se convierten así [continúa], en la piedra angular del orden institucional.”⁹ Para Torres “la gran importancia de la Constitución de 1991 respecto de los derechos sociales radica en su amplia positivación otorgándoles un doble carácter; desde un punto de vista objetivo como pautas de interpretación y límites al poder público, y desde otro como derechos públicos subjetivos”.¹⁰

En cuanto respecta a la jurisprudencia constitucional, la Corte tampoco ha sido ajena a esta doble postura y a propósito de la misma ha señalado que:

“La mayoría de los derechos en referencia [los derechos sociales] implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Con base en esto, se sostiene que los enunciados constitucionales que recogen tales derechos no pueden ser objeto de decisiones judiciales hasta tanto el Congreso no haya expedido la legislación necesaria para aplicarlos; de lo contrario, se dice, el juez estaría ocupando terrenos que no le corresponden de acuerdo con la doctrina de la separación de los poderes. Esta fue la solución que la doctrina colombiana e internacional dio al asunto, a la luz de los postulados del estado de derecho liberal clásico. **Sin embargo**, los nuevos postulados del Estado social y las nuevas relaciones jurídicas derivadas del Estado bienestar imponen un cuestionamiento de esta solución.

“17. En primer lugar, es necesario advertir que los derechos económicos sociales y culturales, promovidos a nivel constitucional durante las primeras décadas del siglo (...), no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto “de la dignidad humana” en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo pri-

⁹ TORREZ ÁVILA, Jheison, *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*, tesis doctoral dirigida por el Catedrático José Asensi Sabater, Universidad de Alicante, Noviembre de 2002, mimeo, pág. 51.

¹⁰ TORREZ ÁVILA, Jheison, 2002, *Op. Cit.*, pág. 118

mero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocho formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes.”¹¹ (negritas fuera del original)

En la misma línea, en otra sentencia del mismo año señaló que:

“Las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, característica que exige protección permanente con el propósito de obtener su plena vigencia, "sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".¹²

Ahora bien, a partir de estos primeros pronunciamientos la Corte Constitucional ha desarrollado su jurisprudencia en relación con la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales contenidos en la Constitución, en la siguiente línea. Lo primero que destaca la Corte es que cuando se trata de establecer la naturaleza jurídica de estos derechos hay que diferenciar los casos en los que su titular es un menor de edad. Cuando se trata de niños, y por expreso mandato de la Constitución, los derechos sociales son derechos fundamentales y deben ser tratados como tales sin ningún tipo de distinción. En el resto de los casos, señala la Corte, estos derechos son de aplicación inmediata, entendiendo por tal fuerza vinculante la misma que le otorga el artículo 53.1 de la Constitución española a los principios de la política social y económica de dicha Carta, es decir, que tales derechos son, en principio, pautas a seguir de manera obligatoria por los poderes públicos y parte integral del sistema constitucional. Además de lo anterior, la Corte ha señalado que en el caso de los derechos sociales contenidos en la Carta hay que determinar si su aplicación inmediata hace referencia a la posibilidad de exigibilidad jurídica directa de los mismos mediante la acción de tutela y si tal principio de aplicación inmediata se traduce en que del enunciado constitucional que los contiene se deriva un derecho subjetivo que lo hace inmediatamente exigible

ante los poderes públicos¹³. En relación con esto último, la Corte ha señalado que “[p]or regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, a los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, en el ámbito teórico, en efecto, el Estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo.”¹⁴ Con todo, reconoce la Corte Constitucional que en determinadas ocasiones estos derechos adquieren el carácter de derechos subjetivos, de manera que los particulares pueden exigir directamente su cumplimiento ante las autoridades judiciales constitucionales mediante la acción de tutela. En sentir de la Corte, los derechos sociales de prestación se encuentran en estrecha relación con los conceptos de vida, mínimo vital y dignidad humana, por lo cual pueden llegar a considerarse como derechos inherentes a la persona, elemento éste que los hace tutelables¹⁵.

A partir de lo anterior la Corte ha establecido que existen una serie de derechos que no son derechos fundamentales propiamente dichos, pero cuya vulneración o afectación puede generar la vulneración de un derecho propiamente fundamental, y, en estos términos, es la conexión que se presenta entre la afectación de unos y otros la que permite reconocer el carácter fundamental de derechos que, en principio, no son fundamentales. En términos de la Corte, son derechos "fundamentales por *conexidad*"¹⁶. Esta línea de interpretación seguida por la juris-

¹³ Al respecto se puede consultar, entre otras, la sentencia C – 155 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁴ Sentencia T-207 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 3

¹⁵ Sobre el alcance de los derechos sociales, derechos sociales fundamentales y la cláusula de estado social de derecho se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, F.j. 1-25, T - 207 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 4, T - 205 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1, C- 251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 5-7, SU – 819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3, SU – 111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 8 a 14, SU – 225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 4-5, SU – 624 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1, y T – 762 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 5-6.

¹⁶ Sentencia T-406- 92, M.P. Ciro Angarita Barón, F.j. 15. En tal ocasión la Corte consideró que los derechos económicos, sociales y culturales, de contenido difuso, cuya aplicación está en principio encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional, sólo pueden ser considerados como fundamentales en aquellos eventos en los cuales, para un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o derecho fundamental. Probado el factor conexidad con un dere-

¹¹ Sentencia T 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, F.j. 16 y 17

¹² Sentencia T 570 de 1992. M.P. Jaime Sanín Greffestein, F.j. B

prudencia constitucional colombiana encuentra sustento en una doble convicción de nuestro juez constitucional que por un lado ha establecido que los derechos fundamentales no se circunscriben únicamente a los contenidos en el listado del capítulo 1 del Título II de la Carta, y por el otro ha determinado que en ciertas ocasiones los derechos sociales de prestación adquieren carácter de fundamentales en virtud de la inescindible relación que los une con derechos considerados en sí mismos fundamentales¹⁷. Los derechos que “naturalmente” son de índole social en algunas ocasiones pasan ser “derechos fundamentales por *conexidad*”, y en tanto tales pueden ser objeto de protección directa mediante la acción de tutela ante la jurisdicción constitucional¹⁸.

De esta interpretación sobre el posible carácter *fundamental por conexidad* de algunos derechos sociales surge, entre otras, una línea jurisprudencial formada principalmente por pronunciamientos de la Corte en las sentencias de tutela, y en la cual se admite la procedencia de esta acción para la protección directa del derecho a la salud.

Ahora bien, se ha señalado que la acción de tutela se ha convertido en un elemento clave en la protección de derechos sociales en Colombia, pero salta a la vista que esta afirmación parece estar en contradicción con el contenido del artículo 86 de la Constitución, según el cual para reclamar mediante la acción de tutela por la vulneración o amenaza de un derecho, éste ha de ser *fundamental*, de manera que los derechos que no gocen de este “status”

cho o principio fundamental para el caso particular, será posible su protección en sede de tutela. Ello, a juicio de la Corte, en tanto existe un ámbito necesario e irreductible de las conductas que el derecho protege, con independencia de las modalidades o formas de protección. Igualmente, en el fundamento jurídico 3 de la sentencia T- 571 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffestein, la Corte señaló que “Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida.” Y así lo reiteró la Corte en la sentencia T-116 de 1993 M.P. Hernando Herrera, F.j. 3.

¹⁷ Sobre los criterios establecidos por la Corte Constitucional colombiana para establecer cuándo un derecho constitucional es fundamental se puede consultar la sentencia T-002 de 2992 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ Al respecto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T - 447 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 192 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 645 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T -042 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU - 039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara, y T - 177 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, entre otras.

210

tampoco gozan del *plus* de protección que ofrece la Carta mediante la acción de tutela. No obstante, esta aparente contradicción no es tal en el marco de la jurisprudencia constitucional colombiana. Veamos por qué:

Si en el ordenamiento jurídico colombiano se admitiera que los derechos sociales en tanto derechos de prestación no pueden ser exigidos directamente ante la justicia constitucional, habría que derivar su subjetividad al ámbito de la legalidad, es decir, habría que estudiar la posibilidad de exigibilidad judicial de los mismos únicamente en el campo de la jurisdicción ordinaria. Si por el contrario se asumiera directamente que, como pretende parte de la doctrina, este tipo de derechos, al igual que los civiles y políticos, son en sí mismos derechos fundamentales subjetivos, se aceptaría sin más la posibilidad jurídica de exigibilidad directa de los mismos y de sus diferentes contenidos prestacionales en sede constitucional mediante la acción de tutela. En el actual contexto jurídico colombiano, sin embargo, no es posible absolutizar ninguna de las dos opciones, toda vez que, según se desprende del estudio sistemático de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la posibilidad de exigibilidad jurídica directa de los derechos sociales mediante la acción de tutela es factible pero depende del caso concreto al que se circunscriba y, en este sentido, corresponde al juez determinarla según los particulares supuestos de hecho en que se enmarca cada caso –de ello se exceptúa la exigibilidad jurídica de algunos derechos sociales a los cuales la Constitución les ha otorgado el carácter de fundamentales, como el derecho a la salud de los niños-.

2. EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

2.1. El derecho a la salud en la Constitución Política de Colombia de 1991

En el marco de la Constitución colombiana de 1991 el derecho a la salud y la seguridad social aparecen como servicios públicos cuyo soporte jurídico está integrado por un amplio sistema de normas que incluye tanto los artículos 44, 48, 49 y 50 de la Constitución, como por otra serie de preceptos constitucionales tales como el artículo 11 –que consagra el derecho a la vida-, el artículo 13 inciso tercero –según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta-, el artículo 366 –en el cual se señalan el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de

vida de la población y la solución de las necesidades insatisfechas de salud, entre otras, como finalidades sociales del Estado-, y los 300, 356 y 357¹⁹ en relación con medidas de descentralización de los recursos sanitarios y educativos, entre otros, y por el conjunto de reglas infraconstitucionales que los desarrollan. Refiriéndonos específicamente al derecho a la salud, la Constitución señala que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado que garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. (artículo 49). La dirección de los servicios de salud corresponde al Estado, su organización será en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, en los términos señalados por la ley, y la estructura del sistema sanitario podrá depender o no del sistema general de seguridad social (artículo 48). Adicionalmente la Carta reconoce que el derecho a la salud de los niños es un derecho fundamental (artículo 44) y añade que Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, en los términos en que lo establezca la ley (artículo 50).

Ahora bien, aún cuando la Constitución no utiliza explícitamente el término “derecho a la salud” tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional han adoptado tal expresión para referirse a lo que la Constitución consagra como el derecho al “acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”, por lo cual, en lo que toca al estudio de este asunto en el contexto jurídico colombiano, haremos referencia al “derecho a la salud”.

Del texto constitucional se desprenden diferentes características del derecho a la salud. Entre ellas se encuentra que tanto la seguridad social como la salud son entendidas por la Constitución como derechos irrenunciables y como servicios públicos que se prestarán bajo la dirección y coordinación del Estado. El hecho de considerar a la salud como un servicio público la sitúa de manera explícita en la esfera pública de acceso universal. Esto quiere decir que aún cuando los servicios de saneamiento y asistencia sanitaria sean prestados por el sector privado (posibilidad que también contempla la Carta) debe regirse por los lineamientos y las normas generales del servicio pú-

blico bajo la dirección y coordinación del Estado. Igualmente se puede establecer que conforme a la fórmula constitucional, los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud deben ser prestados dentro de un marco de eficiencia y solidaridad, y deben garantizar una atención integral (que vincula al Sistema al afiliado y a su núcleo familiar) y una cobertura universal. Los principios del derecho a la salud así consagrados en la Constitución encuentran su desarrollo y las bases para su materialización en las disposiciones legales que regulan las condiciones específicas en que habrá de organizarse el sistema sanitario colombiano.

Así mismo, la Carta contempla que la asistencia sanitaria y el saneamiento ambiental, en tanto servicios públicos, estarán a cargo del Estado a quien compete reglamentar, organizar y dirigir la fórmula de prestación de los mismos de manera descentralizada, bien por entidades públicas, bien por entes privados bajo su vigilancia y control (artículo 49). La Constitución deriva al Estado el establecimiento de las competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de salud y las fórmulas de financiación de la asistencia sanitaria mediante aportes de los particulares en las condiciones que establezca la ley, al tiempo que establece que la ley determinará los términos en los cuales la atención básica en salud para todos los habitantes será gratuita y obligatoria (artículo 49).

El derecho a la salud reconocido constitucionalmente ha sido desarrollado por el legislador mediante la 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”, regulación dentro de la cual se incluye la correspondiente a la seguridad social en salud dentro del llamado Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSS-, y se reconoce que de las distintas actividades que integran la seguridad social, la atención en salud se constituye en un objetivo fundamental en tanto que es entendida como un derecho de reconocimiento superior, dirigido a facilitar el acceso de las personas a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

2.1.1. Naturaleza jurídica del derecho a la salud consagrado en la Constitución

Como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales en general, en el caso de la salud la doctrina ha estado dividida al establecer el carácter programático o fundamental del derecho a la salud consagrado en nuestra Constitución, salvo en lo relacionado con el derecho a la salud de los niños, reconocido expresamente por

¹⁹ El artículo 300, y los artículos 356 y 357 de la Constitución fueron reformados por los Actos Legislativos 01 de 1996 y 01 de 2001, respectivamente.

la constitución como un derecho fundamental. Para Martínez, por ejemplo, “el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización que viabilicen y optimicen la eficacia del servicio público y que sirvan además para mantener el equilibrio del sistema.”²⁰ Así, la salud es un derecho constitucional que en principio no ostenta el rango de fundamental, “salvo en el caso de que circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales”²¹. En la misma línea Sarmiento señala que el derecho a la salud, además de ser consagrado de manera autónoma en la Constitución, es “parte” del derecho a la seguridad social que en Colombia, según plantea, “incluye únicamente los aspectos relacionados con la seguridad social en salud y en pensiones”²². Con todo, continua, aunque aparezca claramente una garantía constitucional sobre la seguridad social y sobre el derecho a la salud y en algunos casos se pretendan estos como derechos fundamentales, para que tales derechos puedan realizarse plenamente requiere de la determinación del legislador. Al referirse específicamente al derecho a la salud consagrado en el artículo 49 de la Carta, el mismo autor señala que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la salud es un bien inherente a la existencia digna del ser humano y que en tanto tal se encuentra especialmente protegido. Con todo, y aún reconociendo que el derecho a la salud busca el aseguramiento del derecho fundamental a la vida, Sarmiento considera que por su naturaleza asistencial, impone un tratamiento prioritario y preferencial por parte del poder público y del legislador con miras a su protección efectiva²³. Reconoce así una fuerza normativa limitada a la cláusula constitucional que consagra el derecho a la salud, la cual es considerada como una norma que orienta y que limita la acción de los poderes públicos pero que, aparentemente, no deriva ningún derecho subjetivo claro.

Esta es también la postura de Jaramillo para quien el derecho a la salud consagrado constitucionalmente ha sido *completado* por el legislador ya que de la sola cláusula

constitucional del derecho a la salud no se podía derivar un derecho subjetivo. Sólo a partir de una interpretación amplia de los conceptos constitucionales y legales sobre la materia se puede identificar a la salud como el derecho que tienen los colombianos a un plan de servicios personales de salud en la prevención de enfermedad, promoción y recuperación de la salud, y atención a la maternidad, conjugado con el derecho a disfrutar de un ambiente saludable que incluye el saneamiento ambiental y los servicios colectivos de salud pública orientados por lo general al control de los factores de riesgo para la salud²⁴.

Desde la corriente doctrinal opuesta, Restrepo señala que la Constitución de 1991 “consagra en forma explícita un derecho a la salud y reconoce como derechos fundamentales los derechos a la vida, a la integridad física y al libre desarrollo de la personalidad. Al mismo tiempo reconoce explícitamente el derecho a la atención de la salud y el derecho a la seguridad social que quedan íntimamente ligados.”²⁵

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido tres dimensiones diferentes en relación con el contenido y alcance del derecho a la salud: de un lado, la Corte ha señalado que el derecho a la salud es un predicado inmediato del derecho a la vida de donde deduce que al atentar contra la salud se atenta contra la vida misma; en segundo término la Corporación ha considerado que el derecho a la salud impone a los poderes públicos y a los particulares la prohibición de desarrollar cualquier conducta que cause daño a la salud o integridad física de otro. Con respecto a estas dos dimensiones se puede hablar del carácter *fundamental* del derecho a la salud. En una tercera dimensión, el derecho a la salud ha sido identificado por la Corte como un derecho de carácter eminentemente asistencial o *prestacional* en la medida en que impone al Estado la obligación de desarrollar acciones y de proveer a la sociedad una serie de bienes y servicios para asegurar a los ciudadanos el goce no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también de los servicios hospitalarios, farmacéuticos, de sanidad ambiental y de salud pública en general. La frontera entre el derecho a la salud como derecho fundamental o como derecho prestacional dependerá,

²⁰ MARTÍNEZ, Alejandro, “El derecho a la salud”, en *Ética y reformas a la salud, Seminario Internacional, Ministerio de Salud de Colombia, Bogotá, julio de 1998*, pág. 36

²¹ MARTÍNEZ, Alejandro, 1998, *Op. Cit.* pág. 38

²² SARMIENTO, Libardo “Capítulo 2 [del Título II de la Constitución Política de Colombia]”, en BERRETO, Manuel y SARMIENTO, Libardo De los derechos, las garantías y los deberes, *Comisión colombiana de juristas, Bogotá, 1997*, pág. 209

²³ SARMIENTO, Libardo, 1997, *Op. Cit.* pág. 219

²⁴ JARAMILLO, Iván, “El derecho a la salud, estado actual y perspectivas”, en SARMIENTO, Libardo (compilador), *Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas, Bogotá, Consejería presidencial para la política social – PNUD, 1995*, pág. 109 - 110

²⁵ RESTREPO, Mauricio, “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia”, en GIRALDO, Juan Carlos (Compilador) *Ejercicios del Derecho a la Salud en Colombia, Defensoría del Pueblo, Bogotá, 2000*, pág. 83.

como estudiaremos en profundidad más adelante, de diversos factores.

Dentro de la interpretación que se acaba de describir la Corte Constitucional ha determinado que si bien el derecho a la salud consagrado en el 49 de la Constitución es en principio un derecho de carácter prestacional, puede ser considerado como un derecho fundamental *por conexidad* dada la íntima relación que se encuentra entre éste y otros derechos de carácter fundamental como el derecho a la vida o el mínimo vital²⁶, lo que le otorga al primero, en ciertas ocasiones, el carácter de derecho constitucional subjetivo de exigibilidad directa ante la justicia constitucional. Sobre esta base la Corte ha señalado que “[l]a frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso”²⁷. El derecho a la salud, en tanto derecho social de prestación, puede adquirir el carácter de derecho fundamental²⁸ en virtud de la conexión que se presenta cuando su vulneración o amenaza compromete (amenaza o vulnera) derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo - esenciales dentro del Estado social de derecho-²⁹ En esta línea argumentativa, la Corte presenta una construcción dogmática que justifica, en el marco del ordenamiento jurídico colombiano, la protección del derecho a la salud en sede de tutela³⁰. La posibilidad de exigibilidad jurídica directa de este derecho mediante la acción de tutela dependerá del caso concreto al que se circunscriba la reclamación del mismo y, en este sentido, corresponde al juez de tutela

²⁶ Al respecto pueden consultarse las sentencias T- 571 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, F.j. 2.3., T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T - 447 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 067 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 192 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 645 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 042 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU - 039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara y T - 177 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz, entre otras.

²⁷ Sentencia T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz F.j. B

²⁸ En cuanto a la fundamentalidad del derecho a la salud en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales, en la sentencia T-042 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 3, la Corte señaló que los derechos a la seguridad social y a la salud adquieren el carácter de fundamentales “por conexidad cuando su desconocimiento se traduce, indefectiblemente, en la vulneración de otro derecho de tal naturaleza como el derecho a la vida o a la dignidad humana.”

²⁹ Sentencia T- 571 /92 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein F.j. 3-5

³⁰ Una presentación de la amplia línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en esta materia puede encontrarse en ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, La protección a la salud: línea jurisprudencial y notas constitucionales, Centro de Investigación y Educación Popular –CINEP-, Acción Ecuémica Sueca –DIAKONIA, 2002, y Diez años de protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencias de la Corte Constitucional Colombiana, Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, www.cajpe.org.pe/rij/bases/jurisnac/arbelaez.pdf

determinarla según los particulares supuestos de hecho en que se enmarca cada caso, excepción hecha del derecho a la salud de los niños que es fundamental y por tanto tutelable por disposición literal de la propia Constitución.

Visto lo anterior, podemos decir que, conforme a los planteamientos de la jurisprudencia constitucional colombiana, la naturaleza jurídica del derecho a la salud –en los términos en que se encuentra consagrado en la Constitución- se encuentra en el filo entre las características propias de un derecho típicamente prestacional y por tanto imposible de ser exigido directamente, y las de los derechos subjetivos de aplicación directa. Así las cosas, el derecho a la salud es un *potencial* derecho fundamental por *conexidad* cuando se trata de la salud de la población adulta, y en tanto tal es un derecho potencialmente subjetivo cuyo reconocimiento depende de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

2.2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud. Funcionamiento y contenido de la prestación sanitaria³¹

El mandato constitucional sobre el derecho a la salud y la organización del sistema sanitario para su protección se encuentra regulado en la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, y en la cual se define el Sistema General de Seguridad Social en Salud que tiene por objeto “... regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención”, bajo la dirección del gobierno nacional y con el fin de lograr la afiliación obligatoria de todos los habitantes del territorio a través de los regímenes contributivo y subsidiado, y con vinculación temporal para los que carecen de capacidad de pago y mientras se benefician del régimen subsidiado. En el contexto actual, el Sistema General de Seguridad Social en Salud diseñado por la Ley 100 de 1993 es un sistema público de aseguramiento de las contingencias en de salud de los ciudadanos que se encuentra estructurado sobre la base de la solidaridad entre trabajadores, empleadores y

³¹ Actualmente cursan en el Congreso de la República de Colombia varios proyectos de ley, presentados por diversos grupos parlamentarios, destinados a modificar la Ley 100 de 1993, la cual consagra el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Los principales ejes de los proyectos de reforma están destinados a modificar el funcionamiento del Régimen Subsidiado de Salud, especialmente en lo relativo a las Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS-, la calidad de los “vinculados” al sistema mediante dicho Régimen, y los sistemas de financiación del subsidio, entre otros. Algunos de los proyectos incluyen también reformas al contenido de las prestaciones sanitarias garantizadas por el Sistema

Estado, los cuales, mediante aportes periódicos, financiarán el propio sistema. Ahora bien, la misma Ley 100/93 contempló una ampliación progresiva de la cobertura del servicio de Seguridad Social en Salud, bajo la proyección de que para el año 2001 todos los habitantes del territorio nacional deberían estar inscritos en el Sistema gozando de sus beneficios –principio de universalidad-. No obstante, para tal fecha las metas propuestas sólo habían sido cubiertas en un 55%, y, como lo plantea Botero, “no hay indicios claros que permitan superar dicha expectativa.”³²

Grosso modo, podríamos decir que el Sistema General de Seguridad Social en Salud funciona bajo una fórmula de aseguramiento en la cual cada usuario –afiliado o beneficiario- del sistema le paga al mismo el valor de una prima de seguro por las contingencias en salud que pueda sufrir. En el caso de los trabajadores por cuenta ajena, la prima es pagada conjuntamente por el empleador y el trabajador. En el caso de los trabajadores independientes el 100% de la prima está a cargo del trabajador, y para el caso de los sectores más desfavorecidos que carecen de capacidad de pago, se establece una prima subsidiada, total o parcialmente, con aportes del Estado y con un punto de los aportes de los cotizantes.

En este orden de ideas, el Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano prevé dos regímenes de afiliación diferentes, a saber, el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado, al primero de los cuales se encuentran afiliados los ciudadanos con capacidad de pago, entendiendo por tales los empleados y los trabajadores independientes. Al Régimen Subsidiado, por su parte, se encuentra afiliado aquel sector de la población que no tiene capacidad de pago y cuya vinculación es total o parcialmente subsidiada. El Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud coexisten articuladamente para su financiación y administración, con una vinculación mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías –FOSYGA-³³, encargado de la administración general de los recursos del Sistema. Adicionalmente, y en punto a estructurar la administración de los recursos y la prestación de los servicios en cada uno de

los Regímenes, la Ley previó la existencia de Empresas Promotoras de Salud –Empresa Promotora de Salud- para el Régimen Contributivo, y de entidades Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS- para el Régimen Subsidiado, que pueden ser de carácter público, privado o mixto. Por delegación del Estado, las Empresas Promotoras de Salud y las entidades Administradoras del Régimen Subsidiado tienen a su cargo la afiliación de las personas al sistema, la administración de los recursos de su respectivo Régimen y la prestación de los servicios de asistencia sanitaria a los afiliados y beneficiarios del mismo, bien mediante instituciones de asistencia sanitaria propias, bien mediante la contratación de los servicios de salud a Instituciones Prestadoras de Salud –IPS-.

Adicionalmente, en términos propiamente prestacionales, el contenido objetivo o material de la asistencia sanitaria se organiza en dos Planes de Salud, uno para cada Régimen. Así, los afiliados y beneficiarios del Régimen Contributivo tendrán derecho a las prestaciones que componen el llamado Plan Obligatorio de Salud –POS-³⁴ y los beneficiarios del Régimen Subsidiado tendrán derecho a las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POS-S-³⁵ que contiene más limitaciones y exclusiones prestacionales que el POS. La unificación en los contenidos de uno y otro Plan, después de la universalización de las afiliaciones al sistema, es otra de las metas contempladas en la Ley, aunque aún no se ha logrado.

Ahora bien, tener claridad sobre el anterior esquema, resulta especialmente útil para el presente trabajo, toda vez que buena parte de los casos de protección del derecho a la salud que se presentan a continuación se inscriben en reclamaciones derivada de los problemas o deficiencias

³² BOTERO Marino, Catalina, “Diez años de Constitución”, extraído de internet en <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm>

³³ El Fondo de Solidaridad y Garantía –FOSYGA- es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud en la cual se concentran los recursos de la Seguridad Social en Salud, que tiene como principal objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos, la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, asegurando la eficacia del Sistema. Los recursos en ella concentrados se destinarán a co-financiar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables

³⁴ El POS garantiza a sus usuarios un paquete integral de servicios de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y medicamentos para responder a todos los problemas de salud que puedan presentar sin ningún tipo de discriminaciones por edad ni género, respetando los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad. No obstante, en punto a la reglamentación de los mencionados servicios, y debido a limitaciones de tipo legal y financiero que enfrenta el Sistema, el POS incluye únicamente una selección de aquellos procedimientos, actividades, intervenciones y medicamentos que conjugan los elementos de mayor eficacia y menor costo para el conjunto de la población. Adicionalmente, contempla una serie de exclusiones o limitaciones, esto es, actividades de asistencia sanitaria expresamente excluidas de las prestaciones cubiertas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud. (Decreto 1938 de 1994)

³⁵ El POS-S comprende el conjunto de servicios y prestaciones sanitarias a que tienen derecho los beneficiarios del Régimen Subsidiado. Aunque al igual que el POS el POS-S busca garantizar a los beneficiarios un paquete integral de servicios de promoción, prevención, tratamiento, rehabilitación y medicamentos, este Plan contiene más limitaciones y exclusiones que el POS, y sus prestaciones cubren menos contingencias que las del POS. (Decreto 1938 de 1994)

que ha presentado la implementación del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia.

3. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD: LA ACCIÓN DE TUTELA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN JUDICIAL DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

Como se ha mencionado ya, la acción de tutela, instrumento para la protección de los derechos fundamentales, se ha hecho servir también para la reclamar los contenidos constitucionales y legales de algunos DESC. En relación con el derecho a la salud, la acción de tutela se ha convertido en una herramienta fundamental para reclamar por los bienes y servicios a que *da derecho* el derecho a la salud, ha sido el más utilizado, lo cual ha sido posible gracias a la interpretación “amplia” de este derecho que se ha desarrollado, desde un principio, dentro de la jurisprudencia constitucional. La población acude cada vez más a la jurisdicción constitucional para obtener la salvaguarda de su derecho a la salud el cual, a falta de tal recurso, se haría nugatorio. De ello dan fe las cifras presentadas por la Defensoría del Pueblo³⁶ al señalar que entre 1999 y el primer semestre de 2003 se presentaron en Colombia 145.360 tutelas relacionadas con el derecho a la salud, todas las cuales fueron posteriormente enviadas a la Corte Constitucional para su eventual revisión. En esta línea, y según señala un reciente informe de la Defensoría del Pueblo, “el mecanismo de tutela del derecho a la salud hoy es el *único* elemento de protección con que cuentan los usuarios de los servicios médico asistenciales (...)”³⁷ para garantizar el pleno ejercicio de su derecho a la salud. Por este motivo, para el estudio del derecho a la salud en el contexto colombiano el estudio de la jurisprudencia constitucional sobre la materia es indispensable.

La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una serie de líneas jurisprudenciales conforme a las cuales tanto los derechos sociales en general como el derecho a la salud en particular pueden ser exigidos judicialmente de manera inmediata mediante la acción de tutela cuando se hace patente que para el caso concreto existe una conexión entre el derecho social afectado y un derecho *per se* fun-

damental (lo cual convierte al derecho social en una “derecho fundamental por *conexidad*”)³⁸. A partir de ahí, la Corte ha estructurado diversas líneas jurisprudenciales en relación con el derecho a la salud. De un lado, y como se ha dicho ya, se ha recalado jurisprudencialmente que conforme al artículo 44 de la Carta derecho a la salud de los niños es, en sí mismo, un derecho fundamental y por tanto de aplicación directa. De otro, la protección constitucional del derecho a la salud se ha enmarcado dentro de la tensión entre la definición de este derecho como derecho de configuración legal o como derecho fundamental de aplicación directa, con lo cual ha resultado hasta cierto punto casuística.

Así, desde la sentencia T - 484 de 1992 la Corte ha procurado distinguir con claridad los momentos en los cuales el derecho a la salud debe ser considerado simplemente como derecho prestacional de configuración legal o aquellos en los que debe entenderse como un derecho fundamental. En aquella ocasión la Corte señaló que la naturaleza jurídica del derecho a la salud conforma, en su conjunto, una serie de elementos que permiten derivar de él dos acepciones: una según la cual el derecho a la salud es un derecho de carácter asistencial o prestacional cuyo reconocimiento impone acciones concretas al Estado, en desarrollo de los mandatos legislativos, con el fin de prestar determinados servicios públicos para asegurar a los asociados el goce “no sólo de los servicios de asistencia médica, sino también los derechos hospitalarios, de laboratorio y farmacéuticos”³⁹. La segunda encuentra en el derecho a la salud un derecho “potencialmente” fundamental, en la medida en que lo identifica como expresión directa del derecho a la vida; atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su vida. La Corte ha reconocido que frente a “la protección del derecho a la salud debe asumirse una perspectiva amplia”⁴⁰ según la cual se afirma que el derecho fundamental a la salud se configura no sólo en el caso extremo anotado por la teoría restrictiva, sino también en aquellas situaciones en las

³⁶ Defensoría del Pueblo, “La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud”, Bogotá, 2004, pág. 2

³⁷ Defensoría del Pueblo, “La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud”, Bogotá, 2004

³⁸ Sentencia T- 571 de 1992 M.P. Jaime Sanin Greiffenstein, F.j. 2.3. Al respecto pueden consultarse también las sentencias T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T - 447 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 067 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 192 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, T - 645 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 042 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU - 039 de 1998 M.P. Hernando Herrera Vergara, T - 177 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

³⁹ Sentencia T - 484 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz. F.j. B. Al respecto pueden consultarse también las sentencias T - 271 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁰ Por el contrario a la perspectiva restrictiva según la cual el derecho a la salud sólo tiene el carácter de fundamental en aquellos casos en los cuales se relaciona de manera directa y grave con el derecho a la vida.

cuales se afecta de manera directa y grave el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social en condiciones normales. Según éste último punto de vista, la salud es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. Con base en esta apreciación gradual de la salud, el Estado protege un mínimo vital, por fuera del cual, el deterioro orgánico impide una vida normal.⁴¹ En esta línea, y dada la conexión que se presenta entre el derecho a la salud y algunos derechos fundamentales propiamente dichos⁴², hace que en ciertos casos el primero adquiere el carácter de fundamental y por tanto sea exigible mediante la acción de tutela.

Así las cosas, en el actual contexto jurídico colombiano no es posible absolutizar ninguna de las posiciones doctrinarias en torno a la naturaleza jurídica de los derechos sociales de prestación, lo cual se hace extensivo a la definición de la naturaleza jurídica del derecho a la salud. De hecho la propia Corte Constitucional ha sostenido que "[l]a frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso"⁴³. La posibilidad de exigibilidad jurídica directa de este derecho mediante la acción de tutela -excepción hecha del derecho a la salud de los niños- depende del caso concreto al que se circunscriba la reclamación del mismo y, en este sentido, corresponde al juez de tutela determinarla según los particulares supuestos de hecho en que se enmarca cada caso.

Ahora bien, dejando de lado aquella línea jurisprudencial según la cual el derecho a la salud tiene un carácter eminentemente prestacional, y por tanto no es protegible por la vía de la acción de tutela, presentaremos a continuación la línea de la jurisprudencia de la Corte conforme a la cual el derecho a la salud puede ser considerado como un derecho fundamental por conexión. Dentro de esta se presentarán además dos vertientes jurisprudenciales enfocadas a establecer cómo la Corte ha priorizado la protección del derecho a la salud en atención a determinados sujetos del derecho -niños y madres durante el embarazo y período de lactancia-, y una tercera vertiente relacionada con la inaplicabilidad -en favor del "derecho fundamental a la salud"- de normas legales y reglamentarias que excluyen determinadas prestaciones o servicios de

⁴¹ Sentencia T - 597 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 2.

⁴² Respecto de la conexión que se presenta entre los derechos sociales y los derechos de libertad puede consultarse ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002. Pág. 200 y ss.

⁴³ Sentencia T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz F.j. B

los Planes Obligatorios de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el marco de esta última se hará énfasis en las exclusiones relacionadas en los casos de enfermos de SIDA y en la priorización de la protección del derecho a la salud de quienes padecen tal enfermedad⁴⁴.

3.1. El derecho a la salud como derecho fundamental en virtud de su conexión con otros derechos fundamentales. Su exigibilidad directa en sede de tutela

Partiendo de una interpretación sistemática de las cláusulas constitucionales que consagran el Estado social de derecho y la dignidad humana como principios, la Corte ha concluido que, una y otra, exigen del Estado el cumplimiento de una serie de obligaciones tendentes a la realización progresiva de los derechos sociales de prestación⁴⁵ los cuales, en determinadas ocasiones, pueden ser directamente exigibles mediante la acción de tutela⁴⁶. Derivada esta doctrina hacia la protección constitucional del derecho a la salud, la Corte desarrolla una línea jurisprudencial que se centra en la solución de los casos en los cuales es evidente una conexión determinante entre el derecho a la salud y un derecho fundamental como el derecho a la vida o el mínimo vital.

Un primer momento dentro de esta línea jurisprudencial lo encontramos en la sentencia T-406 de 1992⁴⁷ en la

⁴⁴ Para la selección de las sentencias se realizó una primera exploración sobre las sentencias más recientes en cada uno de los campos de estudio señalados y partiendo de ellas se buscó la construcción de una línea descendiente en términos cronológicos conforme a las citaciones jurisprudenciales internas de cada una de las sentencias revisadas. Hecha así una primera escogencia, del conjunto de las sentencias resultantes se procedió a seleccionar aquellas sentencias más recurrentemente citadas por la propia Corte a manera de precedente para los fallos subsiguientes. Con base en las sentencias obtenidas de este último proceso se construyó cada una de las líneas jurisprudenciales que en adelante presentaremos. Esta es la metodología utilizada por el Profesor Diego LÓPEZ en su libro El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, Teoría del Derecho Judicial, Bogotá, Ediciones Uniandes y Legis, 2000.

⁴⁵ Al respecto se pueden consultar las sentencias T-427 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C- 251 de 1997, entre otras

⁴⁶ Sobre el alcance de los derechos sociales, los derechos fundamentales y la cláusula de estado social de derecho se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón, F.j. 1-25, T - 207 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 4, T - 205 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1, C- 251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 5-7, SU - 819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3, SU - 111 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 8 a 14, SU - 225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 4-5, SU - 624 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1, y T - 762 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 5-6.

⁴⁷ Sentencia T - 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

cual la Corte consideró que, eventualmente, derechos sociales como la salud y la salubridad pública pueden ser considerados como fundamentales siempre que, para un caso específico, sea evidente su *conexión* con un principio constitucional o con un derecho fundamental. Probado el factor *conexión* entre un derecho social y un principio constitucional o con un derecho fundamental para el caso particular, será posible la protección del primero en sede de tutela. En la misma línea, en la sentencia T-484 de 1992 la Corte consideró que la falta de atención médica podría implicar un perjuicio irremediable para el paciente en tanto que los quebrantos de salud ponían en serio peligro su derecho a la vida⁴⁸. En la sentencia T-571 de 1992 la Corte señaló que el derecho a la salud, es uno de aquellos derechos que pueden adquirir el carácter de fundamentales por *conexión* cuando su vulneración o amenaza compromete derechos fundamentales como la vida, la integridad o el trabajo, y en tal medida es susceptible de ser protegido por medio de la acción de tutela⁴⁹. Y en el mismo sentido se pronunció en la sentencia T-494 de 1993 al establecer que “[c]uando se habla del derecho a la salud, no se está haciendo cosa distinta a identificar un objeto jurídico concreto del derecho a la vida, y lo mismo ocurre cuando se refiere al derecho a la integridad física. Es decir, se trata de concreciones del derecho a la vida, mas no de bienes jurídicos desligados de la vida humana, porque su *conexión* próxima es inminente”⁵⁰. Tal planteamiento fue reiterado en la sentencia, Sentencia T - 067 de 1994⁵¹.

Posteriormente, a partir de la sentencia T-207 de 1995 la Corte concreta aún más el objeto de *conexión* que hace del derecho a la salud un derecho fundamental por *conexidad*. En dicha sentencia la Corte señaló que “[e]xisten otros derechos prestacionales que se hacen exigibles por su *conexidad*, a partir del caso en concreto, con un derecho fundamental. (...) [L]a exigibilidad, a través de la acción de tutela, de prestaciones constitucionales como los derechos a la salud (...) está sujeta a la comprobación de una violación o amenaza de los derechos fundamentales (...) en particular cuando la completa ausencia de apoyo lo priva [al afectado] de su derecho al

mínimo vital”⁵². (cursivas fuera del texto). Y afilando un poco más tal tendencia, mediante la sentencia T-271 de 1995 la Corte especificó que “la salud reviste la naturaleza de derecho fundamental merced a su relación inescindible con el derecho a la vida y al mínimo vital”⁵³. La línea se mantiene igualmente en las sentencias T-042 y 645 de 1996 en las cuales se especifica que los derechos a la seguridad social y a la salud adquieren el carácter de fundamentales “por *conexidad* cuando su desconocimiento se traduce, indefectiblemente, en la vulneración de otro derecho de tal naturaleza como el derecho a la vida o a la dignidad humana”⁵⁴, y que “el derecho a la salud se torna fundamental cuando se ubica en *conexidad* con el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal (...) y por tanto es susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela”⁵⁵, respectivamente. Esta reducción del ámbito de los derechos fundamentales frente a los cuales se debe comprobar la *conexión* del derecho a la salud se hace más fuerte en la sentencia SU-111 de 1997 en la cual la Corte señala que la acción de tutela resulta procedente para la protección de este derecho sólo “cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de las personas (...)”⁵⁶. El carácter fundamental del derecho a la salud consagrado en la Constitución, según se plantea en esta sentencia, sólo tendría lugar en el caso en que se establezca una *conexión* entre su vulneración y la violación del derecho al mínimo vital.

Con todo, y pese a que la sentencia 111 de 1997 fue clasificada como SU-, esto es como sentencia de unificación jurisprudencial, en la sentencia T-417 de 1997 la Corte recuperó la línea anterior en la cual no se restringía la *conexión* exigida a determinados derechos y reiteró que a pesar de no ser derechos de aplicación inmediata, los derechos a la salud y a la seguridad social deben entenderse como derechos fundamentales y por tanto tutelables cuando su desconocimiento supone la afectación de un derecho fundamental y no existe medio alternativo de defensa judicial que sea idóneo y eficaz para su protección, o cuando a pesar de existir, con él no se logre evitar un perjuicio irremediable⁵⁷. En el mismo sentido se pro-

⁴⁸ Sentencia T-484 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. B

⁴⁹ Sentencia T- 571 de 92 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, F.j. 2.3.

⁵⁰ Sentencia T-494 de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, F.j. 2.1.

⁵¹ Sentencia T - 067 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, F.j. 2. En igual sentido la sentencia T - 192 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández

⁵² Sentencia T-207 de 1995 –M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 4. En esta sentencia la Corte recoge los criterios planteados por la Corporación en las sentencias T-254/93, T-539/93, T-354/94, y T-431/94, entre otras.

⁵³ Sentencia T-271 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero F.j. 7

⁵⁴ Sentencia T-042 de 1996 M. P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. C.

⁵⁵ Sentencia T-645 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 4.

⁵⁶ Sentencia SU-111 de 1997 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 16

⁵⁷ Sentencia T-417 de 1997 – M.P. Antonio Barrera Carbonell, F.j. 2.4.

nunció la Corte en la sentencia SU-480 de 1997 al establecer que los derechos a la salud y a la seguridad social pueden ser protegidos como derechos fundamentales si verificada su afectación se encuentra que está de por medio la afectación del derecho a la vida del demandante en tutela⁵⁸. En esta misma línea se mantuvo la Corte en la sentencia SU-039 de 1998.

A partir de los postulados de las sentencias referenciadas en este apartado, se puede decir que la regla de decisión para la protección del derecho a la salud en sede de tutela que ha consolidado la Corte sería aquella según la cual el derecho a la salud debe ser considerado como derecho fundamental cuando se compruebe que la afectación del mismo implica la afectación de un derecho fundamental y en especial la del derecho a la vida e integridad personal, a la vida digna o al mínimo vital del actor. Sobre esta base se fallaron posteriormente las sentencias T-328 de 1998⁵⁹, T-177 de 1999⁶⁰, T-027 de 1999⁶¹, la T-101 de 2000⁶² y T-128 y 204 de 2000⁶³, entre otras. La jurisprudencia de los años 2001 a 2004, por su parte, nos permite concluir que ésta es la línea que se ha mantenido. Ejemplo de ello lo encontramos en las sentencias T-636 y T-633 de 2001, T-509 de 2002, T-171 de 2003 y T-442 de 2004. En la primera de ellas la Corte señaló que “el derecho a la salud adquiere rango de fundamental cuando su afectación compromete de manera directa e inmediata el derecho fundamental a la integridad personal, física o moral.”⁶⁴ En esta misma línea, pero esta vez señalando específicamente un listado de prestaciones que en materia sanitaria deben proveerse en aras a garantizar el derecho a la salud por *cenexidad*, se manifestó la Corte en la sentencia T-693 de 2001 en la cual señaló que en aquellos eventos en los cuales la salud y la vida de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, falta de suministro medicamentos, con motivos puramente económicos, aún contemplados en normas legales o reglamentarias, el juez de tutela deberá amparar los mencionados derechos teniendo en cuenta la

prevalencia de los preceptos constitucionales y su conexidad con derechos de carácter fundamental⁶⁵.

En el mismo sentido se falló la sentencia T-509 de 2002 en la cual se señaló que “toda situación que haga de la existencia del individuo un sufrimiento es contraria al derecho constitucional fundamental a la vida –entendiéndolo como el derecho a existir con dignidad–, por más que no suponga necesariamente el deceso de la persona y aún cuando no sea éste el caso, procede la intervención del juez de tutela para restablecer al titular en el goce pleno de su derecho, según las circunstancias del asunto puesto a su consideración”⁶⁶. Por su parte, en la T-171 de 2003 se señaló que el derecho a la salud se entiende como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento” directamente relacionada con el derecho a la vida digna lo que hace que sea protegible mediante acción de tutela⁶⁷. Y en la T-442 de 2004 la Corte señaló que la jurisprudencia constitucional ha establecido que “existen situaciones excepcionales en las que el compromiso de los derechos fundamentales del afiliado al sistema de seguridad social en salud impone prescindir de [las exclusiones y copagos] para no vulnerar tales derechos”, lo cual se produce en los casos en que se presenta conexidad entre aquellos y el derecho a la salud que se reclama⁶⁸.

Igual reconocimiento a la potencialidad del derecho a la salud como derecho fundamental lo expresa la Corte en la sentencia T-697 de 2004 al señalar que si bien el derecho a la salud, en principio, no puede ser considerado fundamental porque no es un derecho subjetivo, “(a) adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho

⁵⁸ Sentencia SU-480 de 1997 –M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 2

⁵⁹ Sentencia T-328 de 1998, M.P., F.j. 2.

⁶⁰ Sentencia T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2.2.

⁶¹ Sentencia T-027 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, F.j. 4

⁶² Sentencia T-101 DE 2002 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, F.j. 2

⁶³ Sentencia T-128 DE 2000 M.P. José Gregorio Hernández Galindo F.j. 2

⁶⁴ Sentencia T-636-01 M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 3.3

⁶⁵ Sentencia T-693 de 2001, M.P. Jaime Araujo Rentería. En igual sentido fue fallada, entre otras, la T-1344 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

⁶⁶ T-509 de 2002 segundo. En la misma línea la Sentencia T-090 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas, F.j. 2.1

⁶⁷ Sentencia T-171 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil, F.j. 4.1.

⁶⁸ T-442 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño, F.j. 3.2

se traduzca en un derecho subjetivo”⁶⁹. Y a partir de este pronunciamiento se consolida la que será en adelante la postura de la Corte en relación con el carácter subjetivo del derecho a la salud. Así se confirma, entre otras, en la sentencia T-858 de 2004 en la cual la Corte, citando lo señalado ya en la sentencias T - 859 de 2003, expresó que puede sostenerse que “tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-.”⁷⁰

Los elementos hasta ahora señalados son los que, aplicados a las particularidades de cada caso, se siguen esgrimiendo actualmente en la jurisprudencia de la Corte en relación con el derecho a la salud. Así se desprende de sentencias como la T-001-06 en la cual se señaló que “el derecho a la salud es, en principio, un derecho de naturaleza prestacional, pero que puede adquirir el carácter de fundamental cuando se encuentra en conexidad con el derecho a la vida y con otros que también tienen esa condición jurídica, como la integridad personal. Teniendo en cuenta la regla precedente (...) el derecho a la salud en conexidad con la vida e integridad personal se vulnera, entre otras circunstancias, cuando por razones de tipo contractual o legal, una entidad encargada de prestar el servicio de salud decide negar la práctica de un tratamiento o el suministro de medicamentos poniendo en riesgo los precitados derechos de las personas.”⁷¹ Y en esta misma línea, en la sentencia T-018 se reitera que “se desconoce el derecho a la salud, en conexidad con los derechos a la vida y a la integridad, de una persona que requiere un servicio de salud” cuando dicho servicio le ha sido negado por el sistema de salud y se demuestra que (i) *la falta del servicio de salud vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere*; (ii) *el servicio no puede ser sustituido por otro ...*; (iii) *el interesado no puede directamente costear [el servicio]...;* y (iv) *el servicio de salud ha sido ordenado por un*

*médico adscrito a la EPS del paciente.”*⁷² Esta es la que podríamos denominar la *línea jurisprudencial general* de protección constitucional del derecho a la salud en el marco jurídico colombiano y de ella se desprenden, como se verá en adelante, algunas sub-líneas jurisprudenciales específicas para determinados eventos.

3.2. El derecho a la salud y los sujetos del derecho

La Corte Constitucional ha matizado la protección de la salud de acuerdo con algunos sujetos de derecho. En este sentido ha establecido una serie de prevalencias o de excepciones a las reglas generales en la protección de este derecho, bien en razón al sujeto del derecho, bien por las circunstancias del mismo.

3.2.1. El derecho fundamental a la salud de los niños

De las mencionadas prevalencias, por expresa disposición constitucional (artículo 44), la primera es la relativa a la protección de la salud de los niños. En términos de la Corte “[el] derecho a la salud de los niños, a diferencia del que tienen las demás personas, por voluntad expresa del Constituyente, se instituyó en la Carta como fundamental (...)”⁷³. Y así lo expresó la Corte, entre otras, en la sentencia SU-043 de 1995, en la cual la señaló que “los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son derechos constitucionales fundamentales que deben tutelarse, como una obligación del Estado, de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Carta Política.”⁷⁴ En general, esta es la regla que se mantiene a lo largo de la línea sobre protección constitucional del derecho a la salud de los niños⁷⁵. De ello dan cuenta otras sentencias en las cuales la Corte ha sostenido: que “(...) el derecho a la

⁷² T-018 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 3

⁷³ Sentencia T- 200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2. Al respecto pueden consultarse también las sentencias SU - 043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, T - 165 de 1995 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 640 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, T - 514 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández, T - 225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T - 415 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 556 de 19898 M.P. José Gregorio Hernández, T - 727 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T - 236 de 998 M.P. Fabio Morón Díaz, T - 119 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T - 138 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T - 382 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷⁴ Sentencia SU- 043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 11.

⁷⁵ La línea jurisprudencias en materia de protección del derecho a la salud de los menores de edad puede trazarse a partir de las siguientes sentencias: T-008, T-402 y T-183 de 1992, T - 597 de 1993, T-447 de 1994, T-165 y SU-043 de 1995, SU-225, T-236, T-286, T-415, T-453 y T-784 de 1998, T-382, T-119 y SU-819 de 1999, T-093 y T-179 de 2000, y T-421 y T-939 de 2001.

⁶⁹ T-697 de 2004, MP. Rodrigo Uprimny Yepes, F.j. 4

⁷⁰ T-858 de 2004, MP. Clara Inés Vargas Hernández, F.j. 4.

⁷¹ T-001 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, F.j. 5

salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene, en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños⁷⁶; que “la propia Constitución Política en su artículo 44 consagra a la salud como un derecho fundamental junto con el de la seguridad social, y es así como dispone que son derechos fundamentales de los niños, entre otros, “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...”⁷⁷; que “en tratándose de los niños, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social tienen el carácter de derechos fundamentales por expresa disposición del artículo 44 de la Carta Política, (...) [de manera que] cuando está en riesgo la salud o la integridad física de un menor, no se requiere que esté en conexidad con la vida o con otro derecho fundamental, pues por sí mismo tiene esta naturaleza.”⁷⁸; o que “la negativa de las entidades de salud de suministrar tratamientos, elementos y medicamentos (...) a menores de edad, es una conducta que claramente vulnera sus derechos fundamentales, como quiera que el artículo 44 de la Constitución Política consagra como uno de los derechos fundamentales de los niños, el derecho a la salud y a la seguridad social. (...)”⁷⁹. Así mismo se ha reconocido en sentencias más recientes en las cuales la Corte ha señalado que “el derecho a la salud en el caso de los niños, (...) en cuanto derivado del derecho a la vida y en procura de garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial”⁸⁰, o que “el artículo 44 de la Constitución Política señala la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de las demás personas y determina que algunos de los que no se entienden fundamentales para las demás personas, lo serán para ellos. También prevé el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños en forma autónoma, razón por la que no se considera necesario relacio-

narlo con ninguno otro para que adquiriera tal status, con el objeto de obtener su protección por vía de tutela”⁸¹.

Ahora bien, aún cuando la regla de decisión utilizada en la línea jurisprudencial general de protección del derecho a la salud de los menores parece ser bastante clara y homogénea, por lo cual no se presentará de ella un estudio pormenorizado, en la lectura sistemática sobre la misma llama la atención el hecho de que un alto porcentaje de las sentencias que se producen en este campo, al menos hasta el año 2001, hacen referencia a casos de niños beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y que padecen alguna enfermedad cuyo pronóstico es “no favorable de curación”. Las acciones generalmente van encaminadas a conseguir que se suministren a los niños los tratamientos, medicamentos o aparatos que requieren para su recuperación o rehabilitación, cuando ellos han sido negados por las respectivas Empresa Promotora de Salud o por la Administradoras del Régimen Subsidiado.

Esta línea se inicia con la sentencia T-200 de 1993 en la cual la Corte resolvió el caso de un menor con retardo mental que venía recibiendo un tratamiento de rehabilitación integral a cargo de la Empresa Promotora de Salud y cuyo tratamiento fue suspendido en razón a que el menor no contaba con pronóstico favorable de curación, lo cual, de acuerdo con el artículo 26 del Decreto 770 de 1975⁸², era causal suficiente para suspender el tratamiento. Para resolver la Corte tuvo en cuenta el contenido del mencionado artículo 26 del Decreto 770/75 y en virtud del mismo señaló que la Empresa Promotora de Salud se había limitado a cumplir con la legalidad y que con tal actitud no había puesto en riesgo la salud del infante⁸³. Como se observa, la Corte centró su decisión en consideraciones de tipo legal, al punto que la ponderación constitucional no tuvo en cuenta la cláusula del artículo 44 de la Carta. En consideración únicamente del mandato del artículo 26 del Decreto 770/75, la Corte optó por negar la tutela, sin ma-

⁷⁶ Sentencia T-1220 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3

⁷⁷ Sentencia T-280 de 02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 3.

⁷⁸ Sentencia T-322 de 2004, M.P. Jaime Araujo, F.j. 3

⁷⁹ Sentencia T-094 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 4.1

⁸⁰ Sentencia T-265 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería.

⁸¹ Sentencias Sentencia T-282 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. 3.

⁸² Artículo 26, Decreto 770 de 1975. “Los hijos de los asegurados amparados por el seguro de enfermedad general y maternidad tendrán derecho a la necesaria asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria, así como a los correspondientes servicios paramédicos y médicos auxiliares de diagnóstico y tratamiento, durante el primer año de vida.”

“Cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo, a todas las prestaciones asistenciales necesarias, cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y que exista desde el principio pronóstico favorable de curación.” (negritas fuera de texto)

⁸³ Sentencia T-200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 3.

yores consideraciones respecto del derecho fundamental a la salud de los menores.

En el año siguiente, habiendo entrado en vigencia la Ley 100 de 1993 (que regula el Sistema General de Seguridad Social en Salud), la jurisprudencia de la Corte para este tipo de casos mostró un giro radical a favor de la defensa del derecho fundamental a la salud de los niños, al considerar prevalentes las cláusulas de los artículos 44 y 47 constitucionales frente a las disposiciones legales sobre la materia. En esta línea, mediante las sentencias T-067 y T-068 de 1999 la Corte concedió la tutela del derecho a la salud y seguridad social solicitada en dos casos similares al anterior. Para resolver, la Corte señaló que sobre la interpretación literal y ciega del artículo 26 del Decreto 770/75 en relación con los casos de “pronóstico no favorable de curación” era indispensable una interpretación acorde con los mandatos constitucionales de acuerdo con los cuales “a los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos ‘se prestará la atención especializada que requieran’. Su protección especial corre a cargo del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 13 de la Carta.”⁸⁴ La Corte estableció que no es constitucionalmente aceptable entender el Decreto 770/75 en el sentido de que la entidad de seguridad social esté autorizada para interrumpir un tratamiento a quien estaba derivando de él evidentes progresos, logrando mantener en el menor afectado una mejor calidad de vida. Considerando que de acuerdo con el Diccionario Terminológico de Ciencias Médicas, ‘curación’ significa, además del restablecimiento de la salud, el “conjunto de procedimientos para tratar una enfermedad o afección”, la Corte concedió las tutelas ordenando el restablecimiento del tratamiento que le fuera suspendido a los menores⁸⁵.

Con base en lo anterior a partir de este momento se consolidan dos premisas determinantes al momento de enfrentar los casos en los cuales se ve afectado el derecho a la salud de un niño, a saber: que en cualquier caso y por mandato de la propia Carta (artículos 44 y 50), el derecho a la salud de los menores es un derecho fundamental susceptible de protección en sede de tutela; y que en lo que se refiere a los menores disminuidos físicamente, debe haber una protección especial en atención al mandato del artículo 47 superior.

⁸⁴ Sentencias T-067 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, F.j. y T-068 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, F.j. 4.4.

⁸⁵ Sentencias T-068 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, F.j. 4.4.

Esas dos premisas sirvieron posteriormente para sustentarlas sentencias T-204 de 1994⁸⁶ y T-001 de 1995⁸⁷ en las cuales la Corte consideró que la suspensión de un tratamiento que tiene efectos positivos para el desarrollo y mejoramiento de la calidad de vida de un infante, aún cuando no logre restablecer definitivamente su salud, implica la vulneración de su derecho a la salud, y en la sentencia T-020 de 1995 en la cual agregó que “el contenido del artículo 26 del Decreto 770/75 no puede ser entendido ni aplicado en contravía del artículo 44 de la Constitución”⁸⁸ y que de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 1939 de 1993 -en el cual se consagran las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud-, se aclara que aún cuando el pronóstico sea no favorable de curación, “podrán brindarse soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad y la incomodidad, o terapia de mantenimiento ...”⁸⁹. Así las cosas, “aun en estados terminales, [las Empresa Promotora de Salud] no pueden exonerarse de prestar ciertos servicios asistenciales a sus pacientes; (...)”⁹⁰.

Esta fue la línea que se “unificó” en la sentencia SU-043 de 1995 en la cual Corte añadió que no es constitucionalmente aceptable que una Empresa Promotora de Salud sustente la desatención médica de un menor de edad en el hecho de que su diagnóstico sea no favorable curación⁹¹. Los menores beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud tienen derecho a recibir de éste toda la atención en salud que sea necesaria para mejorar su calidad de vida –terapia paleativa, psicológica, etc.⁹² En el mismo sentido se fallaron posteriormente las sentencias T-131, T-159 de 1995, T-640 de 1997, T-556 de 1998, y T-338 de 1999⁹³. En estas últimas, además, la Corte señaló que de acuerdo con el artículo 23 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños de 1989 ratificada por Colombia, atendiendo a las necesidades del niño impedido, la asistencia que se le preste debe ser gratuita en la medida de lo posible -conforme lo amerite la

⁸⁶ Sentencia T-204 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 2.

⁸⁷ Sentencia T-001 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández, F.j. 4.

⁸⁸ Sentencia T-020 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. II.2.

⁸⁹ Sentencia T-020 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. II.2.

⁹⁰ Sentencia T-020 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. II.2 y IV.

⁹¹ Sentencia SU-043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 12.

⁹² Sentencia SU-043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 12.

⁹³ Sentencia T-159 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-338 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden de él- y tendrá como fin asegurar que el niño impedido tenga un “acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimientos, y reciba tales servicios con el objeto de que logre una integración social y un desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual en la máxima medida posible”. (párrafo 3).

Posteriormente, con la sentencia T-179 de 2000 se consolidó un criterio adicional en favor de la protección del derecho a la salud de los niños en las circunstancias que venimos siguiendo y que venía haciendo carrera desde la sentencia T-067 de 1994. En el estudio del caso de cinco niños con parálisis cerebral y enfermedades derivadas que pedían la tutela de los derechos a la seguridad social y a la salud, la Corte consideró que la exclusión legal de cualquier tratamiento que conduzca a mejorar la calidad de vida del infante resulta contrario a la Ley 100 de 1993 y a los postulados constitucionales⁹⁴. En la misma línea se mantuvo la Corte al fallar la sentencia T-920 de 2000⁹⁵.

A partir del año 2001 no se encuentran más casos como los que se han venido describiendo. Ello puede obedecer, en nuestro criterio, a la declaratoria de nulidad del artículo 26 del Decreto 770/75 que dejó sin piso las alegaciones que sobre tales supuestos sustentaba las Empresas Promotora de Salud⁹⁶. Con todo, los argumentos utilizados por la Corte para decidir a favor de la salud de los menores en esta línea jurisprudencial, relativos a la inaplicación de exclusiones legales en la prestación del servicio de salud, se mantienen aunque ahora en referencia a asuntos en los cuales se ven involucrados menores con otro tipo de discapacidades. Es lo que se desprende de las sentencias T-134⁹⁷ y T-786 de 2001⁹⁸, y T- 972 de 2001⁹⁹. En ésta última se decidió que un menor afiliado al Régimen Subsidiado de Salud que cumple todos los requisitos para exigir una prestación y que padece una grave patología para la cual se necesita, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el P.O.S-S pero que ha

sido ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la entidad de salud a la cual está afiliado le preste el tratamiento requerido. Aunque la línea que se viene describiendo ya no se ciñe a los que se habían identificado como casos de “menores con pronóstico no favorable de curación”, sigue desarrollando una importante jurisprudencia en relación con la inaplicación de normas que contemplan exclusiones y limitaciones sobre las prestaciones que incluye el derecho a la salud de los menores.

En este mismo sentido se fallaron, entre otras, las sentencias T-197 de 2003, T-202 y T-094 de 2004. En la primera de ellas la Corte señaló que “[l]as medidas afirmativas para la protección especial del discapacitado se hacen más intensas en ciertos ámbitos donde su discriminación se presenta con mayor frecuencia o respecto al goce de algunos derechos prestacionales que adquieren mayor entidad por la misma condición particular de ese grupo de la población. (...) Dentro [de ellos] el más representativo es el del derecho a la salud, en el entendido que es frecuente que el discapacitado requiera atención médica especializada a fin de mantener o mejorar las habilidades físicas o mentales disminuidas y, en la mayoría de casos, buscar la conservación de la vida en condiciones dignas. De esto se desprende que, en situaciones concretas, el suministro de una adecuada y pronta atención en salud del discapacitado supedita la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna y la integridad física, por lo que el amparo constitucional a través de la acción de tutela resulta procedente, más aún si se tienen en cuenta los imperativos que desde la misma Carta Política se extraen sobre la protección reforzada a la que son acreedores los limitados físicos y mentales.”¹⁰⁰ Esta postura es posteriormente reiterada en la sentencia T-202 de 2004¹⁰¹ siguiendo la línea de lo señalado en la T-094 del mismo año en la cual la Corte recuerda el carácter fundamental y prevalente de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de los niños, la Corte señala que la jurisprudencia “ha desarrollado el concepto constitucional de interés superior del menor, que consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral, y la correcta evolución de su personalidad. Como consecuencia del

⁹⁴ Sentencia T- 179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 7.

⁹⁵ Sentencia T-920 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 19.

⁹⁶ No se descarta que a partir de este momento exista alguna sentencia referida a un caso similar a los reseñados anteriormente; de ser así, es probable que sea el método de selección de sentencias que hemos utilizado el que nos ha alejado de él.

⁹⁷ Sentencia T-134 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2.2.

⁹⁸ Sentencia T-786 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. 3

⁹⁹ Sentencia T – 972 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁰⁰ Sentencia T – 197 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁰¹ Sentencia T – 202 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

carácter fundamental y prevalente de los derechos a la salud y a la seguridad social del niño se desprenden las siguientes características: (1) son de aplicación inmediata, sin requerir desarrollo legislativo, (2) prevalecen sobre el ordenamiento legal y reglamentario, y (3) cuando se trate de niño discapacitado [que normalmente requiere tratamiento permanente] reclaman una prestación de mejor asistencia integral y especializada para su rehabilitación.”¹⁰²

En este orden de ideas, esta línea se va acercando cada vez más a la línea general sobre las reglas jurisprudenciales de inaplicación de las exclusiones y limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud de los adultos (que trataremos más adelante), siempre con la salvedad de que se entiende que en el caso de los menores el derecho a la salud que se protege es entendido de plano como derecho fundamental. Así, a partir de 2002 se consolida dentro de esta línea jurisprudencial un nuevo factor que será el que la guiará en adelante, y no sólo en el caso de los menores sino en incluso en el caso de adultos con enfermedades crónicas cuyo tratamiento se prolonga indefinidamente en el tiempo, cual es el recurso al “principio de continuidad” que requiere la atención médica para garantizar buenos resultados en términos de recuperación de la salud o de mantenimiento de los mejores niveles de calidad de vida posibles, el cual venía haciendo carrera en la jurisprudencia de la Corte desde 1993. Al respecto, en la sentencia T-572 de 2002 la Corte se pronunció en los siguientes términos: “(...) si el tratamiento con ese medicamento se ha iniciado, con la anuencia de la EPS, entra en juego, para el análisis constitucional, la continuidad en la prestación del servicio. Y, entonces, la arbitrariedad consistiría en suspender un tratamiento iniciado, que se torna imprescindible porque de lo contrario afectaría la integridad física del paciente, su dignidad como persona, la vida digna a la cual tiene derecho y la confianza legítima de que no puede suspenderse lo iniciado.”¹⁰³ Tal jurisprudencia fue confirmada en la sentencia T- 849 de 2003,¹⁰⁴ y actualmente es esta la línea que se viene reiterando. De ello es buen ejemplo T - 467 de 2004 en la cual se señala que “[e]n varias oportunidades, esta Corporación ha establecido que el servicio de salud debe regirse, entre otros principios,

por el de continuidad¹⁰⁵. Esto implica que el suministro de un servicio de salud (v.gr. medicamentos, exámenes, consultas, intervenciones) no puede ser suspendido cuando, habiendo sido iniciado, continúa siendo necesario para salvaguardar la vida, la integridad y la salud del paciente, según el criterio de su médico tratante. Para la aplicación de esta subregla no se tiene en cuenta la edad del paciente, ni la gravedad de la patología, ni si el tratamiento está contenido en el POSS. Los elementos que son relevantes para su aplicación son (i) la iniciación previa del tratamiento, (ii) que éste sea necesario para tratar una enfermedad y (iii) que haya sido ordenado por el médico tratante.(...) [En el caso de menores] la suspensión en el control médico viola el principio de continuidad que rige al servicio de salud y vulnera el derecho fundamental a la salud del menor.”¹⁰⁶

Y en la jurisprudencia más reciente se mantiene esta misma línea en torno, tanto al principio de continuidad como en cuanto a la inaplicación de normativa que excluye tratamientos favorables para la conservación de la vida digna del paciente menor de edad. Así se desprende de sentencias como las T-910/05 y T-282/06. En la primera de ellas la Corte señaló que “en el particular caso de los niños, [la Corte] ha procedido a inaplicar la reglamentación del plan obligatorio de salud, cuando ha encontrado que con dicha actuación se vulneran los derechos fundamentales de los niños y en tales casos ha procedido a aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución, pues ha señalado que la disposición legal en la cual se amparaba la negativa de brindar un tratamiento médico que se requiere para mejorar la salud de los niños, se desconoce el postulado de prevalencia de los derechos infantiles, contenido en el artículo 44 Superior, en concordancia con tratados internacionales sobre los derechos de los menores, pues ha considerado que la omisión de brindar un tratamiento especial y adecuado en un niño que tiene problemas físicos o psicológicos afecta su calidad de vida futura y su dignidad como ser humano.”¹⁰⁷ En la T- 282 de 2006, por su parte, la Corporación se pronunció en favor de la continuidad del tratamiento médico-educativo de un menor que padecía autismo, argumentando que “el amparo constitucional es procedente cuando se presenta la falta del tratamiento o medicamento que amenace o vulnere los dere-

¹⁰² Sentencia T – 094 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 2.1

¹⁰³ Sentencia T- 572 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. F.j. 1

¹⁰⁴ Sentencia T – 849 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

¹⁰⁵ T-406/93 (MP: Alejandro Martínez Caballero), SU-562/99 (MP: Alejandro Martínez Caballero) y T-319/04 (MP: Manuel José Cepeda Espinosa) entre otras

¹⁰⁶ Sentencia T 467 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 2.2.2.

¹⁰⁷ Sentencia T-910 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis, F.j. 3.2.

chos fundamentales a la vida o a la integridad personal del cotizante o beneficiario, pues, no sólo existe cuando está en inminente riesgo de muerte sino también cuando tal situación altera las condiciones de vida digna del sujeto, pues no se garantiza el respeto al derecho a la dignidad, si se lo ubica en condiciones inferiores a las que la naturaleza le señala en cuanto ser humano, dado que la protección constitucional de éste derecho fundamental no enmarca la mera existencia biológica, es decir, “no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales”¹⁰⁸.

Con base en lo señalado, la regla de decisión que se deriva de la línea sobre la protección de la salud de los menores la podríamos definir como sigue: cuando se trata de derechos fundamentales de los niños, como es el caso de la salud y la seguridad social, no es válida, desde la perspectiva constitucional, la vigencia de exclusiones o limitaciones a los servicios que patrocina el Sistema General de Seguridad Social en Salud cuando éstas hagan referencia a soluciones sanitarias que mejoren la calidad de vida del menor afectado. Lo anterior, por cuanto los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata (artículo 44 de la Constitución).

3.2.2. El derecho a la salud de las mujeres en estado de embarazo y durante el período de lactancia

Igual que sucede con los menores, en virtud del artículo 43 de la Constitución Política de Colombia la mujer es considerada como un sujeto de especial protección.

En atención a ello, la propia Carta contempla, entre otras previsiones, que durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviera desempleada o desamparada. (...)”. A partir de dicho mandato constitucional, la Corte constitucional ha desarrollado una clara línea de protección a la mujer embarazada, especialmente en el campo de la estabilidad laboral. Adicionalmente, y en aplicación también del artículo 50 constitucional¹⁰⁹, en el ámbito del derecho a la

salud la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial en la cual ha priorizado la protección de la salud de la madre en estado de embarazo y durante el período de lactancia¹¹⁰.

El comienzo de esta línea lo encontramos en la T-694 de 1996 en la cual la Corte señaló que “de acuerdo a la Constitución Política y a los convenios y tratados internacionales con fuerza vinculante en nuestro país, existen actualmente protecciones suficientes para la estabilidad en el trabajo de la mujer embarazada, para la licencia y prestaciones debidas por tal condición, y, por otro aspecto, en ocasiones puede haber manutención y servicios gratuitos para aquella y su hijo, que, en casos especiales, serán satisfechos por el Estado”¹¹¹. (...) Significa lo anterior que hay un derecho a acciones positivas del Estado en favor de la madre y del recién nacido consagradas en las normas constitucionales e internacionales tantas veces citadas; estos derechos son constitucionales y subjetivos, luego son fundamentales.”¹¹²

Posteriormente, mediante la sentencia C-470 de 1997, en sede de control de constitucionalidad, aparece lo que podríamos llamar una *regla de especial protección de la salud de la mujer*¹¹³. En esta sentencia la Corte señaló que “la Constitución no sólo tutela a la mujer embarazada sino a la madre (CPC artículo 43), no sólo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además, como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, (...). La mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.”¹¹⁴ “Este deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud

instituciones de salud que reciban aportes del Estado, la ley reglamentará la materia.”

¹¹⁰ Lo primero que ofrece la línea sobre protección especial de las mujeres durante el embarazo y período de lactancia son una serie de casos en los que se debatía esta especial protección en relación a reclamaciones por la estabilidad laboral. En ellos se encuentran tangenciales referencias a la protección de la salud de la mujer -sobre esto pueden consultarse las sentencias T-606 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz), y T-568 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)-. Sólo a partir de 1996 se descubre en propiedad la que será la línea de especial protección de la salud de la mujer en estado de embarazo y durante el período de lactancia.

¹¹¹ Sentencia T-694 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1

¹¹² Sentencia T-694 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1

¹¹³ Pese a ser una sentencia de control de constitucionalidad y no de tutela, ha sido incluida en la presente línea por la importancia que adquiere como precedente en las subsiguientes sentencias sobre la materia.

¹¹⁴ Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 5.

¹⁰⁸ Sentencia T-282 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. 4.

¹⁰⁹ El artículo 50 de la Constitución Colombiana señala que “Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las

o la alimentación (CPC artículo 43), (...).¹¹⁵ Los anteriores planteamientos fueron seguidos por la Corte al decidir en las sentencias T- 373¹¹⁶, -792 de 1998¹¹⁷ y T-730 de 1999 en la cual la Corte señaló que cuando se trata de una mujer embarazada la protección que ofrece el Sistema de salud ya no es solamente por el derecho a la salud sino por el derecho a la maternidad, y no solo es para la mujer sino también para el nasciturus de manera que “no es constitucional que se expulse del sistema de seguridad social en salud a una mujer embarazada, que por mandato constitucional (artículo 43) goza de especial asistencia y protección del Estado.”¹¹⁸ En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia T-1083 de 2000¹¹⁹ en la cual añadió que la Ley 100 del 93 “menciona a la mujer en estado de embarazo y a los menores, carentes de todo amparo, dentro de los sujetos que merecen una especial protección en materia de salud (...).”¹²⁰ “En particular, [continúa la Corte, la Constitución] le confiere a la mujer en estado de embarazo y al niño menor de un año, el derecho a una asistencia y protección especial en materia de salud y alimentación.” La línea es reiterada en las sentencias T-1181 de 2000¹²¹ y T-231 de 2001¹²² Este tipo de postulados se han mantenido en la jurisprudencia de la Corte hasta la actualidad. Así, en la T - 1088 de 2002 (en reiteración de la sentencia T 470 de 1997) la Corte señaló que [e]xiste (...) un verdadero “fuero de maternidad”, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever en favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado de la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada. Por ende, una regulación que podría ser declarada constitucional para otros trabajadores, en la medida en que no viola los principios constitucionales del trabajo (CP artículo 53), puede tornarse ilegítima si se pretende su aplicación a las mujeres embarazadas, por cuanto se podría estar desconociendo el deber especial de protección a la maternidad que las

normas superiores ordenan”¹²³ (cursivas fuera del original).

En la misma línea se pronunció la Corte en las sentencias T - 909¹²⁴ y 961 de 2002¹²⁵ en las cuales señaló que el despido de trabajadoras embarazadas puede llegar a vulnerar derechos como el derecho a la estabilidad laboral reforzada, el derecho a las prestaciones sociales derivadas del contrato de trabajo asociadas a la maternidad (licencia de maternidad, permisos de lactancia), el derecho al mínimo vital, el derecho a la vida y a la salud de la mujer durante y después del embarazo, así como la protección del nasciturus y el derecho a la vida y a la salud del recién nacido, y los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la no discriminación y a la maternidad. Y la misma jurisprudencia es mantenida en la actualidad como lo muestran las sentencias T- 028¹²⁶, T - 286¹²⁷ y T 486 de 2003¹²⁸, y T 063 de 2004 en la cual la Corte señaló que la mujer durante el proceso de gestación de su hijo y luego del parto, goza de un tratamiento especial protector que la hace acreedora a “una serie de prestaciones y garantías configuradoras de una especie de fuero de maternidad, y de ciertos beneficios, tales como (...), la prestación de los servicios médicos y hospitalarios (...).”¹²⁹ Y así mismo se desprende de sentencias como las T-727, T-947 y T-964 de 2005, en la primera de las cuales la Corte señaló que “la mujer, como gestadora de vida, ocupa un lugar preferente en la sociedad que debe ser garantizado por el Estado, como quiera que en ella se integra la defensa de la vida del nasciturus, de la integridad familiar y del derecho a ser madre, sin que por esta decisión pueda ser objeto de discriminación de género”¹³⁰. Reiterando dicho postulado, en la sentencia T-947 del mismo año la Corporación señaló que “el pago de tal prestación [correspondiente a la baja maternal] configura un derecho fundamental por conexidad y, por tanto, es susceptible de protección por vía de tutela por encontrarse en relación inescindible con derechos fundamentales de la madre y del recién nacido - tal es el caso de los derechos a la vida digna, a la seguridad social y a la salud-.”¹³¹ pronunciamiento con el cual se

¹¹⁵ Sentencia C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 6.

¹¹⁶ Sentencia T-373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 5.

¹¹⁷ Sentencia T-792 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. B.

¹¹⁸ Sentencia T-730 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 2.

¹¹⁹ Sentencia T-1083 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 19.

¹²⁰ Sentencia T-1083 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 22.

¹²¹ Sentencia T-1181 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández.

¹²² Sentencia T-231 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹²³ Sentencia T - 1088 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, F.j. 7

¹²⁴ Sentencia T - 909 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹²⁵ Sentencia T - 961 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹²⁶ Sentencia T- 028 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹²⁷ Sentencia T- 286 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹²⁸ Sentencia T- 486 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹²⁹ Sentencia T 063 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3

¹³⁰ Sentencia T-727 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 1.

¹³¹ Sentencia T-947 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería

reitera lo sostenido por la Corte en las sentencias T-350, T-147, T-355 y T-549 de 2005, todas referentes al llamado “fuero de maternidad”. En la sentencia T-964, por su parte se señaló que “la protección especial a la mujer embarazada en el ámbito laboral implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos, que puede asimilarse a un verdadero “fuero de maternidad”, que comprende la protección específica prevista en el ordenamiento jurídico en favor de la mujer embarazada, como por ejemplo el descanso remunerado antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido y, en últimas, una estabilidad laboral reforzada.”¹³²

Como se desprende de la lectura de la línea presentada, el derecho consagrado de manera general en el artículo 43 de la Constitución se concreta entonces, entre otros eventos, en la posibilidad de que la mujer embarazada disfrute, bien mediante la vinculación al Régimen Contributivo, bien mediante la vinculación al Régimen Subsidiado, de las prestaciones sanitarias y económicas derivadas del Sistema General de Seguridad Social.

3.3. La inaplicabilidad de normas que regulan exclusiones o limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud a favor de la protección del “derecho fundamental a la salud”

La Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial que gira en torno a la inaplicación de normas que contemplan exclusiones o limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud –esto es de la normativa infraconstitucional que excluye del catálogo de prestaciones de la Seguridad Social en Salud tratamientos, intervenciones o medicamentos que en determinadas ocasiones resultan esenciales para la conservación de la vida del paciente-, por comprobación de la conexión existente entre la afectación del derecho a la salud y el derecho a la vida en un caso concreto cuando ello es necesario como fórmula de protección del derecho *fundamental* a la salud y a la vida. Los postulados de esta línea general se presentarán muy brevemente, para luego fijar la atención en los casos que, dentro de este grupo, hacen referencia a los enfermos de SIDA. Esta línea se inicia con la sentencia T-271 de 1995 en la cual la Corte resolvió el caso de un paciente de SIDA para cuyo tratamiento se había recetado un medicamento antirretroviral excluido del listado de medicinas del Plan Obligatorio de

Salud, razón por la cual se había negado su suministro. La Corte consideró que para el caso concreto existía una clara conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la vida digna del paciente. Adicionalmente, y con base en el “deber del Estado de coadyuvar en la actuación difusa necesaria para lograr la recuperación de la calidad de vida”¹³³, la Corte inaplicó las normas de exclusión y ordenó el suministro de los medicamentos necesarios con cargo al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Los postulados de esta sentencia sirvieron luego de fundamento para los fallos de las sentencias T-502 de 1991 –en la que se debatía el suministro del medicamento excluido del Plan Obligatorio de Salud a un menor-, y T-088, T-546 y T-648 de 1996 y T-125 de 1997¹³⁴ –en las que se debatía el suministro de medicamentos o tratamientos formulados por el médico tratante y excluidos del Plan Obligatorio de Salud a pacientes adultos-.

En general esta es la línea que se va a mantener hasta la fecha, aunque a partir de 1997 se hace más concreta la regla de decisión para este tipo de casos toda vez que la Corte diseña y consagra la aplicación de un *test* específico para su resolución, cuya primera expresión aparece en la sentencia SU-480 de 1997¹³⁵. Conforme a dicho test, es dable la inaplicación de las normas infraconstitucionales que contemplan exclusiones de las prestaciones de los Planes Obligatorios de Salud en un caso concreto cuando: la falta de la prestación excluida vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; la prestación no pueda ser sustituida por otra que se encuentre incluida en el respectivo Plan Obligatorio de Salud; el interesado no pueda directamente costear el tratamiento ni las sumas que el Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En estos casos la Corte señala que las Empresas Promotoras de Salud están autorizadas para cobrar al FOSYGA¹³⁶ los sobrecostos generados por la asistencia sanitaria prestada cuando ella estuviera excluida de los Planes de Salud. Sobre la base de este test se falla-

¹³² Sentencia T-964 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis, F.j. 3.

¹³³ Sentencia T-251 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 7.

¹³⁴ Sentencia T-125 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. único.

¹³⁵ Sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹³⁶ Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

ron las sentencias T-236¹³⁷ y T-560 de 1998¹³⁸, T-528¹³⁹ y T-906 de 1999¹⁴⁰.

Posteriormente, en la sentencia T-150 de 2000¹⁴¹ se agregó que en casos de urgencia o gravedad comprobadas, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio médico asistencia pues por encima de la legalidad y normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Esta línea es la que se sigue en las sentencias T-1204 de 2000¹⁴², T-284¹⁴³, T-755¹⁴⁴, T-421¹⁴⁵, T-884 y T-1132 de 2001 en la última de las cuales se indicó además que “cuando las personas no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras o copagos, o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a ciertos tratamientos, y éstos se requieren con urgencia por que de lo contrario se verían afectados derechos como la vida y la salud en conexidad, la Corte ha dado prevalencia a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración o exclusión legal (...).”¹⁴⁶

La Corte, según se evidencia en las sentencias T 329 de 2002¹⁴⁷, T - 048 de 2003¹⁴⁸, T- 1210 de 2003¹⁴⁹, T- 367 de 2004¹⁵⁰ y T - 519 de 2004¹⁵¹, T-007 de 2005¹⁵², T-074 de 2005¹⁵³, T-910 de 2005¹⁵⁴, T-282 de 2006¹⁵⁵, T-018 de 2006¹⁵⁶, y T-329 de 2006¹⁵⁷ continúa aplicando el test señalado en la sentencia SU - 480 de 1997 para la resolución de este tipo de casos.

¹³⁷ Sentencia T-236 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 4.

¹³⁸ Sentencia T-560 de 1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, F.j. 5.

¹³⁹ Sentencia T-528 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴⁰ Sentencia T-906 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁴¹ Sentencia T-150 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández, F.j. 1.

¹⁴² Sentencia T-1204 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 4.

¹⁴³ Sentencia T-284 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

¹⁴⁴ Sentencia T-755 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda.

¹⁴⁵ Sentencia T - 421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

¹⁴⁶ Sentencia T- 1132 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 2

¹⁴⁷ Sentencia T - 329 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil

¹⁴⁸ Sentencia T - 048 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁴⁹ Sentencia T - 1210 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁵⁰ Sentencia T - 367 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁵¹ Sentencia T - 519 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

¹⁵² Sentencia T-007 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁵³ Sentencia T-074 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁵⁴ Sentencia T-910 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Gálvis

¹⁵⁵ Sentencia T-282 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

¹⁵⁶ Sentencia T-018 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁵⁷ Sentencia T-329 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño

Adicionalmente y como se señaló al tratar de la línea jurisprudencial relativa a los menores con “pronóstico no favorable de curación”, a partir del año 2002 la jurisprudencia sobre inaplicación de las exclusiones y limitaciones de los Planes Obligatorios de Salud comienza a hacer énfasis en un factor que ya venía trabajando la Corte desde el año de 1993 cual es el de la aplicación del “principio de continuidad” como elemento para la justificación de la referida inaplicación. En esta línea, en la sentencia T-170 de 2002 señaló que la aplicación del principio de continuidad al servicio público de salud implica que no se pueden suspender los tratamientos médicos que el respectivo médico tratante haya considerado como necesarios. “Por *necesarios*, en el ámbito de la salud, deben tenerse aquellos tratamientos o medicamentos que de ser suspendidos implicarían la grave y directa afectación de su derecho a la vida, a la dignidad o a la integridad física. En este sentido, no sólo en aquellos casos en donde la suspensión del servicio ocasione la muerte o la disminución de la salud o la afectación de la integridad física debe considerarse que se está frente a una prestación asistencial de carácter necesario. La jurisprudencia ha fijado casos en los que desmejorar inmediata y gravemente las condiciones de una vida digna ha dado lugar a que se ordene continuar con el servicio.”¹⁵⁸ Esta jurisprudencia fue reiterada en las sentencias T - 911 de 2002¹⁵⁹ y T - 319 de 2004¹⁶⁰. En esta última la Corte señaló además que “será violatoria del derecho al debido proceso, la decisión de suspender el suministro de un tratamiento, un medicamento o la práctica de un examen por el simple hecho de que se encuentren por fuera del P.O.S. o del P.O.S.S. Para que tal decisión sea válida, en términos constitucionales, se deberá comprobar que (...) se cumple por los menos con uno de los cuatros requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para que se entienda que la E.P.S o la A.R.S. no está obligada a suministrar el servicio médico en cuestión”¹⁶¹, donde los requisitos a que se hace referencia coinciden con los señalados por el “test” contemplado en la SU- 480 de 1997 y en la línea jurisprudencial que le sigue.

3.3.1. Los enfermos de SIDA

En el marco de la línea jurisprudencial que venimos estudiando se inscribe una sub-línea relacionada con la protección del derecho a la salud de enfermos de SIDA.

¹⁵⁸ Sentencia T-170 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 2.2

¹⁵⁹ Sentencia T - 911 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁶⁰ Sentencia T - 319 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda

¹⁶¹ Sentencia T - 319 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 2

Esta reviste especial importancia no sólo por el volumen de sentencia producidas al respecto sino por el hecho de que a partir de ella puede deducirse una especial protección del derecho a la salud del enfermo de SIDA derivada de la jurisprudencia constitucional. En general los asuntos de esta sub-línea responden a las mismas características fácticas de los casos estudiados anteriormente –v.gr. solicitud de prestaciones sanitarias excluidas del POS- por lo cual nuestra aproximación a las reglas de decisión de estas sentencias se centrará en los argumentos ofrecidos por la Corte en punto a priorizar la protección del derecho a la salud de los enfermos de SIDA y no en las reglas de inaplicación de las normas infraconstitucionales que excluyen de las prestaciones de los Planes Obligatorios de Salud los tratamientos o medicamentos reclamados.

La línea se inicia con la sentencia T-484 de 1992 en la que la Corte resolvió el caso de un enfermo de SIDA al cual la Empresa Promotora de Salud había advertido que dejaría de prestar la atención en salud que venía ofreciendo, con base en la normativa pre-constitucional reglamentaria de la institución según la cual este tipo de enfermedades no eran asumidas por el seguro social en salud¹⁶². Para resolver la Corte consideró que dado que “la salud es uno de aquellos bienes que por su carácter inherente a la existencia digna de los hombres, se encuentra protegido, especialmente en las personas que por su condición económica, física o mental, se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta (artículo 13 de la Constitución) (...) es necesario proteger el derecho a la salud del actor (...)”¹⁶³ el cual, en sentir de la Corte, podía reclamar la protección de su derecho a la salud “de cualquier institución de asistencia pública, donde se presten los servicios, en forma gratuita, en virtud del deber general del Estado de garantizar la salud de este tipo de enfermos”¹⁶⁴.

Posteriormente, en la sentencia T-505 de 1992 la Corte consideró que “[e]l infectado o enfermo de SIDA goza de iguales derechos que las demás personas. Sin embargo, debido al carácter de la enfermedad, las autoridades están en la obligación de darle a estas personas protección especial con miras a garantizar sus derechos humanos y su dignidad. (...) La Constitución cuenta con mecanismos eficaces para proteger los derechos del enfermo de SIDA, entre ellos la acción de tutela contra par-

ticulares encargados del servicio público de la salud, cuando de su prestación dependen los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.”¹⁶⁵ A lo anterior agregó que “[e]l carácter de orden público de las normas epidemiológicas obliga a los centros médicos a prestar una atención integral a los infectados o enfermos del SIDA. La prevención no será eficaz si los hospitales públicos o privados se niegan a prestar los servicios preventivo-asistenciales a estas personas (...) [por lo cual] la negativa a practicar los exámenes, tratamientos o consultas, hasta tanto no se cancele su costo o se garantice jurídicamente su pago, es contraria al objetivo de orden público buscado de prevenir y controlar una epidemia.”¹⁶⁶

En la misma línea, en la sentencia T-271 de 1995, la Corte señaló que “la infección con el Virus de Inmunodeficiencia Humana coloca a quien la padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que el virus ataca el sistema de defensas del organismo dejándolo desprotegido frente a cualquier afección que, finalmente, causa la muerte. (...)”¹⁶⁷ En atención a lo anterior, es obligación del Estado prestarle una especial atención a estos enfermos. El mismo razonamiento fue reiterado por la Corte en las sentencias T-417¹⁶⁸ y SU-480 de 1997¹⁶⁹ en la cual, a parte de lo ya señalado, agregó que dadas las características particulares de debilidad física del enfermo de SIDA, cuya salud está en deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, es deber del juez constitucional ordenar “que se suministren a los enfermos del SIDA los antirretrovirales que el médico tratante indique.”¹⁷⁰ Tales argumentos sirvieron también de sustento en las decisiones de las sentencias SU-645 de 1997¹⁷¹ y T-328 de 1998¹⁷².

Ahora bien, en cuanto al tema de la vinculación de los enfermos de SIDA al Sistema General de Seguridad Social en Salud, y reiterando en esta ocasión lo señalado en la sentencia T-505 de 1992 sobre la gravedad de la enfermedad del SIDA tanto en términos de la protección del orden público como en punto a las implicaciones de la misma para la vida en condiciones dignas de la persona

¹⁶² La sentencia fue fallada cuando aún no se había expedido la Ley 100 de 1993 con lo cual los parámetros normativos con respecto a la protección de la salud eran todos pre-constitucionales.

¹⁶³ Sentencia T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. único.

¹⁶⁴ Sentencia T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. único

¹⁶⁵ Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 3.

¹⁶⁶ Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. 4.

¹⁶⁷ Sentencia T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 9.

¹⁶⁸ Sentencia T-417 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁶⁹ Sentencia SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁰ Sentencia SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 8.

¹⁷¹ Sentencia SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 4.

¹⁷² Sentencia T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, F.j. 1.

que la padece, en la T-177 de 1999¹⁷³ la Corte señaló que "[e]l Estado, (...) [debe] proteger también especialmente a aquellas personas que, a más de una condición económica precaria, tienen una condición física o mental que, por sí sola, les pone en innegable circunstancia de debilidad manifiesta."¹⁷⁴ Es el caso, de los enfermos de SIDA. En atención a tales consideraciones, la Corte ordenó la inscripción del peticionario como beneficiario del Régimen Subsidiado a fin de que le fuera prestada toda la asistencia sanitaria necesaria para el tratamiento de su enfermedad. Resolviendo un caso similar, en la sentencia T-185 de 2000 la Corte señaló que en la jurisprudencia constitucional, "a los enfermos de SIDA se les ha reconocido un trato especial (...), debido a la gravedad de la enfermedad, a la capacidad expansiva de la misma que ha ido aumentando vertiginosamente en los últimos años, y al peligro que implica para la humanidad. Todo ello, indiscutiblemente, debe propiciar que, en casos concretos, y sobre la base de que estén afectados -como en esta oportunidad- los derechos básicos de la persona, los jueces apliquen postulados plasmados en la Carta Política de 1991, entre ellos los de la obligación estatal de preservar la salubridad pública, la solidaridad, la igualdad y el Estado Social de Derecho."¹⁷⁵

En la misma línea se pronunció la Corte en las sentencias T- 618 de 2000¹⁷⁶ y T-523 de 2001¹⁷⁷ y T - 070 de 2002¹⁷⁸. De igual manera la continuidad se manifiesta en sentencias como la T - 1181 de 2003¹⁷⁹ -que reitera la sentencia T-1283 de 2001-, en la cual la Corte señaló que "el enfermo de SIDA no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas una protección especial con el fin de hacer prevalecer su derecho a la dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio. Es deber constitucional asegurar que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad, aminorando al efecto el

sufrimiento y la discriminación."¹⁸⁰ En igual sentido se pronunció la Corte en la sentencia T - 010 de 2004 al señalar que "[l]a protección de los enfermos que tienen un delicado estado de salud y deben someterse a tratamientos de alto costo (...), como es el caso de los pacientes de VIH-SIDA, (...) encuentra sustento en el principio constitucional de igualdad, según el cual 'el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta' (artículo 13 de la Constitución) señalando específicamente que 'sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.' (...) En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las personas enfermas de VIH-SIDA son sujetos de protección especial"¹⁸¹.

Y en la misma línea se ha desarrollado más recientemente esta jurisprudencia como se deriva de la sentencia T - 197 de 2004 en la que se señala que "la no entrega de los medicamentos y tratamientos no contemplados en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.) constituye una violación del derecho a la salud en conexidad con la vida, cuando de éstos depende la existencia del ser humano; por ende, no se puede aducir como argumento para la no realización de un examen la exclusión del mismo del P.O.S., si fue prescrito por el médico tratante, menos aún en tratándose de una enfermedad de las denominadas ruinosas o catastróficas, como es el caso del VIH/SIDA, en la cual la determinación del tratamiento a seguir, o el control de la progresividad de la enfermedad son determinantes para la existencia misma del paciente."¹⁸² Esta jurisprudencia ha sido reiterada en las sentencias T- 260 de 2004.¹⁸³ Posteriormente la Corte ha remarcado su postura en relación con la especial protección de este tipo de pacientes como se desprende de lo señalado en la sentencia T-074 de 2005 en la cual se señaló que "debido al carácter de su enfermedad, ... el enfermo de VIH no sólo goza de iguales derechos que las demás personas, sino que además las autoridades están en la obligación de dar a estas personas protección especial con el fin de defender su dignidad y evitar que sea objeto de un trato discriminatorio"¹⁸⁴. En igual sentido en las sentencias T-067 de 2005 y T-213 de 2006

¹⁷³ En la sentencia T- 177 de 1999, la Corte resolvió el caso de un enfermo de SIDA al cual le fue negada la asistencia sanitaria en una institución hospitalaria por falta de recursos económicos, y el cual, adicionalmente, no había clasificado dentro de los beneficiarios del Régimen Subsidiado.

¹⁷⁴ Sentencia T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2.2.a.

¹⁷⁵ Sentencia T-185 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández, F.j. 1.

¹⁷⁶ Sentencia T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁷⁷ Sentencia T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 2.

¹⁷⁸ Sentencia T- 070 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁷⁹ Sentencia T- 1181 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹⁸⁰ Sentencia T - 1181 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería, F.j. 4.1

¹⁸¹ Sentencia T - 010 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda, F.j. 3.2.

¹⁸² Sentencia T - 197 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, F.j. 2.4. Con esta sentencia se reitera lo señalado por la Corporación en las sentencias T 849 de 2001, T-1305 de 2001, T 054 - 02, T 1181 - 03 y T-1195 de 2003.

¹⁸³ Sentencia T- 260 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁸⁴ Sentencia T-074 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. Cuarto

se ha señalado que “los portadores del virus del SIDA son sujetos de especial protección constitucional, lo que torna su derecho a la salud en un derecho de carácter fundamental en conexidad con el de la vida, razón por la cual se garantiza a los nombrados la atención médica integral y la posibilidad de exigir el suministro de la totalidad del tratamiento ordenado por el médico tratante, en la forma prescrita por éste, más aún cuando el tratamiento incompleto de dicha enfermedad u opuesto a las recomendaciones médicas, agrava su situación de indefensión y su estado de salud”¹⁸⁵ y que “los portadores de VIH/SIDA constituyen un grupo de personas en estado de debilidad manifiesta, ya que esta enfermedad que los aqueja va deteriorando progresivamente su estado de salud, sin que exista en la actualidad tratamiento alguno que detenga el avance del virus de manera definitiva. Por esta razón, son ellos los acreedores de una protección especial por parte del Estado, que se traduce, entre otros, en la obligación de prestarles atención integral y preferente en salud para hacer frente a su difícil situación médica”¹⁸⁶, respectivamente.

En este orden de ideas, parece claro cómo con base únicamente en las normas constitucionales que consagran derechos para los ciudadanos y los correlativos deberes en cabeza de Estado, la Corte Constitucional ha establecido una doctrina dirigida a la protección prevalente del derecho a la salud y a la vida del enfermo de SIDA en atención a las circunstancias propias del enfermo –debilidad física manifiesta-, a la conexión entre la salud y la vida del mismo, y al deber del Estado de protección del orden público frente a los riesgos que puede implicar una enfermedad con las características del SIDA. Sobre estas bases se mantiene la regla de decisión de este tipo de casos hasta la actualidad.

Ahora bien, a pesar de que la línea en el sentido de reconocer una protección especial a los enfermos de SIDA se ha mantenido homogénea en cuanto que autoriza la inaplicación de ciertas exclusiones y limitaciones de los Planes de Salud, en el interior de la misma se han visto variaciones en atención, principalmente, a la comprobación de novedades médicas en el tratamiento de la enfermedad. Es el caso de la jurisprudencia relativa a la práctica de exámenes diagnósticos de carga viral que, por estar excluidos de los Planes Obligatorios de Salud, eran recurrentemente negados por las EPS y por las ARS. Al respecto, la primera jurisprudencia de la Corte sostenía que

“[e]l examen de carga viral (...) es solamente un control de la cantidad de VIH que el paciente lleva en la sangre, que sirve para medir la eficacia del tratamiento escogido para combatir la enfermedad; es decir que de él no dependen, en manera alguna, ni el señalamiento de tal tratamiento ni la existencia del paciente”, por lo cual no se entendía que estuviera relacionado con el mantenimiento de la calidad de vida del paciente, luego no era admisible para la Corte ordenar su práctica en sede de tutela¹⁸⁷. Sin embargo, posteriores opiniones científicas consultadas por la Corte determinaron la relevancia de la mencionada prueba para determinar el tratamiento a seguir con cada paciente lo que llevo a la Corporación a modificar su jurisprudencia. Así a partir de la T-849 de 2001 la Corte señaló que la antigua doctrina sostenida por ella en la que se indicaba que el examen referido no era indispensable para evitar el avance del tratamiento de los portadores del VIH, debía abandonarse, para sostener que un paciente bajo un tratamiento no efectivo, que carezca del diagnóstico de la carga viral, no reacciona positivamente y podría, entre otros efectos, progresar el SIDA. Ante tal panorama la siguiente jurisprudencia de la Corte utiliza los criterios de inaplicación de exclusiones y limitaciones que hasta la fecha había hecho servir en lo relativo al derecho a la salud de los enfermos de SIDA, en relación con los exámenes de carga viral que sean ordenados por los médicos tratantes. Señala entonces que dado que “la realización del mencionado examen [de carga viral] sí está ligada con la determinación del tratamiento (...) no es válida la excusa de la no inclusión del examen de carga viral en el POS ya que se debe inaplicar esta norma de inferior jerarquía para darle aplicación a los preceptos constitucionales que garantizan el derecho a la vida en condiciones dignas al buscar la curación del portador de VIH.”¹⁸⁸ Esta fue la línea que se mantuvo hasta que en 2003 fue expedido el Acuerdo n. 254 del Consejo Nacional de Seguridad Social que incluyó tal prueba diagnóstica dentro del Plan Obligatorio de Salud. A partir de entonces la aplicación de tal línea jurisprudencial cuenta además con el soporte de la regulación infraconstitucional, como ha ocurrido también en relación con “la asistencia de laboratorio, médica u hospitalaria requerida, según lo aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, por un paciente

¹⁸⁷ Sentencia T-398 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, F.j. único. Esta jurisprudencia se mantuvo, entre otras, en las sentencias T-398 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1068 de 2000, T-1055 de 2000 y T-1166 de 2000 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹⁸⁸ Sentencia T-849 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. F.j. B.5. Esta jurisprudencia ha sido posteriormente refrendada en sentencias como la T-068 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁸⁵ Sentencia T-067 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, F.j. 4.

¹⁸⁶ Sentencia T-213 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, F.j. Tercero.

infectado con el VIH-SIDA o que padezca de cualquier enfermedad de las consideradas ruinosas o catastróficas”. Para estos casos la recientemente promulgada Ley 972 2005 señala, en su artículo 3, que “las entidades que conforman el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en lo de sus competencias, bajo ningún pretexto podrán negar la asistencia”, en estos campos. Y así lo ha recogido la Corte en su más reciente jurisprudencia (sentencia T-361 de 2066, M.P. Jaime Araujo Rentería, entre otras)

4. REFLEXIONES FINALES

4.1. El papel del juez constitucional y los derechos de prestación

El estudio de las líneas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud que hemos presentado nos permite ahora aventurar algunas conclusiones sobre la aplicación de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud y sobre la forma en que la justicia constitucional ha asumido dicha protección.

Lo primero que hay que señalar es que mediante la jurisprudencia de protección del de los DESC en general, y del derecho a la salud en particular, el juez constitucional colombiano ha activado un instrumento clave para la protección de algunos de estos derechos ante un panorama constitucional que, a primera vista, no preveía la posibilidad de su judicialización directa mediante la acción de tutela. Desde que empezó a funcionar en 1992, y en el marco de las sentencias de revisión de los fallos de tutela que recibe, la Corte ha desarrollado una interpretación sobre los derechos sociales reconocidos en la Carta según la cual estos derechos, a pesar de ser considerados por regla general como derechos programáticos (en tanto exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación) en algunos casos pasan a ser "derechos fundamentales por *conexidad*" debido a la conexión que se presenta entre ellos y otros de carácter fundamental; así las cosas, aún cuando no han sido denominados como fundamentales por el constituyente, los derechos sociales pueden adquirir el carácter de fundamentales, lo cual permite considerarlos como derechos subjetivos y habilitar a su titular para exigir directamente su cumplimiento mediante la acción de tutela.

En desarrollo de lo anterior, y en relación con el derecho a la salud, tanto la definición de su naturaleza jurídica como la posibilidad de su protección directa en sede de tutela -excepción hecha del caso de los niños que es

fundamental por expreso mandato constitucional- se han hecho casuísticas y dependientes de las circunstancias del caso concreto. Los factores que determinan la posibilidad de acudir a la acción de tutela para la protección del derecho a la salud son básicamente dos: que se demuestre que existe una relación de causalidad -*conexidad*- entre la afectación de éste derecho y la vulneración o amenaza de derechos fundamentales como la vida, la vida digna, la integridad personal y el mínimo vital de la persona; y que el particular que solicita una determinada prestación que le ha sido ordenada por un médico tratante adscrito Sistema General de Seguridad Social en Salud no cuente con los medios para sufragar por sí mismo los costos de la asistencia sanitaria requerida.

A partir de esta jurisprudencia, la utilización de la acción de tutela para la protección del derecho a la salud se ha convertido en una herramienta fundamental para el ciudadano y ha dado importantes resultados en punto a la eficacia de los mandatos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos sobre derechos sanitarios. Esta jurisprudencia, y en general toda la relacionada con la protección de los derechos -fundamentales y sociales- en sede de tutela, ha derivado en la aplicación constante de los principios y normas del derecho internacional de los derechos humanos. De la relevancia de este mecanismo en la protección del derecho a la salud da fe el Informe de la Defensoría del Pueblo al cual se ha hecho ya referencia.

Ahora bien, es preciso recalcar que pese a sus “bondades”, la utilización de la acción de tutela para la protección directa de los derechos sociales no soluciona las dificultades que genera la inexistencia de herramientas jurídicas apropiadas y especialmente diseñadas para este fin, ni brindan soluciones a los problemas estructurales que, en relación con la eficacia de estos derechos, se siguen presentando a diario en nuestro entorno. En esta medida, esta práctica no ha estado exenta de críticas debido a que existen aspectos especialmente sensibles, como el principio de igualdad, que se ven seriamente afectados por este tipo de prácticas judiciales.

El hecho de que sea el juez constitucional el que enjuicie y decida sobre derechos sociales puede resultar bastante problemático. Por un lado, en la medida en que mediante los procesos jurisdiccionales en los cuales se enjuician derechos prestacionales (como el derecho a la salud) sólo se resuelven los caso concretos de los demandantes, por encima de la necesidad de equidad social que determina una política social “justa”, lo cual conduce, en definitiva, a que en muchos casos sólo quien

acude a la “justicia rogada” pueda recibir los bienes y servicios a que *da derecho* un determinado derecho social de prestación y que, en principio, deberían ser accesibles a todos aquellos que los necesiten. De otra parte no parece claro que sea una función del Tribunal Constitucional la de decidir sobre derechos prestacionales toda vez que sus pronunciamientos inciden directamente sobre políticas públicas cuya adopción, conforme al principio democrático, corresponde al legislativo; la preocupación fundamental que sustenta estas críticas es el riesgo del “vaciamiento” del principio democrático y el peligro de caer en el gobierno de los jueces.

Frente a estas críticas que, en nuestro entender, en este campo no existe realmente un choque entre las funciones del juez constitucional y las del legislador, más allá de la inevitable tensión que se produce entre ambos órganos constitucionales, ni existe un desconocimiento del principio de legalidad. Así como el legislativo cumple con su función constitucional de determinar las políticas públicas y con ellas la manera general en que han de garantizarse los derechos sociales de prestación, el juez constitucional se limita a hacer cumplir los mandatos constitucionales y a proteger especialmente los derechos fundamentales conexos o íntimamente relacionados con algunos derechos sociales; es la comprobación de que en muchas ocasiones la protección de los derechos fundamentales pasa por la protección de un derecho social priorizando la aplicación de una determinada norma constitucional frente a otro tipo de normativa. Por ello podemos decir que con tal accionar el juez constitucional no se separa de sus funciones.

Adicionalmente, esta forma de viabilizar la exigibilidad directa de los derechos sociales de prestación, que parte de la necesidad de *tomarse en serio los derechos sociales*, encuentra una razón de ser y una justificación razonable en el marco del constitucionalismo actual. Cuando se admite la utilización de mecanismos constitucionales para la protección de los DESC no se busca justificar que el juez constitucional tenga carta abierta para “suplantar” al legislativo en la determinación de las políticas públicas y en la asignación de los bienes y servicios a que *dan derecho* los derechos sociales, sino de reconocer que el juez constitucional ha adquirido nuevos *roles* en el Estado social. Dentro de ellos un papel preponderante es el de servir de instrumento para la identificación de los casos de violación de los DESC para, a partir de allí, ordenar las consecuencias jurídicas que le sean posibles de conformidad con su propio sistema de fuentes. En este sentido la justicia constitucional “no puede abdicar de su

competencia de configuración sobre los derechos sociales, competencia naturalmente compartida con el legislador, y cuyos límites (...) es imposible trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible” de cada derecho¹⁸⁹.

La protección del derecho a la salud en sede de tutela no es más que una expresión material de la protección del derecho a la vida en condiciones dignas, y por tanto se mantiene aún dentro de los parámetros de la *idea fuerza* de la justicia constitucional, cual es la protección frente al Estado de una serie de derechos inalienables de la persona sin los cuales no se puede garantizar su existencia en condiciones dignas. Desconocer esta expresión “material” de los derechos fundamentales sería tanto como dejar de lado su posibilidad de materialización y real ejercicio por parte de los ciudadanos. Por ello, no creo que mediante la protección del derecho a la salud en sede de tutela la Corte haya redefinido el carácter de tal derecho, ni que haya creado un nuevo derecho fundamental. En mi sentir, antes que “crear” nuevos derechos fundamentales, la Corte ha asumido juiciosamente su tarea de proteger los derechos fundamentales de las personas. La Corte sencillamente ha “tomado en serio” los derechos sociales y a partir de allí ha protegido el derecho a la salud como expresión del derecho a la vida en condiciones dignas. Por ello antes que rebatir la posibilidad de que el juez constitucional asuma nuevas funciones en su carrera de protección de los derechos, debería pensarse en crear mecanismos y respuestas jurisdiccionales concretas que, desde la justicia constitucional, resulten más acordes con las necesidades que reclama la real eficacia de los derechos sociales de prestación.

4.2. La tutela del derecho a la salud

Las diferentes líneas jurisprudenciales presentadas permiten concluir, en primer término, una clara preocupación de la Corte por intentar delimitar el contenido y alcance del derecho a la salud consagrado en la Constitución. En tal propósito, el doble carácter que debe atribuirse a los derechos sociales de prestación -en tanto derechos de libertad por un lado, y derechos prestacionales, del otro- sirve a la Corte para justificar la protección directa del derecho a la salud en sede de tutela utilizando para ello el criterio de la *conexidad* o conexión que, en algunos casos, se presenta entre la afectación de este derecho y la

¹⁸⁹ PRIETO SANCHÍS, Luis “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración, *Universitat de Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia 2004*, pág. 170

de algún derecho fundamental como el derecho a la vida, la vida digna, la integridad personal y el mínimo vital. A partir de lo anterior la Corte desarrolla una específica dogmática para establecer los casos en los cuales debe entenderse que el derecho a la salud adquiere el carácter de fundamental y por tanto puede ser protegido en sede de tutela, al tiempo que va fijando ciertas líneas que determinan prevalencias en la protección constitucional de éste derecho, bien en razón de la calidad del sujeto de derecho, bien en razón de las características de las afecciones de salud que éste puede llegar a padecer. Así, de las líneas expuestas se deduce en primera instancia que la Corte, además de admitir el carácter fundamental del derecho a la salud en los casos en que se ponen en peligro la vida en condiciones dignas o a la integridad personal, ha priorizado la protección del derecho a la salud de los niños en atención al expreso mandato del artículo 44 constitucional según el cual el derecho a la salud de los menores de edad es *per se* un derecho fundamental. Por otro lado, la Corte establece que el derecho a la salud de la mujer durante el período de embarazo y lactancia merece una protección especial por parte del Estado en la medida en que -además de la protección de la salud de la mujer- implica también la protección de la vida y de la salud del *nasciturus*, y prioriza la protección del derecho a la salud de los enfermos de SIDA en atención a su particular condición de debilidad manifiesta y las implicaciones de la enfermedad del SIDA sobre la sociedad y sobre el enfermo. Adicionalmente, tanto en el marco de los casos en los cuales se establece que el derecho a la salud es *per se* fundamental, como en el marco de aquellos en los cuales el derecho a la salud adquiere tal carácter por *conexidad*, la Corte traza una línea jurisprudencial según la cual hay ocasiones en la que es necesaria la inaplicación de la normativa infraconstitucional que regula las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud en aras a lograr una eficaz protección del "derecho fundamental a la salud". Es el caso de la protección del derecho a la salud de los menores de edad con pronóstico no favorable de curación, y de la protección de la salud de personas que requieren un tratamiento, intervención y medicamento que se encuentra explícitamente excluido de las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud, o que exige de un período mínimo de cotización por parte del usuario para su prestación.

De estas líneas jurisprudenciales se desprende que en el sistema jurídico colombiano tanto la definición de la naturaleza jurídica del derecho a la salud como la posibilidad de su protección directa en sede de tutela -excepción hecha del caso de los niños- es casuística y depende de las

circunstancias del caso concreto, y fundamentalmente de dos asuntos: de un lado, de que se demuestre que existe una relación de causalidad -*conexidad*- entre la afectación de éste derecho y la vulneración o amenaza de derechos fundamentales como la vida, la vida digna, la integridad personal y el mínimo vital de la persona, y del otro, de que el particular que solicita una determinada prestación que le ha sido ordenada por un médico tratante adscrito sistema sanitario no cuente con los medios para sufragar por sí mismo los costos de la asistencia sanitaria requerida.

Ahora bien, Cuando la Corte Constitucional comenzó a trabajar en 1992 se enfrentó, entre otras novedades, a la cláusula del artículo 49 de la Carta en la cual se reconoce a todos la protección del derecho a la salud en los términos que presentamos al inicio de este trabajo. No existiendo ley que desarrollara el referido mandato constitucional, la Corte, como máximo guardián de la Constitución, asumió la función de garantizar su contenido, protegiendo el derecho a la salud en sede de tutela. Con todo, si se aceptara esta argumentación a favor de la intervención de la Corte para la protección de este derecho, habría que aceptar también que, una vez delimitado el contenido y alcance del derecho a la salud por parte del legislador, asunto que se llevó a cabo con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, nada tendría que decir la Corte respecto de la protección del derecho a la salud en sede constitucional. Habría que admitir que la protección del derecho a la salud, en tanto derecho de configuración legal, escapa del alcance funcional del juez constitucional y se circunscribe a las respectivas prescripciones legales.

Pero el particular contexto colombiano se aleja de éste planteamiento. Si bien la Ley 100 de 1993 atiende el mandato constituyente de creación de un sistema de sanidad que garantice a todas las personas "el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud" (artículo 49 de la Constitución), lo atiende a medias. En esta línea, y aunque en gracia del respeto al principio democrático y al principio de legalidad podría admitirse la legitimidad de las limitaciones que plantea la Ley 100 de 1993 frente al disfrute del derecho a la salud y consecuentemente, podría condenarse la actuación de la Corte Constitucional al admitir la protección de este derecho -que en principio sería un derecho de configuración legal- en sede constitucional, no es esta nuestra percepción.

En nuestro sentir, el hecho de admitir que el derecho a la salud es, en principio, un derecho social de prestación y en tanto tal es un derecho de configuración legal, como

lo ha señalado también la Corte, no obsta para reconocer que, por un lado, los derechos constitucionales de configuración legal tienen un núcleo esencial o un contenido mínimo inquebrantable y que limita incluso el accionar del legislador, y por el otro, que la Corte Constitucional, por expreso mandato del constituyente, tiene el deber constitucional de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, esto es, de todos y cada uno de sus preceptos, incluidos aquellos que consagran derechos prestacionales de configuración legal. A la Corte le corresponde velar por que se respete el contenido mínimo de los derechos constitucionales que, como el derecho a la salud, son de configuración legal, y muy especialmente, velar por la eficacia y vigencia de los derechos fundamentales de las personas. Es precisamente de esta competencia de donde la Corte deriva su facultad de proteger, en sede constitucional, el derecho a la salud, al considerar, por un lado, que las deficiencias estructurales del sistema de salud o de la forma en que éste se ha implementado no pueden justificar la desatención de la garantía constitucional de que todas las personas tengan "acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud", y por el otro, al considerar que su deber de protección de los derechos a la vida en condiciones dignas y a la integridad personal, en tanto derechos fundamentales propiamente dichos, le implica, en ocasiones, asumir la protección del derecho a la salud (criterio de *conexidad*).

Ahora bien, esta postura, afín a la derivada de la jurisprudencia relativa a la protección constitucional del derecho a la salud en Colombia ha sido objeto de diferentes críticas. Éstas, según los planteamientos señalados en la aclaración de voto de la sentencia T 1207 de 2001, se pueden sintetizar en tres puntos básicos. De un lado, en que la concesión de medicamentos y tratamientos excluidos de los Planes de Salud en sede de tutela puede estar generando efectos contraproducentes en cuanto a la protección del derecho a la salud en la medida en que las sentencias en este sentido implican una erogación no presupuestada con lo cual desequilibran financieramente el Sistema, lo cual repercute en detrimento de la ampliación progresiva de la cobertura del mismo y deriva en que, a la larga, el pleno disfrute del derecho a la salud sólo se consiga mediante la justicia rogada, con todas las implicaciones negativas que ello trae en relación con el principio de igualdad¹⁹⁰. Por otra parte, y en directa relación con lo

anterior, se establece que al utilizar los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para el cumplimiento de los fallos de tutela que ordenan la prestación de servicios sanitarios de alto costo a un reducido número de personas, se desconoce el principio de igualdad¹⁹¹. La crítica se centra en que decisiones puntuales como las adoptadas en sede de tutela resulta inequitativas pues benefician a quienes ya hacen parte del sistema de salud en detrimento de quienes aún no se encuentran vinculados al mismo y que, en general, son los sectores más pobres y vulnerables de la población colombiana. La tercera réplica, referida anteriormente, se dirige a cuestionar la función de la Corte en cuanto a que sus pronunciamientos inciden directamente en políticas públicas cuya adopción, conforme al principio democrático, corresponde al legislativo. El "vaciamiento" del principio democrático en la determinación de las políticas públicas y la posible asunción por parte de la Corte de funciones que podrían no corresponderle, así como la cuestionable extensión de la acción de tutela como mecanismo de protección de derechos no fundamentales, constituye pues el eje de esta réplica. Se plantea que en países como Colombia, en donde los recursos son escasos, es especialmente riesgoso alterar las decisiones del legislativo sobre cómo optimizar los recursos existentes. En el caso concreto de la protección del derecho a la salud se considera que es perfectamente legítima la decisión del legislador colombiano de priorizar la ampliación progresiva de la cobertura de las prestaciones sanitarias básicas, frente al cubrimiento puntual de prestaciones sumamente costosas, de manera que no puede corresponder a los jueces cuestionar las decisiones sobre políticas públicas adoptadas conforme al proceso democrático.

En general, considero que estas críticas representan claramente los grandes problemas que plantea la protección en sede de tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, y en relación con ellas parece obligado preguntarse hasta qué punto es realmente "buena" esta forma de "forzar" las políticas públicas para lograr el cumplimiento de los mandatos constitucionales; ¿dónde está el límite de la justicia constitucional en materia de

¹⁹⁰ Al respecto se puede consultar SOTELO, Luis Carlos "Los fallos de tutela sobre derechos de prestación y sus costos: Los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos", Documento mimeo, Departamento Nacional de Planeación, febrero 2000.

¹⁹¹ Sobre este asunto, en la Observación General n. 14, interpretativa del artículo 12 (derecho a la salud) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado que a efectos de que los Estados Parte puedan cumplir con los mandatos del artículo 12 del Pacto es necesario, éstos "no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población."

protección de derechos sociales de prestación?; ¿se pueden solucionar realmente las "deficiencias" del Estado Social a partir de la justicia Constitucional?; y más aún, ¿es constitucional y democráticamente viable esta fórmula de solución?; ¿existe una alternativa que potencie la protección y la eficacia material de los derechos sociales de prestación sin afectar desmesuradamente el principio de igualdad y el principio democrático en el marco de países que, como Colombia, se encuentran a penas en un proceso de construcción del Estado Social de Derecho?.

La respuesta a estos interrogantes no la tengo clara, entre otras cosas porque un estudio tan puntual como el presentado, enfocado específicamente en la protección constitucional del derecho a la salud en Colombia, a penas nos sirve como una primera aproximación a este problema. Para obtener conclusiones más generales sería necesario confrontar el presente estudio con otros que, desde el derecho y desde otras ciencias, estudien las características y las consecuencias de la protección constitucional de los derechos sociales de prestación no sólo en Colombia sino incluso en otros países que tengan contextos políticos, económicos y sociales similares. Sin embargo, podemos aventurar aquí unas últimas reflexiones que de una u otra manera tocan los interrogantes señalados.

En primer término, es claro que al pronunciarse sobre la forma en que debe prestarse determinada prestación sanitaria en un caso concreto la Corte decide sobre algo que, en principio, le corresponde al legislador. No obstante, como se explicó, dada la supremacía de la Constitución en general y de los derechos fundamentales en particular, y dadas las disfuncionalidades o deficiencias que presenta el sistema *legal* de protección del derecho a la salud y en conexión con éste, del derecho a la vida, la necesidad de propender por la efectividad normativa de la Constitución en los términos antes planteados es la que le da a la intervención de la Corte en el ámbito de la protección de derechos sociales de prestación la *legitimidad funcional* que se le cuestiona. La solución opuesta -es decir, la que defiende la no intervención de la justicia constitucional en este ámbito- implicaría desconocer los valores y principios constitucionales y consecuentemente comportaría el desconocimiento del carácter normativo de la Constitución conforme al cual la Constitución es una norma jurídica actual que debe ser aplicada y respetada de inmediato. Dejar la eficacia de la cláusula del Estado social de derecho y de las prescripciones que lo desarrollan únicamente a la libre configuración política del legislador, equivaldría a aceptar que la voluntad constituyente está supeditada a la voluntad legislativa, lo cual resulta a

todas luces contrario a la lógica estructural y funcional de los Estados constitucionales contemporáneos. En este sentido, aceptada la *legitimidad funcional* de la actuación del juez constitucional colombiano en materia de protección del derecho a la salud, debe reconocerse también que su actuación ha coadyuvado, de muchas maneras, a armonizar la producción legislativa con el contenido de los mandatos constitucionales y muy especialmente con los contenidos de la cláusula del Estado social de derecho.

Adicionalmente, y en cuanto a la posibilidad de enjuiciar el accionar del Estado en general y de la administración sanitaria en particular por la afectación o vulneración del derecho a la salud de las personas, se ha visto que la Corte Constitucional ha ganado mucho al desarrollar cierto "activismo" que le ha permitido participar eficazmente en la garantía judicial de este derecho; en esta línea, además, la jurisprudencia de la Corte ha servido de barómetro para determinar el estado de la salud en Colombia y para identificar las debilidades del sistema sanitario. Sin embargo no parece muy "adecuado" (especialmente en términos de seguridad jurídica y de aplicación del principio de igualdad) que la Corte, con sus sentencias, vaya "corrigiendo" los mandatos legislativos al ordenar, por ejemplo, prestaciones sanitarias excluidas del catálogo de servicios que ofrece el sistema sanitario colombiano. En esta línea -y en punto a optimizar tanto el cumplimiento de los mandatos del ordenamiento interno como los contemplados por el derecho internacional de los derechos humanos en relación no sólo con el derecho a la salud sino en general con todos los derechos de prestación- sería pertinente establecer canales institucionales de diálogo entre la Corte y el legislador dentro de los cuales la primera, sin salirse de su ámbito funcional en tanto que legislador negativo y guardián supremo de la Constitución, pudiera "participar del proceso legislativo". A este respecto, optar formalmente por el recurso a las denominadas sentencias interpretativas, aditivas, manipulativas... (denominación que variará según el contexto jurídico de que se trate) como lo han hecho algunos países europeos, ha permitido la reinterpretación de algunas leyes, la limitación de los efectos de las sentencias, la ampliación del núcleo de titulares de ciertos derechos hacia sectores poblacionales antes desatendidos, e incluso la "creación" o reconocimiento de nuevos derechos (especialmente prestaciones) que, mediante este tipo de sentencias, se han extendido hacia nuevos sectores de la población o se han añadido a los ya contenidos en las leyes. La Corte Constitucional colombiana obviamente no ha estado ajena a esta tendencia y el conjunto de su jurisprudencia es un claro ejemplo de su capacidad para producir sentencias

como las que venimos comentando; con todo su accionar gozaría de más respaldo y probablemente surtiría mejores efectos si el tipo de herramientas que utiliza para “persuadir” al legislador o para “modificar” sus mandatos estuvieran positivadas como caminos de doble vía que permitirían un proceso de colaboración e interacción entre ambas instituciones (piénsese, por ejemplo, en el caso de las *sentencias apelativas* utilizadas por el Tribunal Constitucional austriaco para “diferir” por un lapso prudente los efectos de una sentencia de inexecutable y paralelamente apelar al legislador para que modifique la normativa eventualmente inconstitucional).

Finalmente si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que en muchos casos el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental en virtud de su inescindible conexión con el derecho a la vida digna, podría considerarse que el incumplimiento del Estado en relación con sus obligaciones en esta materia es mucho más grave en la medida en que implica la desatención de la garantía sobre el primer derecho de la persona humana cual es el derecho a la vida.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que aún cuando se reconoce que el derecho a la salud es de “naturaleza programática” y su consagración y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, “no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, *de una sola vez*, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio, este hecho “no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo. En consecuencia, es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya reiterado, refiriéndose al derecho a la salud, que si bien el nivel de desarrollo juega un papel fundamental para ese fin, ello ‘no se debe entender como un factor que excluya el deber del Estado de implementar estos derechos en la mayor medida de sus posibilidades.

El principio de progresividad exige más bien que, a medida que mejora el nivel de desarrollo de un Estado, mejore el nivel de compromiso de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.”¹⁹² No podemos menos que compartir plenamente los postulados del Alto Tribunal.

Es preciso, sin embargo, reconocer el que sí sería un “problema real” en relación con la utilización de la acción de tutela como mecanismo encaminado a la consecución de la eficacia del derecho a la salud de los colombianos, y es que ésta sólo sirve para dar solución a casos concretos, de manera que sólo solucionar las controversias presentadas en debate por el peticionario en tutela, lo cual, como se vio, resulta sumamente discutible desde el punto de vista del principio de igualdad. No obstante, esta carencia, en mi sentir, se convierte al mismo tiempo en una de las mayores fortalezas que presenta no sólo la acción de tutela como mecanismo de protección del derecho a la salud sino también la doctrina que ha desarrollado la Corte Constitucional en este ámbito. Sin intervenir directamente en el ámbito de la formulación de políticas públicas y actuando sólo sobre casos concretos, la Corte ha coadyuvado en el proceso de identificación de las debilidades del Sistema sanitario y consecuentemente, ha participado indirectamente en el proceso de consolidación de un Sistema General de Seguridad Social en Salud que garantice efectivamente la atención de todas las contingencias en salud que presenten los ciudadanos. Es lo que ocurrió, por ejemplo, en el caso de la jurisprudencia de la Corte en relación con la inaplicación de la regulación del Plan Obligatorio de Salud que excluía de sus prestaciones el examen de carga viral u otras prestaciones para los enfermos de SIDA; ante la recurrente inaplicación de tales mandatos por la Corte en salvaguarda del derecho a la salud de los pacientes, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud decidió, finalmente, incluir tal examen diagnóstico dentro de las prestaciones de los Planes de Salud del sistema y el Legislador nacional expidió la Ley 972 de 2005 en relación con las llamadas enfermedades ruinosas o catastróficas que, entre otras cosas, prohíbe a las entidades del Sistema, negar ciertos servicios a los pacientes que las padezcan. Así mismo, al participar del proceso de consolidación del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Corte ha coadyuvado en la consolidación de uno de los elementos constitutivos del Estado social del derecho. En este mismo orden de ideas, el hecho de que la Corte sólo asuma la protección del derecho a la salud en aquellos casos en que se encuentra que su vulne-

¹⁹² Sentencia C- 130 de 2002, M.P. F.j. 12

ración implica la de un derecho *per se* fundamental como la vida o la integridad personal, es decir, el hecho de que la Corte se mantenga dentro de su marco competencial de protección de los derechos fundamentales, resulta también afortunado ya que si admitiera la protección del derecho a la salud por fuera de los parámetros de la *conexidad*, efectivamente perdería su rumbo en cuanto a la protección de derechos fundamentales se refiere, e incursionaría directamente en la solución de políticas públicas cuya competencia, indiscutiblemente, está en cabeza del legislador y del ejecutivo.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian “Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Universidad de Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- ARAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian “Los derechos sociales como derechos exigibles”, tomada en febrero de 2001 de internet “www.ov.es/^afd/CEFD/Index_4.html” “Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho”. Según menciona la página Web de referencia, el mismo artículo se encuentra publicado en la Revista editada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República argentina con la colaboración del alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU; No 7, Otoño de 2000.
- ALBANESE, Susana, *Economía, constitución y derechos sociales*, EDIAR, Buenos Aires, 1997.
- ALONSO OLEA, *Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud*, Editorial Civitas, Madrid, 2ª. Edición 1999.
- ARA PINILLA, Ignacio, *Las Transformaciones de los derechos humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.
- ARANGO, Rodolfo “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”, Mimeo, Bogotá, febrero, 2001.
- ARANGO, Rodolfo, “Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos” en Revista Pensamiento Jurídico No. 8, Universidad Nacional de Colombia, facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 1997.
- ARBELÁEZ RUDAS, MÓNICA, *La protección a la salud, línea jurisprudencial y notas constitucionales*, Centro de Investigación y Educación Popular CINE – DIAKONIA, 2002
- BARCELLONA, Pietro, “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social”, en OLIVAS, Enrique, *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, Ed. NIS, Roma, 1993. pp 198-200. Para profundizar sobre este punto se puede consultar la obra *Derechos sociales: Teoría e ideología* del profesor Francisco Contreras Peláez, Editorial Tecnos, Madrid 1994.
- BOBBIO. Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos” en *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991.
- BÖKENFÖRDE, E.W. “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la constitución” en *Escritos de derechos fundamentales*, Nomos, Berlín, 1993.
- BORRAJO DACRUZ, “Artículo 43. Protección de la Salud”, en Varios Autores (Dirección de Oscar Alzaga) *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1996.
- CASCAJO, José Luis, *La tutela constitucional de los derechos sociales*, Colección Cuadernos y Debates, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1988.
- CEPEDA, José Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992.
- COBREROS MENDOZA, Eduardo, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, HSEE/IVAP, Oñati 1988.
- CONTRERAS, Francisco, *Derechos sociales: Teoría e ideología*, Editorial Tecnos, Madrid 1994.
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Selección Jurisprudencial.
- CURREA LUGO, Víctor de, “La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho”, en: *La Salud está grave: una visión desde los derechos humanos*, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 2000.

- CHINCHILLA Herrera, Tulio “¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?”, Ed. Temis, Santafé de Bogotá.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Doctrina Defensorial en salud y seguridad social, Bogotá, 2002.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Bogotá, 2004.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Informe “La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud”, mimeo, Bogotá, 2004.
- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS –DANE Encuesta Nacional de Calidad de Vida 1997, www.dane.gov.co/inf_est/calidadvida/ficha_cali_vida.html, julio de 2003.
- DI CASTRO, Benito, Los Derecho económicos, sociales y culturales, análisis desde la teoría de los DDHH, Universidad de León, León, 1993.
- DOEHRING, “Estado social, Estado de derecho y orden democrático”, en *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.
- ECHEVERRY LÓPEZ, Esperanza, “La salud en Colombia: abriendo el siglo ... y la brecha de las inequidades”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud* n. 3, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Javeriana, 2003.
- FAVOREU, Louis Los Tribunales Constitucionales, Ed. Ariel, Barcelona 1994.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, El servicios público de sanidad: El marco constitucional, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos” en *Revista de derecho político* No. 15 de 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA Y T.R. FERNÁNDEZ, Curso de derecho administrativo II, Madrid, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo La constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1983.
- GARCÍA MACHO, Ricardo Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda, Instituto de Administración Local, Madrid, 1982.
- GARCÍA, González-Posada “La organización del Sistema Sanitario español” en *Varios Autores, Lecciones de derecho sanitario* (Directores, José M. Gómez y Díaz-Castreverde y Francisco J. Sanz Larruga), Colección Cursos, Congresos y Simposios, Universidad de La Coruña, 1999.
- GARCÍA-PELAYO, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución” en RAMÍREZ, M. (dir.) *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Aliansa Universidad, Madrid, 1984.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *las transformaciones del Estado contemporáneo*, Ed. Alianza Universidad, Madrid 2ª ed. 1991.
- GARRIDO FALLA, F “Comentario al artículo 43” en *Varios Autores Comentarios a la Constitución española*, Madrid, 2ª edición, 1986.
- GIRALDO VALENCIA, Juan Carlos (Compilador), *Ejercicios del derecho a la salud en Colombia*, Defensoría de Pueblo, Bogotá, agosto de 2000.
- GONZÁLEZ MORAN, Luis "Introducción al derecho a la asistencia sanitaria", en *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, Javier Gafo (editor), Universidad Pontificia ICAI-ICADE, Comilla, Madrid 1999.
- GONZÁLEZ MORENO, Beatriz, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, CIVITAS, Universidad de Vigo, Madrid, 2002.
- HERNÁNDEZ Álvarez, Mario. “El Derecho a la Salud en Colombia: Obstáculos Estructurales para su Realización”, tomado de Internet en agosto 2000, www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp.
- JARAMILLO, Iván El futuro de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993 cinco años después. FESCOL, Bogotá, 1999.
- LÓPEZ, Diego, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, Teoría del Derecho Judicial*, Bogotá, Ediciones Uniandes y Legis, 2000.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre derechos sociales*, CEDECS - Derecho Procesal, Barcelona, 1997.

- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*” Alianza Editorial, Madrid 1995.
- NAVARRO, Andrés *Derecho a la protección de la salud y Sistema Sanitario Integrado*, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona , 2001 mimeo.
- NINO, Carlos Santiago, “Los derechos sociales”, en *Derecho y sociedad*, Buenos Aires.
- PAREDES Natalia, “A cinco años de la reforma del sistema de salud colombiano, ¿qué a pasado con el derecho a la salud?, en *La salud está grave, una visión desde los derechos humanos*, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo - Provea, Bogotá, 2000.
- PAREDES Natalia, *El derecho a la salud: su situación en Colombia*, GTZ, CINEP, Bogotá, 2003.
- PAREDES, Natalia *Situación del derecho a la salud en Colombia: Una mirada a partir de la reforma a la seguridad social de 1993*. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2001, mimeo.
- PAREDES, Natalia, “La salud, ni se compra, ni se vende” en Revista cien días Vistos por CINEP, Vol. 10, No. 44, abril – julio 1999. “Pronostico reservado” en Revista cien días Vistos por CINEP Vol. 10, No. 42, Julio – Noviembre 1998. “Seguro Social frente a las EPS: La ley del embudo” en Revista cien días Vistos por CINEP, Vol. 10, No. 41, abril–junio, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, *El Estado social y administración pública*, Civitas, Madrid, 1983.
- PAREJO ALONSO, Luciano, “Constitución y valores del ordenamiento”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Civitas, Madrid, 1991.
- PEMÁN GAVÍN, Juan, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes” en Revista Derecho y Salud, Vol. 9, No. 2, 2001.
- PEMÁN GAVIN, Juan, *Derecho a la Salud y Administración sanitaria*, Real Colegio de España, Bolonia 1989.
- PEREIRA ANDRADE, Antonio, "Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud" en Revista Actualidad Administrativa No. 10-11, 1992.
- PEREZ LUÑO, Antonio, *Estado Social y democrático de derecho y derechos fundamentales en Derechos Humanos*, Estado de Derecho y Constitución, Ed. Tecnos, Madrid 1991.
- PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales* Editorial Tecnos, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Editorial Debate, Madrid, 1990.
- REQUEJO PAGÉS, J.L. “Derechos de configuración legal” en *Enciclopedia Jurídica Básica Vol II, CIVITAS*, Madrid.
- RIBERO LAMAS, Juan *Protección de la salud y Estado social de derecho*, Real academia de Medicina de Zaragoza, Zaragoza, 2000.
- RODÍGUEZ OLVERA, Oscar, *Teoría de los derechos sociales en la constitución abierta*, Ed. Comares, Granada, 1998.
- SOTELO, Luis Carlos “Los fallos de tutela sobre derechos de prestación y sus costos: Los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos”, Documento mimeo, Departamento Nacional de Planeación, febrero de 2000.
- STERN, Klaus “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal Alemana”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, 1988.
- TORNOS, Joaquín “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, Ponencia presentada al X Congreso Derecho y Salud, Palma de Mallorca, 21 - 23 de noviembre de 2001, mimeo.
- TORRES ÁVILA, El mínimo vital en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, CINEP-DIAKONIA, 2002.
- TORRES ÁVILA, Jheison, *El mandato del estado social de derecho en la constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*, Tesis Doctoral, Área de Derecho Constitucional Universidad de Alicante, Director: D. José Asensi Sabater, Alicante, septiembre de 2002.
- TRUYOL Y SERRA, A. *Los derechos humanos*, 3ª edición Tecnos, Madrid, 1982.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho” en *Revista Pensamiento Ju-*

rídico No. 4. Facultad de Derecho - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 1995.

- ZAGREBELSKY, Gustavo “El tribunal constitucional italiano” en Tribunales constitucionales europeos

y derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1894.

- ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil: ley, derechos, justicia, Ed. Trotta, Madrid 1995