

**EL DERECHO A LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN
COLOMBIA: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SUPRESIÓN DEL PLAN
OBLIGATORIO DE SALUD**

ADRIANA MARIA RINCON RUBIANO

DIRECTOR: SANDRA LILIANA AVELLANEDA HERNANDEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

MAESTRIA EN DERECHOS FUNDAMENTALES Y HUMANOS

TUNJA

2019

**EL DERECHO A LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN
COLOMBIA: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA SUPRESIÓN DEL PLAN
OBLIGATORIO DE SALUD**

ADRIANA MARÍA RINCON RUBIANO

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magister en
Derecho Fundamentales y Humanos**

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS SECCIONAL TUNJA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHOS FUDAMENTALES Y HUMANOS

TUNJA

2019

DEDICATORIA.

A Dios todo poderoso por el don de la vida.

A mis Padres por su constante sacrificio, dedicación, esfuerzo y educación brindada.

A mi hija Isabella, por su dulzura y amor quien se convirtió en el motor de mi vida.

A mi alma mater que me abrió las puertas y me formó profesionalmente.

*A mi Directora de Tesis, a quien doy gracias por su asesoría, dedicación y aliento ya
que sin ella no hubiese sido posible culminar este trabajo*

Tabla de contenido

INTRODUCCIÓN	6
--------------	---

OBJETIVOS	8
-----------	---

Objetivo General	8
------------------	---

Objetivos específicos	8
-----------------------	---

CAPITULO I.

EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 FRENTE A LAS TEORÍAS CRÍTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS	9
--	----------

1.1. EL DERECHO A LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	10
--	----

1.2. EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN	20
---	----

1.3. TEORÍAS CRÍTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS	25
---	----

1.3.1. TEORÍA DE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	27
---	----

1.3.2. TEORÍA DEL INTERÉS SUPERIOR	32
------------------------------------	----

1.3.3. TEORÍA DE LA REINVENCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS	38
---	----

CAPÍTULO II.

SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN COLOMBIA EN COMPARACIÓN CON EL SISTEMA INTERNACIONAL ESPECIALMENTE UNICEF. 42

2.1. DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD EN LA LEY 1098 DE 2006 CODIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA	43
2.2.DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD EN EL MARCO DE LA UNICEF.	46

CAPITULO III.

LA EFECTIVIDAD DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN “ACCION DE TUTELA” EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA.	51
--	----

CAPITULO IV.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY 1751 DE 2015 Y SU INFLUENCIA EN EL POS FRENTE A LA REALIDAD EN COLOMBIA.....	69
4.1. EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, UNA MIRADA A PARTIR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	69
4.2. LA ELIMINACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA	73

CONCLUSIONES	85
--------------------	----

BIBLIOGRAFÍA	89
--------------------	----

INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental a la salud de la infancia y la adolescencia en Colombia, ha sido un tema fuertemente debatido y controversial que ha tenido análisis especialmente dentro de la Corte Constitucional Colombiana, lo anterior por cuanto aunque se trata de un derecho que les asiste a partir de los contenidos de la Constitución Política de Colombia de 1991, la cual está integrada también por instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, no ha sido del todo materializado por las autoridades del Estado, en quienes recaen obligaciones claras al respecto, motivo por el cual se ha tenido que acudir a la acción de tutela como mecanismo para que sea el juez constitucional quien declare este derecho a los menores.

Con la entrada en vigencia del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, normativa que a partir de la cual desaparece el denominado “POS”, presuntamente se logra consolidar un efectivo goce del derecho a la salud, no obstante, tal como se pretende argumentar, esa afirmación es una falacia, pues, aunque se procura ofrecer a los usuarios del sistema de salud esa idea, lo cierto es que la crisis no acaba, y que se continuará exigiendo este derecho por vía de acción de tutela.

Para el desarrollo del trabajo se propone abordar cuatro capítulos. En el primero de ellos, se estudia el derecho a la salud a partir del texto constitucional, y además desde cuatro teorías de derechos humanos: la universalidad, el interés superior, el garantismo y la reinención de los derechos humanos. En seguida, en el capítulo segundo, se describirá el derecho a la salud dentro de la Ley 1098 de 2006 y se avalará que de la manera como está descrito, se ajusta a lo pedido por la Convención sobre Derechos del Niño de 1989. Luego, en el capítulo tercero, se hará un recuento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a partir de la cual se hará evidente que es la tutela el mecanismo que por excelencia se ha debido utilizar para materializar el derecho a la salud de los niños, niñas

y adolescentes; y en el capítulo cuarto se describirá lo que era conocido como el “POS” y además se señalarán las consecuencias para los niños, niñas y adolescentes de la entrada en vigencia del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 y la consiguiente eliminación del Plan Obligatorio de Salud. Finalmente se presentarán las conclusiones que arrojaron el trabajo investigativo.

OBJETIVOS

Objetivo General

Analizar el derecho fundamental a la Salud de la Infancia y la Adolescencia en Colombia, a partir de la supresión del Plan Obligatorio de Salud.

Objetivos específicos

- Identificar la eficacia del derecho fundamental a la salud de la infancia y adolescencia en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 frente a las teorías críticas de los Derechos Humanos.
- Comparar el sistema de protección de los Derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia con el sistema internacional de la UNICEF.

Determinar la efectividad de la tutela como mecanismo de protección del derecho a la salud de los niños en Colombia.

- Interpretar la Ley 1751 de 2015 y su influencia en el Plan Obligatorio de Salud

CAPITULO I.

EFICACIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN COLOMBIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 FRENTE A LAS TEORÍAS CRÍTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

La Carta Política de 1991, trajo consigo efectos benevolentes para los asociados del Estado, pues a partir de allí, se propuso mantener vigentes distintas prerrogativas para los colombianos, así como mecanismos para su materialización, dejando atrás la connotación meramente legalista de la Constitución de 1886, para dar paso a un Estado con más conciencia de las necesidades de sus asociados y por lo tanto solicitando a las diferentes autoridades un actuar acorde con los principios y contenidos constitucionales.

Dentro de los derechos que se buscó proteger, se encuentra el derecho a la salud, que, aunque no fue catalogado como derecho fundamental, por expresión propia del texto superior, si se ha consolidado en la actualidad como tal, gracias a los esfuerzos hechos por la Corte Constitucional, tribunal que data de la misma fecha de la Constitución vigente y que se instituyó para su defensa. Aunado a lo anterior, en el texto constitucional se estableció un tratamiento especial para la infancia y la adolescencia, sujetos que debido a sus particulares condiciones así lo merecen, por lo que es una obligación del Estado, la familia y la sociedad, velar por el desarrollo armónico de sus derechos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud, el cual es indispensable para asegurarles una calidad de vida acorde con el concepto de dignidad humana.

Ahora bien, como se verá, el derecho a la salud de la infancia y la adolescencia debe comprenderse también a partir de las teorías que han sido orientadoras bien del texto constitucional, o de la jurisprudencia de la Corte, o porque no, desde aquellas que invitan a reinventarlo para que no quede pensado únicamente desde el planteamiento de antaño y se ajuste a la actualidad.

1.1. EL DERECHO A LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Con la expedición de la Constitución Política de 1991, el Estado Colombiano, se propuso asegurar a sus asociados, un catálogo amplio de derechos, que fueron expuestos desde su preámbulo¹, tales como la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, los cuales encontraron desarrollo dentro del articulado de la Carta Suprema.

Estos avances en el texto constitucional, se dieron como una muestra de distinción de la nueva Constitución Política con la del año 1886, que pretendió dejar atrás los contenidos retóricos, para apostarle a un nuevo catálogo con verdadera fuerza normativa y vinculante, motivo por el cual se dotó de derechos, valores y principios, que impusieron a las autoridades una obligatoriedad de cambio en sus actuaciones, y en donde de manera precisa se establecieron los fines esenciales del Estado Social de Derecho, esto fue a partir del artículo 2:

ARTICULO 2. *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

¹ El Preámbulo de la Constitución Política de Colombia, refiere: El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente Constitución Política de Colombia (...).

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, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Ahora bien, dentro de los derechos enunciados en el texto, se señala la vida, máxima que además se catalogó como derecho fundamental a través del artículo 11 del mencionado contenido Constitucional², no obstante, este derecho requiere para su materialización, el aseguramiento de otras garantías, las cuales van a permitir la vida en condiciones de dignidad a todas las personas.³

De acuerdo con lo anterior, es la salud, uno de los derechos a los que de manera indiscutible debe dársele protección, para que se mantenga vigente el derecho a la vida; y que no se refiere a cualquier tipo de vida, sino a una vista desde una concepción más

² Constitución Política de Colombia. ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte

³ La jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha referido en múltiples oportunidades acerca de la relevancia del concepto de dignidad humana, como elemento vertebral dentro del ordenamiento jurídico. Es por ello, que se cita el contenido la Sentencia T-940 de 2012, con ponencia del honorable Magistrado Nilson Pinilla Pinilla: “La consagración constitucional de la dignidad humana como fundamento del Estado colombiano debe repercutir en todas las actuaciones que emanan de las autoridades, así como de servicios públicos esenciales como la salud, cuya prestación debe garantizar.

Como ya ha hecho carrera en la jurisprudencia de esta corporación, la dignidad humana, como entidad normativa, puede comprender tres objetos concretos de protección: (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiera); (ii) la presencia de ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien) y (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Desde la perspectiva de la funcionalidad del concepto, la dignidad humana se ha entendido con una triple naturaleza de derecho fundamental, principio y valor. A grandes rasgos, la dignidad humana como derecho fundamental implica la correlatividad entre la facultad de exigir su realización en los ámbitos a los que atañe y el deber de propiciarlos; como principio puede entenderse como una de los fundamentos que dieron origen a la aparición del Estado colombiano de hoy, así como un mandato de optimización, cuya realización se debe propender en la mayor medida posible; finalmente, como valor, la dignidad representa un ideal de corrección al que tiende el Estado y que le corresponde preservar.

Así las cosas, la importancia y la realización de la dignidad humana en el Estado colombiano deben ser superlativas, en tanto constituye una de las bases y de los presupuestos ontológicos para su existencia, siendo piedra angular para el desarrollo del contenido de otros derechos fundamentales y deberes estatales y particulares dispuestos en la carta.

amplia, esto es, una vida en condiciones de dignidad, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional:

“Ha de advertirse que la protección constitucional del derecho a la salud no se circunscribe a los eventos en los que el derecho a la vida o a la integridad física se encuentren directamente comprometidos. El concepto de vida no se restringe a la existencia biológica del ser, ya que incorpora el valor de la dignidad. Por ello, resulta inaceptable someter a una persona que ve vulnerados sus derechos, entre ellos el de la salud, a tener que tolerar graves afecciones, o a soportar dolores insufribles, al impedírsele por un tiempo prolongado e indefinido el acceso efectivo y oportuno a los medios que aseguren una mejoría en su existencia. Por eso, la Corte en sentencia T-171 de 2003 sostuvo que el derecho a la salud se entiende como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica y 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”. La materialización del derecho a la salud supone una atención integral, que se inicia con los cuidados y atenciones básicas requeridas por la persona enferma, pasando por el suministro de medicamentos, realización de intervenciones quirúrgicas, práctica de procesos de rehabilitación, toma de exámenes de diagnóstico, hasta el seguimiento médico pertinente, y todo ello en procura del pleno restablecimiento de la salud del paciente. Ahora bien, si por alguna causa la patología que afecta al enfermo no es susceptible de mejorarse, se deben adoptar las medidas médicas necesarias para mitigar tales síntomas.”⁴

⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-1271 de 2008, M.P: Mauricio González Cuervo.

Sin embargo, ¿qué se entiende y qué implicaciones tiene el reconocimiento de la dignidad humana para una persona? Nuevamente será el Máximo Tribunal Constitucional quien dilucide el interrogante:

“Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.”⁵

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002. M.P: Eduardo Montealegre Lynett. En el mismo sentido la sentencia también expresa: “La Sala concluye que el referente concreto de la dignidad humana está vinculado con tres ámbitos exclusivos de la persona natural: la autonomía individual (materializada en la posibilidad de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección), unas condiciones de vida cualificadas (referidas a las circunstancias materiales necesarias para desarrollar el proyecto de vida) y la intangibilidad del cuerpo y del espíritu (entendida como integridad física y espiritual, presupuesto para la realización del proyecto de vida). Estos tres ámbitos de protección integran, entendidos en su conjunto, el objeto protegido por las normas constitucionales desarrolladas a partir de los enunciados normativos sobre “dignidad”. Considera la Corte que ampliar el contenido de la dignidad humana, con tal de pasar de una concepción naturalista o esencialista de la misma en el sentido de estar referida a ciertas condiciones intrínsecas del ser humano, a una concepción normativista o funcionalista en el sentido de completar los contenidos de aquella, con los propios de la dimensión social de la persona humana, resulta de especial importancia, al menos por tres razones: primero, porque permite racionalizar el manejo normativo de la dignidad humana, segundo, porque lo presenta más armónico con el contenido axiológico de la Constitución de 1991, y

De acuerdo con lo citado, solamente a partir de una consiente concepción y reconocimiento de la dignidad humana, podrán las autoridades proteger verdaderamente el derecho a la salud que les asiste a las personas, comprendiendo que esta máxima implica brindar a los asociados del Estado las condiciones para que puedan vivir bien, y una de ellas es, velar por la materialización de ese derecho. Eso si, esto no significa que no deba entenderse el derecho a la salud como autónomo, lo que se quiere decir, es que de este depende que las personas tengan una vida en términos de dignidad.

De otro lado, no debe perderse de vista, que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, fue clara al afirmar que la salud se refiere a un estado de bienestar físico, mental y social, que no implica per se la ausencia de enfermedades; prerrogativa que se instituye como un Derecho de todos los seres humanos sin distingo alguno, condición que por demás ha sido reconocida como una premisa fundamental para consolidar la paz y la seguridad mundial.⁶

Es en consonancia con lo anterior, que la Corte Constitucional fue enfática al referir, que la salud no debe concebirse solamente como el bienestar físico o funcional, sino que incluye además contar con óptimas condiciones psíquicas, emocionales y sociales, ya que todos esos aspectos refuerzan la calidad de vida y contribuyen con el desarrollo integral del ser humano. De este modo: “El derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud.”⁷

tercero, porque abre la posibilidad de concretar con mayor claridad los mandatos de la Constitución. Los ámbitos de protección de la dignidad humana, deberán apreciarse no como contenidos abstractos de un referente natural, sino como contenidos concretos, en relación con las circunstancias en las cuales el ser humano se desarrolla ordinariamente.”

⁶ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional en New York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-307 de 2006, M. P: Humberto Antonio Sierra Porto

Este derecho a la salud, bien jurídico de especial protección, se encuentra contenido en los artículos 48⁸ y 49⁹ de la Constitución Política de Colombia, texto que ha permitido

⁸ Constitución Política de Colombia. ARTICULO 48. [Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005](#).

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Texto adicionado:

Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

"El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

"Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

"Párrafo 1°. A partir del 31 de julio de 2010, no podrán causarse pensiones superiores a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, con cargo a recursos de naturaleza pública".

"Párrafo 2°. A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

"Párrafo transitorio 1°. El régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes

interpretarlo de dos maneras: de una parte, visto como un servicio, y de la otra concebido como un derecho constitucional. Al respecto se ha dicho:

que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003".

"Parágrafo transitorio 2º. Sin perjuicio de los derechos adquiridos, el régimen aplicable a los miembros de la Fuerza Pública y al Presidente de la República, y lo establecido en los párrafos del presente artículo, la vigencia de los regímenes pensionales especiales, los exceptuados, así como cualquier otro distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010".

"Parágrafo transitorio 3º. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

"Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".

"Los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por este régimen serán los exigidos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen".

"Parágrafo transitorio 5º. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2090 de 2003, a partir de la entrada en vigencia de este último decreto, a los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia Penitenciaria y Carcelaria Nacional se les aplicará el régimen de alto riesgo contemplado en el mismo. A quienes ingresaron con anterioridad a dicha fecha se aplicará el régimen hasta ese entonces vigente para dichas personas por razón de los riesgos de su labor, este es el dispuesto para el efecto por la Ley 32 de 1986, para lo cual deben haberse cubierto las cotizaciones correspondientes".

"Parágrafo transitorio 6º. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

⁹ Constitución Política de Colombia. ARTICULO 49. [Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. Reglamentado por la Ley 1787 de 2016.](#) La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

“(…) tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio. En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.

(ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho.(…)”¹⁰

Ahora bien, la salud concebida como un derecho, no ha tenido una concepción unívoca, esto es, debido a que en principio la jurisprudencia de la Corte Constitucional adoptó la posición de brindarle protección dependiendo de la relación que tuviera con otros derechos de superior importancia, por citar algunos: el derecho a la vida, la dignidad humana, etc.; tal posición, fue denominada como “conexidad”.

Posteriormente, se amplió su ámbito de protección por vía de tutela cuando el accionante fuera un sujeto de especial protección; y finalmente, con el trascendental pronunciamiento en la Sentencia T-760 de 2008 fue dotado de la característica de derecho autónomo, es decir, independiente de otros derechos, que no requiere ser predicado de un sujeto de especial protección, **sino que se trata de un derecho**

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2007. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

fundamental en sí mismo¹¹, categoría a la que fue elevado teniendo en cuenta que uno de los elementos centrales del uso de esa expresión “derechos fundamentales” es el concepto de “dignidad humana”¹². (Subrayado fuera de texto). Al respecto la Corporación Constitucional ha dicho:

“La Corte Constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas. De la línea dogmática de la Corte Constitucional no es posible establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental. Ello no quiere decir que esta línea deba ser abandonada, sino que exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados. A partir de dicho análisis es posible recoger la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el concepto de derechos fundamentales, teniendo como eje central la dignidad humana, en tanto que valor central del sistema y principio de principios. Será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-760 de 2008. M.P: Manuel José Cepeda Espinoza. La jurisprudencia puntualiza al respecto: El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

¹² Corte Constitucional. Sentencia T-801 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).

(...) el concepto de dignidad humana que ha recogido la Corte Constitucional únicamente se explica dentro del sistema axiológico de la Constitución y en función del mismo sistema. Así las cosas, la elevación a rango constitucional de la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle” y de “la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad de desarrollar un papel activo en la sociedad”, definen los contornos de lo que se considera esencial, inherente y, por lo mismo inalienable para la persona, razón por la cual se traduce en derechos subjetivos (entendidos como expectativas positivas (prestaciones) o negativas) cuyos contenidos esenciales están sustraídos de las mayorías transitorias.

En este orden de ideas, será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. (...)”¹³

Es a partir de las anteriores premisas, expuestas por la Corte Constitucional y abordadas y profundizadas en múltiples pronunciamientos, que se ha catalogado a la salud como un derecho de rango fundamental y autónomo, el cual debe ser garantizado a todas las personas en condiciones de igualdad, apelando a la dignidad humana¹⁴ de la que están

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003. M.P: Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴ TAMAYO, Juan J. 10 Palabras calve sobre DERECHOS HUMANOS. España: Editorial Verbo Divino. 2005, p.56. En cuanto a la construcción del concepto de dignidad humana que vino a consolidarse en la modernidad, Peces Barba refiere: El sentido actual de la dignidad humana, con algún precedente en el mundo antiguo, arranca del tránsito a la modernidad, donde surge el concepto de ser humano centrado en el mundo y centro del mundo, es decir, donde esa dignidad es acompañada por la idea de laicidad. (...)

Empieza, en este tiempo de cambio, a señalarse que el valor de una persona debe medirse por su capacidad para desarrollar las virtualidades de su condición humana. Comienzan así a edificarse los cimientos de una gran

revestidas y porque su aseguramiento está directamente relacionado con la vigencia de ella.

Ahora bien, en tratándose de los niños y niñas, la Constitución Política de 1991, así como la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, han otorgado especial protección en diversos escenarios, a determinados sujetos de derechos, que de acuerdo con sus condiciones se encuentran en mayor riesgo de vulnerabilidad que el resto de la población, dentro de los que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de especial protección.

1.2. EL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN

En consonancia con el acápite anterior, los infantes y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el escenario internacional como dentro del Estado Social de Derecho Colombiano. Este papel protagónico de los menores, obedece a su situación de debilidad, indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran respecto del resto de la población, lo que impone aunar esfuerzos de parte de las autoridades, sociedad, padres de familia, etc., para que su desarrollo sea de carácter integral y óptimo.

construcción intelectual con vocación de realización social, donde esa nueva idea de dignidad va a convertirse en el fundamento de la ética pública de la modernidad y del sistema jurídico que deriva de ella.

La modernidad se plantea desde el humanismo, es decir, desde una idea del ser humano que es el centro del mundo y que se distingue de los demás animales, con unos rasgos que suponen la marca de su dignidad. Y ese ser humano que es el centro del mundo aparece también centrado en el mundo, es decir, es un individuo secularizado, independiente, que decide por sí mismo, que piensa y crea por sí mismo, que se comunica y dialoga con los demás y decide libremente sobre su moralidad privada. (...)

De esta forma, la dignidad humana es hoy un referente del pensamiento moral, político y jurídico, y para este último se presenta como criterio de fundamentación de los valores, los principios y los derechos. De ahí su abundante presencia en la doctrina, en la legislación y en la jurisprudencia.

La Corte Constitucional, ha recordado en su jurisprudencia que, debido a esas condiciones y a las disposiciones de carácter internacional, la Constitución Política de 1991 ha exigido especial protección a los niños y niñas:

“Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.”¹⁵

Es así, que también el artículo 44 Superior, de manera categórica afirma la prevalencia de los derechos de los niños, por sobre los de los demás; para luego mencionar que sus derechos fundamentales adicionales a los demás contenidos en la Constitución Política, las leyes y los Tratados Internacionales son: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión; de otra parte refiere que serán protegidos de toda forma de abandono, violencia física y moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

Aquellas obligaciones plasmadas en ese artículo 44 de la Constitución Política, deben ser cumplidos de manera corresponsal por la familia, el Estado y la sociedad, quienes

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-260 de 2012. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto.

deben velar por el desarrollo armónico del menor¹⁶. A partir de esa premisa, la Corte Constitucional ha recordado el significado del “interés superior del menor” dentro del Estado, del cual ha dicho:

“El artículo 44 de la Constitución señala algunos derechos fundamentales de los niños, hace extensivos todos los otros derechos plasmados en la Carta Política, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y consagra en forma expresa que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Esta norma es el fundamento constitucional de lo que se conoce como el “interés superior del menor”, aun cuando su reconocimiento normativo también emana de instrumentos de derecho internacional, algunos vinculantes para Colombia por la vía del bloque de constitucionalidad.

El “interés superior del menor” implica reconocer a su favor un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral. La Corte ha afirmado que el significado de este principio, que constituye a la vez un criterio hermenéutico para dar una lectura prevalente del ordenamiento con base en sus derechos, “únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular”; lo cual se explica si se tiene en cuenta que su contenido es de naturaleza real y relacional, es decir, que “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”

(...)

El principio del interés superior del menor se erige en definitiva como una norma de amplio reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno y en el derecho internacional vinculante para Colombia. Representa un importante parámetro de interpretación para la solución de controversias en las que se puedan ver comprometidos los derechos de niños, niñas y adolescentes. En su análisis es

¹⁶ Constitución Política de 1991. Artículo 44.

preciso tomar en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas para optar por aquella decisión que, en mejor medida, garantice sus derechos e intereses con miras a su desarrollo armónico e integral.”¹⁷

En esa medida, cuando se trate de protección o garantía de derechos de los niños, niñas y adolescentes, el criterio primordial es su interés prevalente y superior dentro del ordenamiento jurídico, que además se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño, que expresa en su artículo 3, numeral1:

“Artículo 3.

2. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. “¹⁸

No obstante, la doctrina ha considerado que el concepto de “interés superior”, debió ser más explorado y mejor definido, pues se dejó a la discrecionalidad de las autoridades, lo que da paso a la inseguridad jurídica en la materia:

“(…) el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparado en el “interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.”¹⁹

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-262 de 2016. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁸ Convención de los Derechos del Niño de 1989. Artículo 3.

¹⁹ GARCÍA LOZANO, Soledad. El Interés Superior del Niño. Universidad Nacional Autónoma de México. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XVI, 2016, pp. 1-24

Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos defiende el concepto y su estipulación en la Convención de los Derechos del niño, argumentando acerca de su alcance y contenido:

“Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”²⁰

Ahora bien, uno de los derechos que le asiste al niño es el de salud, el cual de acuerdo con la reflexión de la Corte Constitucional y los instrumentos internacionales, debe ser interpretado apelando al principio de interés superior, pues de otra manera no lograría asegurarse la plena vigencia de ese derecho, por lo tanto, al primar sus derechos por sobre los demás, los infantes y adolescentes deben ser receptores de mayores garantías y beneficios por parte de las autoridades:

“Así, en todas las situaciones en que entren en conflicto los derechos e intereses de los niños y los de las demás personas, deberá dárseles prelación a aquéllos. Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, al aplicar la preceptiva atinente y ante las circunstancias fácticas de los menores de edad involucrados, la solución que mejor satisfaga dicho interés. Al tiempo, la definición de dichas pautas surgió de la necesidad de recordar los deberes constitucionales y legales que tienen las autoridades en relación con la preservación del bienestar integral de niños, niñas y adolescentes, que requieren su protección, lo cual obliga a jueces y servidores administrativos a aplicar un grado especial de diligencia y cuidado al momento de decidir, más tratándose de niños de corta edad, cuyo desarrollo puede verse

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva número OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002

afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión adversa a sus intereses y derechos.”²¹

Como consecuencia de ello, es evidente el mandato para las autoridades, de consolidar las condiciones para que el menor de edad encuentre realizados sus derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud, que además desde hace tiempo atrás se consolidó como derecho fundamental y autónomo.

Sin embargo, no en todos los casos las autoridades han apelado al concepto de “Interés superior” que asiste al menor, para dar garantía a sus derechos, sino que han venido limitando su derecho a la salud, imponiendo trabas y negativas como a cualquier otro usuario del sistema, lo que ha generado una crisis de ese derecho fundamental en la vida de estos sujetos de especial protección. Así las cosas, han supeditado los servicios de salud de los menores al contenido del Plan Obligatorio de Salud, que por demás fue suprimido el pasado 17 de febrero de 2017 por virtud de la Ley 1751 de 2015, lo que deja aún más incierto el panorama, ya que lo que se esperaba era que de esta manera se viera favorecido este grupo poblacional del que se habla, sin embargo, se sigue acudiendo a la acción de tutela, ante la constante omisión de las diferentes autoridades.

1.3. TEORÍAS CRÍTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho a la salud, puede ser apreciado e interpretado a la luz de diversas teorías jurídicas, siendo posible estudiarlo a partir de la universalidad de los derechos fundamentales propiamente, tal como fue concebido en el texto constitucional de 1991 y desarrollado por la Honorable Corte Constitucional Colombiana, o desde el punto de vista del interés superior, o el garantismo, en tratándose del derecho a la salud de la infancia y la adolescencia como sujetos de especial protección, y también a partir de la que se ha denominado reinvención de los derechos humanos. Lo anterior, no implica que

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-075 de 2013. M.P: Nilson Pinilla Pinilla.

las teorías enunciadas sean excluyentes. Todo lo contrario, se complementan unas a otras, permitiendo concebir el derecho a la salud de la infancia y la adolescencia desde una perspectiva mejor enriquecida. No obstante, pareciera que este contenido filosófico y finalístico en muchas ocasiones ha quedado plasmado únicamente en la doctrina y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que las autoridades, si no todas, si la gran mayoría, omiten el fondo del derecho a la salud de la infancia y la adolescencia, y dejan desprovistas sus decisiones de algunos conceptos como: interés superior, garantismo, universalidad, etc.

En primer lugar, y para precisar el alcance de la concepción del derecho a la salud dentro del presente escrito, resulta importante señalar que se le dará la categoría indiscutible de derecho, y no de servicio público, ya que ha existido el debate de si se ubica en una categoría u otra, pero este no es el caso, por cuanto las teorías que se proponen lo abordan como un derecho humano de carácter fundamental, dado que:

“Los derechos humanos son facultades inherentes al ser humano que ha de ejercer para poder satisfacer sus necesidades individuales y sociales, tanto físicas como espirituales.

El grado de reconocimiento de los derechos humanos está en la evolución de la sociedad y del derecho.

Las declaraciones y pactos universales de derechos humanos no son otra cosa que la confirmación legal y, por ende, política, de algo connatural al ser humano para su existencia. Su ignorancia o desconocimiento en primitivas sociedades o derechos humanos siempre han existido, aunque no siempre han sido respetados. Y que la batalla por su reconocimiento terminó por imponerse.

(...)

Los derechos humanos no pueden parcelarse. Hay una concepción integral: "con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el

*ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.*²²

Hecha esta acotación, se procederá a exponer cuatro teorías a partir de las cuales se construye este escrito, y desde las que se propone sea concebido el derecho a la salud de la infancia y la adolescencia por parte de la familia, la sociedad y las autoridades (especialmente estas últimas).

1.3.1. TEORÍA DE LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Bajo la concepción de la salud como derecho fundamental, este documento se basa en la teoría de la universalidad del derecho fundamental a la salud, la cual puede ser descrita a partir de los postulados de diversos teóricos, como Peces Barba, Ferrajoli, Alexy, entre otros.

Con el calificativo de universales, se hace referencia a todos los derechos de los que son titulares los seres humanos, indistintamente de los tiempos y lugares, bajo el entendido de que los seres humanos son todos iguales por naturaleza y, por lo tanto: *“No existen diferentes tipos de naturaleza humana a los que correspondan derechos también diversos. Un ser humano es lo que es de manera total; no caben gradaciones a la hora de poseer una naturaleza”*²³.

En ese mismo sentido expone Peces Barba parafraseado por Virgilio Ruiz, que la afirmación de la universalidad de los derechos debe ser vista a partir de tres escenarios:

²² CAMARGO, Pedro P. MANUAL DE DERECHOS HUMANOS. 1 ed. Colombia: EDITORIAL LEYER. 1995, p.18.

²³ RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio. Derechos humanos, universales. En-clav. pen [online]., vol.1, n.1 pp.155-166. 2007.

“Desde la racionalidad, la universalidad es una característica por la que la titularidad de los derechos se asigna a todos los seres humanos. Hace referencia al concepto y fundamentación de los derechos humanos. Desde al ámbito temporal, la universalidad supone que son válidos en cualquier momento de la humanidad. Razón por la cual algunos autores los han calificado como inmutables, nota que requiere algún matiz, pues chocaría con la manifestación histórica de los derechos humanos. Hace referencia a la generalización de los derechos humanos. Desde el ámbito espacial, la universalidad corre paralela con la extensión de los derechos humanos a todos los seres humanos de todos los lugares y de todas las culturas, sin discriminación de ningún tipo. Hace referencia a la internacionalización de los derechos humanos.”²⁴

Al respecto de la internacionalización de los derechos humanos, Rafael Enrique Aguilera Portales destaca el consenso al que se ha llegado a nivel global acerca del tema, postura que reafirma la teoría de la universalidad:

“En la actualidad se ha alcanzado un consenso normativo internacional respecto de los derechos humanos, acontecimiento que representa una sólida defensa de un cierto universalismo relativamente fuerte frente a un relativismo cultural en sentido débil. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) representa una respuesta mínima de convergencia de valores humanos interculturales frente a las amenazas especiales que conllevan las instituciones modernas. En este sentido, esta Declaración no se limitó solo a fundamentar los derechos humanos desde una lógica estrictamente iusnaturalista o positivista, sino que también comenzó a utilizar la categoría de consenso global como referente fundacional de los mismos.”²⁵

Más adelante el mismo autor señala:

²⁴ RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio. Derechos humanos, universales. En-clav. pen [online]., vol.1, n.1 pp.155-166. 2007

²⁵ AGUILERA PORTALES, Rafael E. TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Perú: GRIJLEY. 2011, p.28.

“Los derechos humanos, desde el inicio de la modernidad, han significado un conjunto de facultades jurídicas-básicas comunes a todos los hombres. Por consiguiente, un rasgo fundamental que marca el origen de los derechos humanos es su carácter universal. Al respecto, el profesor Truyol y Serra señala: “La conciencia clara y universal de los derechos humanos es moderna; es en la modernidad cuando a la conciencia universalista de dignidad, una vez hecho el recorrido desde los medievales ‘derechos estamentales’ hasta los ‘derechos del hombre’, se añade la reivindicación de la protección jurídico-política de los derechos que a dicha dignidad corresponden”. ”²⁶

Por su parte y en consonancia con la teoría expuesta, Luigi Ferrajoli indica: *“son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva(...)”²⁷ .*

Concordante con lo dicho, Jaime León Gañán, analizando la postura de Ferrajoli, refiere que lo fundamental de un derecho radica en que este se constituya como un instrumento de protección de intereses vitales y que preserven bienes necesarios para desarrollar un plan de vida en condiciones de dignidad, y que es allí de donde deriva la universalidad de los derechos fundamentales, en tanto protegen bienes con los que todo ser humano debe contar para dignificar su vida.²⁸

²⁶ AGUILERA PORTALES, Rafael E. TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Perú: GRIJLEY. 2011, p.28.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías. La ley del más débil, citado por GUERRA, Ana. Universalidad de los derechos fundamentales, multiculturalismo y dignidad humana: una aproximación desde la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 48 (2014), 203-215.

²⁸ GAÑAN, Jaime. De la Naturaleza jurídica del Derecho a la salud en Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2011.

Al respecto, Peces Barba reflexiona acerca del concepto de dignidad humana y señala que ésta debe ser la base del orden de las sociedades en sus diversos ámbitos:

“Cuando reflexionamos sobre la dignidad humana, referencia ética radical, y sobre el compromiso justo que corresponde a las sociedades bien ordenadas, no estamos describiendo una realidad, sino un deber ser, en cuyo edificio la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada. Se puede hablar de un itinerario de la dignidad, de un dinamismo desde el deber ser hasta la realización a través de los valores, de los principios y de los derechos, materia de la ética pública. Por eso, la dignidad humana es más un prius que un contenido de la ética pública con vocación de convertirse en moralidad legalizada o, lo que es lo mismo, en derecho positivo justo. Es fundamento del orden político y jurídico.

Para enjuiciar si estamos ante una sociedad justa y bien ordenada, hay que analizar si contribuye a la efectiva realización de la dignidad humana.’²⁹

Respecto de esta postura, siguiendo a Carbonell, quien analiza las concepciones de Ferrajoli y Alexy, es posible agregar que los derechos fundamentales son inalienables y no susceptibles de negociación, por lo tanto, no son disponibles ni de manera activa o pasiva, es decir, ni por su titular ni menos por agentes externos como el Estado.³⁰

Así las cosas, el derecho a la salud debe ser considerado como un derecho universal, en tanto es indispensable para materializar la dignidad humana, lo cual no admite distinción alguna al ser inherente a la condición humana. Por tal razón, el derecho a la salud de los niños ha sido objeto de protección en el derecho interno como internacional.

²⁹ TAMAYO, Juan J. 10 Palabras clave sobre DERECHOS HUMANOS. España: Editorial Verbo Divino. 2005, p.60.

³⁰ CARBONELL, Miguel. Los Derechos fundamentales en México, citado por GAÑAN, Jaime. De la Naturaleza jurídica del Derecho a la salud en Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2011.

Ahora bien, debe tenerse presente que hay un conjunto de necesidades básicas de los niños que pueden ser consideradas universales, de cuya garantía depende la vigencia de derechos como el de la salud:

“Si bien muchas de las necesidades de la infancia se construyen social y culturalmente y por lo tanto son variables entre los países y al interior de los mismos, existe un conjunto de necesidades que pueden ser consideradas como básicas y universales para garantizar la salud y el desarrollo integral de la infancia. Dichas necesidades forman la base para un conjunto universal de estándares bajo los cuales todos los niños, niñas y adolescentes deben ser tratados, de tal forma que alcancen todo su potencial de salud y desarrollo. Las mismas serían aquellas que se aplican a todos los niños, niñas y adolescentes en todos los ambientes socioeconómicos y culturales. No importa si un niño vive en Argentina, Estados Unidos o Perú, él o ella necesitan una familia, alimentación adecuada, educación y respeto de sus capacidades y emociones. El modo en que estas necesidades son satisfechas puede variar según las diferentes culturas. Por ejemplo, puede diferir la edad de inicio de la educación formal y las oportunidades de juego pueden ser más o menos formales. Por otro lado, según características de los niños, pueden variar las modalidades para satisfacerlas. Por ejemplo, los niños con algún tipo de discapacidad pueden necesitar un apoyo adicional. Pero es fundamental remarcar que en todos los casos, la satisfacción de estas necesidades consideradas básicas y universales, es necesaria para la óptima salud y bienestar de la infancia.”³¹

Por lo anterior, se debe propender porque la teoría de la universalidad deje de ser retórica, para convertirse en una realidad, pues no basta con que se exponga en los textos jurídicos el carácter universal de los derechos, también se necesita que las medidas adoptadas por los Estados respecto del derecho a la salud sean de tipo progresivo y soportadas en el concepto de dignidad humana, que es el eje central para

³¹ ACADEMIA AMERICANA DE PEDIATRÍA. DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LOS SERVICIOS DE SALUD. Manual de formación de formadores para el equipo de la salud. Argentina: FLACSO. 2011, p.21.

el disfrute de los derechos fundamentales y como consecuencia está íntimamente ligado con el derecho a la salud.

De esta manera, es deber del Estado velar por las garantías mínimas contenidas y estipuladas por la Constitución Política como derechos fundamentales, en cumplimiento de los fines propuestos también en ella.

1.3.2. TEORÍA DEL INTERÉS SUPERIOR

Ahora bien, otra de las teorías bajo las cuales se propone el presente trabajo es la que refiere acerca del interés superior. Además de ser el derecho a la salud de tipo universal, no puede dejarse de lado que el análisis que aquí se propone se refiere a un grupo poblacional que es sujeto de especial protección: la infancia y la adolescencia.

Esta teoría que compagina por completo con la expuesta anteriormente, recuerda que los derechos fundamentales no son disponibles, lo que quiere decir que no deben ser dejados a la discrecional de su titular. Por lo tanto, en cuanto a los derechos fundamentales desde esta teoría, se requiere *“determinar, de la forma más objetiva posible, la existencia de una necesidad básica o un interés superior a favor del sujeto titular. Esta necesidad o interés reviste tal importancia que conllevaría la imposición de obligaciones morales a otros sujetos o instituciones para su cumplimiento efectivo”*³².

Esta teoría, es otra de las acogidas en la Constitución política de 1991 y también es soporte filosófico de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, que ha descrito el interés superior así:

“De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (C.P., art. 44, par. 3°). Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que

³² LOZANO, Agustín. Los Derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 14 (1), pp. 67-79.

deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad

Esta disposición armoniza, asimismo, con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera que “por su falta de madurez física y mental, necesita[n] protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Así, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.”³³

Lo anterior implica que para que las necesidades universales de los niños sean satisfechas, se debe imponer en cabeza del mundo de los adultos una serie de responsabilidades, pues los niños, niñas y adolescentes de manera aislada no podrían lograrlo:

“La vulnerabilidad biopsicosocial que caracteriza a la etapa evolutiva y de desarrollo por la que atraviesan los niños, niñas y adolescentes, los llevan a depender del mundo del adulto para asegurar que sus necesidades sean satisfechas. Este aspecto obliga a los adultos a crear las condiciones necesarias

³³ Corte Constitucional. Sentencia T-557 de 2011. M.P: María Victoria Calle Correa.

para que esto ocurra. Esta obligación no sólo se extiende a la satisfacción que puedan brindar las familias, o las instituciones, el acceso a cuidados en salud o educación, sino también a políticas públicas con potencial impacto en la salud y desarrollo de los niños - vivienda, transporte, medioambiente, macroeconomía y pobreza.

Esto significa que las políticas de gobierno a todos los niveles deben tomar en cuenta en forma activa y ser consistentes de las necesidades de los niños y niñas.”³⁴

Esta teoría ha tenido amplia pertinencia dentro de los debates de la Corte Constitucional. Interesante es hacer referencia a dos pronunciamientos, en donde el interés superior ha sido el fundamento teórico para la decisión tomada. La primera de ellas, se trata de la Sentencia SU-696 de 2015, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en donde se destaca la especial novedad frente al reto constitucional que representa el concepto de familia diversa, reconocido mediante sentencia C-577 de 2011.

En esa oportunidad, en donde se debatía acerca de la importancia del registro civil para dos menores, hijos de una pareja del mismo sexo, la Corte fue enfática al referir acerca de que las actuaciones notariales pueden ser objeto de control de los jueces constitucionales, pues ellas tienen una relación estrecha con una serie de derechos fundamentales de los menores que se desprenden del reconocimiento de su existencia jurídica. Reiterando la jurisprudencia, menciona la Corte Constitucional que la especial protección de la infancia, deriva del interés general que esta población debe tener en toda sociedad democrática, y que por lo tanto *“no pueden alegarse otras obligaciones que dilaten la eficacia de la acción del Estado y de la sociedad hacia la protección de los menores de edad, porque el deber hacia éstos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica”*.³⁵

³⁴ ACADEMIA AMERICANA DE PEDIATRÍA. DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LOS SERVICIOS DE SALUD. Manual de formación de formadores para el equipo de la salud. Argentina: FLACSO. 2011, p.22.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-696 de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

El mismo pronunciamiento refiere que la condición de prevalencia de los derechos de los niños, radica en que en caso de que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, y de no ser posible encontrar un punto de conciliación, prevalece el del menor.

Esta sentencia de unificación, recuerda los eventos en los que la Corte Constitucional ha debido acudir al interés general del que son titulares los menores, para amparar sus derechos, y retoma algunas de ellas, tales como sentencia T-029 de 1994³⁶, sentencia T-215 de 1996³⁷, sentencia C-157 de 2002³⁸, T-510 de 2003³⁹, sentencia C-172 de 2004⁴⁰, sentencia C-468 de 2009⁴¹, sentencia C-239 de 2014⁴².

Frente al particular, concluye la Corte que esa protección especial tiene una finalidad promotora de la dignidad humana de los menores, y que la prevalencia de sus derechos orienta a que se tomen medidas positivas en defensa de sus derechos, y que por lo tanto las autoridades públicas deben comprender y dimensionar la situación de fragilidad en la que se encuentran los menores de edad frente al mundo.

Otra sentencia, en donde se aborda con bastante vehemencia esta teoría del interés superior, es la SU- 677 de 2017, la cual tuvo origen en la acción de tutela promovida por un ciudadano venezolano como agente oficioso de su esposa, en contra de un hospital del territorio colombiano, que se negó a realizarle los controles prenatales y asistir el parto de manera gratuita a la agenciada, por su calidad de extranjera con permanencia irregular en Colombia. Este análisis hecho por la Corte, resulta sumamente novedoso, a propósito de la llegada de venezolanos al territorio nacional.

Ahora bien, se demostró que la hija de la pareja venezolana, nació durante el trámite de la acción de tutela, y que además no fue afiliada al Sistema de Salud colombiano ni

³⁶ M.P: Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁷ M.P: Fabio Morón Díaz.

³⁸ M.P: Manuel José Cepeda Espinosa

³⁹ M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁰ M.P: Jaime Córdoba Triviño

⁴¹ M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

⁴² M.P: Mauricio González Cuervo

registrada inmediatamente después de su nacimiento por omisión de las respectivas autoridades. Así las cosas, aunque se declaró la carencia actual del objeto, esto no fue óbice para que la Corte Constitucional hiciera referencia al caso, apelando entre otros conceptos, al del interés superior de los menores.

Reitera la Corte, que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes ha sido objeto de análisis en diversos pronunciamientos, y cita como muestra de ello las sentencias: T-544 de 2017⁴³, T-510 de 2003⁴⁴, T-397 de 2004⁴⁵, T-572 de 2010⁴⁶.

En ese momento mencionó la Corte:

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

Frente al caso particular, fue enfático el Tribunal Constitucional en referir que no importa si los niños son o no son colombianos, para ser afiliados al sistema de Seguridad Social en Salud con el registro civil de nacimiento, por lo que reitera la importancia del papel de la Registraduría Nacional del Estado Civil frente a la garantía del interés superior de los menores.

Concluye el análisis con la afirmación de que fueron vulnerados los derechos de la menor, al no haber tenido en cuenta las autoridades su calidad de sujeto de especial protección y dejar de lado el trato preferente que debe tener de parte de las autoridades en razón de la especial protección de la que debe ser objeto.

⁴³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁶ M.P. Juan Carlos Henao.

Como puede verse esta teoría es bien recibida en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, y a partir de ella ha sido posible resolver diversos casos, y mantener vigentes los derechos de los niños, niñas y adolescentes; además es pionera en los fundamentos de la Corte cuando se trata de brindar protección a este grupo poblacional, y se ha mantenido vigente en el tiempo, pues desde la fundación de la Corte Constitucional hasta estos días ha sido la teoría del interés superior argumento sólido en las sentencias.

TEORÍA DEL GARANTISMO

Nuevamente trayendo a colación el pensamiento de Ferrajoli, se aborda la teoría del garantismo, la cual resulta pertinente como fundamento de lo aquí analizado. Esta corriente nueva del constitucionalismo que *“coloca en el centro de su atención a los mecanismos, identificados como garantías, para hacer eficaces los derechos fundamentales (...) garantías son los medios de tutela para asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales y para protegerlos ante el riesgo de su violación por parte de los poderes públicos.”*⁴⁷

Como se puede ver, Ferrajoli entiende que los derechos fundamentales son una garantía que tienen los ciudadanos frente a los poderes del Estado, en tanto este debe ser un instrumento para garantizar las prerrogativas superiores en vez de poner limitantes, con el fin de la dignificación de la vida. Al respecto sostiene el teórico:

“ el garantismo, como técnica de limitación y de disciplina de los poderes públicos dirigida a determinar lo que los mismos no deben y lo que deben decidir, puede muy bien ser considerado el rasgo más característico (no formal, sino) estructural y sustancial de la democracia: las garantías tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del Estado, los intereses de los débiles respecto a los fuertes, la tutela de

⁴⁷ TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo en México. UNAM. México, 2007.

las minorías marginadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto de las de los de arriba.”⁴⁸

Bajo esta concepción, se entiende que los derechos fundamentales no requieren de otros medios para hacerse efectivos, en tanto en sí mismos tienen la capacidad de hacerse exigibles, lo cual es concordante con el texto del artículo 85 de la Carta Política de 1991, de acuerdo con el cual los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40 son de aplicación inmediata.

No obstante, lo habitual es que se acuda al mecanismo de la acción de tutela para materializar los derechos fundamentales; esto demuestra, que no se trata siempre de derechos de aplicación inmediata, tal como ocurre con el derecho a la salud.

1.3.3. TEORIA DE LA REINVENCION DE LOS DERECHOS HUMANOS

A partir de esta teoría, Joaquín Herrera Flores, invita a repensar los derechos humanos, pues de acuerdo con su concepción hay que concebirlos de acuerdo a la realidad actual, que no es la misma en la que se dio la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Hoy se está en un escenario político, cultural, económico y social diferente al de aquella época y por lo tanto la tarea es validar esas proclamas de hace décadas frente a los hechos actuales. Cita como ejemplo lo siguiente:

“El deterioro del medio ambiente, las injusticias propiciadas por un comercio y por un consumo indiscriminado y desigual, la continuidad de una cultura de violencia y guerras, la realidad de las relaciones trans-culturales y de las deficiencias en materias de salud y de convivencia individual y social que sufren las cuatro quintas

⁴⁸ FERRAJOLI, L. Derecho y razón, citado por TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo en México. UNAM. México, 2007.

partes de la humanidad, nos obligan a pensar y, por consiguiente, a enseñar los derechos desde una perspectiva nueva, integradora, crítica y contextualizada en prácticas sociales emancipadoras.

Nuestro compromiso, como personas que reflexionan sobre –y se comprometen con– los derechos humanos, reside en poner las “frases” a las prácticas sociales de individuos y grupos que luchan cotidianamente para que esos “hechos” que se dan en los contextos concretos y materiales en que vivimos puedan ser transformados por otros más justos, equilibrados e igualitarios. Por eso, la verdad la ponen los que luchan por los derechos. A nosotros nos compete el papel de poner las frases. Y este es el único modo de ir complementando la teoría con la práctica y las dinámicas sociales: clave del criterio de verdad de toda reflexión intelectual.”⁴⁹

En ese sentido, la teoría de la reinención de los derechos humanos señala que se debe dejar de verlos como convencionalmente se ha venido haciendo, para poder ubicarlos en la práctica y en la lucha diaria de cada persona que busca la manera de materializar su proyecto de vida en términos de dignidad humana, desde su individualidad y contexto, con sus diferencias y particularidades que han sido dadas por su realidad cultural y social. Frente a lo anterior, menciona Herrera Flores:

“(..) debemos ser capaces de superar las abstracciones en las que se sustenta la teoría tradicional de los derechos y proponer una reflexión que impulse, sistematice y complemente las prácticas sociales en un sentido crítico, subversivo y transformador. Nuestra apuesta teórica se juega su sentido en el marco de las acciones sociales. De ahí su constante atención al estado de las luchas por la dignidad en nuestro mundo y el convencimiento de que para hablar de derechos humanos y actuar en función de los mismos se exige la asunción plena de compromisos y deberes con respecto a los otros, a nosotros mismos y a la

⁴⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Sevilla: Atrapasueños, 2008. p.20.

naturaleza. Nuestro fin es claro: proponer una nueva cultura de derechos humanos en la que si los hechos contradicen la teoría, peor para la teoría.”⁵⁰

Frente a esta teoría señala Manuel E. Gandara Carballido, refiriéndose a la obra de Herrera Flores, que:

“Por eso, afirma Herrera Flores, es necesario comprender los derechos humanos desde “sus estrechas relaciones con las expectativas e intereses de los grupos sociales interesados en su formulación y en su puesta en práctica.” Se trata, pues de una apuesta crítica con la perspectiva formal y abstracta en la que tantas veces ha quedado atrapado el discurso de los derechos, aislándolo de las necesidades e intereses de los actores históricos de las luchas por condiciones de vida digna.

A partir de lo dicho, se puede concluir que la reinención de los derechos humanos es concebirlos como la lucha constante y cotidiana que las personas enfrentan por la dignidad humana, y porque esas premisas logradas desde hace décadas dejen de visualizarse únicamente en el contexto jurídico y se hagan palpables en el día a día. Se trata entonces de permitirle a cada individuo luchar desde su pluralidad por la dignidad humana para que puedan realizar su proyecto de vida conforme a su concepción de dignidad.

Esta teoría no es ajena al contexto de este trabajo investigativo, por el contrario, invita a hacer una reflexión de lo que hoy en día es el derecho a la salud para la infancia y la adolescencia, exhorta a cuestionarse si este únicamente es un logro jurídico o si es necesario emprender la lucha para que traspase a la práctica, pero no con discursos históricos, sino con hechos palpables, y con infantes y adolescentes que en realidad gocen de buenas condiciones de salud, la cual no solo puede ser concebida como la ausencia de dolencias físicas.

Así las cosas, es a partir de esas cuatro corrientes teóricas que se fundamenta el escrito propuesto, algunas de ellas validadas ampliamente por la Corte Constitucional en sus

⁵⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Sevilla: Atrapasueños, 2008. p.86.

análisis, y además puestas de presente en el texto constitucional de 1991; otras no tanto, y no porque hayan sido controvertidas, sino porque no son abordadas, sin embargo, no por ello pierden vigencia ni mucho menos relevancia. Aunque puede haber muchas otras teorías, las que se acaban de exponer resultan pertinentes para el objeto de estudio.

CAPÍTULO II.

SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN COLOMBIA FRENTE AL SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS NIÑOS Y NIÑAS Y SU ORGANO DE PROTECCIÓN “UNICEF”

El derecho a la salud, especialmente en lo que tiene que ver con infancia y adolescencia ha sido reconocido dentro del texto constitucional y también en el Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006. Esto reviste de especial importancia, pues deja ver que esta prerrogativa ha sido objeto de un amplio y juicioso debate a nivel mundial, y no solamente dentro de los ordenamientos internos de los Estados. De ahí que, el Estado Colombiano debe obedecer a ese contexto internacional, bajo lo que ha sido denominado bloque de constitucionalidad, y que se refiere al conjunto de normas y principios que, sin encontrarse de manera taxativa en el texto constitucional, forman parte de él y son susceptibles de ser atendidos, por mandato de la propia Constitución Política, a través de su artículo 93:

“ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías

contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

Lo anterior, se resume en que la normativa constitucional no es únicamente la que se encuentra en los artículos que formalmente integran la Constitución, sino que además de ello, el texto Constitucional está compuesto por un grupo amplio de principios, reglas y normas, denominadas “bloque de constitucionalidad”, y que junto con los artículos del texto de la Carta Política comparten la jerarquía normativa del orden interno del Estado, lo que muestra que la Constitución adquiere una concepción más extensa del mero articulado que en ella se dispuso⁵¹; por lo tanto, la violación de una norma del bloque de constitucionalidad, implica la violación de la Constitución Política; esto implica entonces que la normativa interna debe estar acompañada con las normas que forman el bloque de constitucionalidad.

De acuerdo con lo dicho, el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, ha sido abordado por el ordenamiento interno y también por las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo que implica entonces, que las disposiciones normativas en la materia, deben estar acordes con el derecho internacional.

DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD EN LA LEY 1098 DE 2006 CODIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

El artículo 44 de la Constitución Política de Colombia señala que la salud y la seguridad social son derechos fundamentales de los niños. En similar sentido el artículo 50 señala: *“Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de*

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 067 de 2003. M.P: Margo Gerardo Monroy Cabra. “La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”

seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”

De igual manera, el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006 *“Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*, que tiene por objeto definir las normativas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, así como la materialización de sus derechos de acuerdo con las normas internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Política de Colombia, dispone que:

“ARTÍCULO 27. DERECHO A LA SALUD. Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud.

En relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación.

Incurrirán en multa de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores.

PARÁGRAFO 1o. *Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes.*

PARÁGRAFO 2o. *Para dar cumplimiento efectivo al derecho a la salud integral y mediante el principio de progresividad, el Estado creará el sistema de salud integral para la infancia y la adolescencia, el cual para el año fiscal 2008 incluirá a los niños, niñas y adolescentes vinculados, para el año 2009 incluirá a los niños,*

niñas y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado con subsidios parciales y para el año 2010 incluirá a los demás niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado. Así mismo para el año 2010 incorporará la prestación del servicio de salud integral a los niños, niñas y adolescentes pertenecientes al régimen contributivo de salud.

El Gobierno Nacional, por medio de las dependencias correspondientes deberá incluir las asignaciones de recursos necesarios para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo, en el proyecto anual de presupuesto 2008, el plan financiero de mediano plazo y el plan de desarrollo.

Aunado a lo anterior, la misma norma en su artículo 41, establece como obligación del Estado en los diferentes niveles territoriales, entre otras, las de:

(...)

13. Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna. Este derecho se hará efectivo mediante afiliación inmediata del recién nacido a uno de los regímenes de ley.

(...)

15. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes.

Como se puede ver, el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006, define los parámetros a partir de los cuáles se deben garantizar los derechos a la salud y la seguridad social de los niños, niñas y adolescentes. Esta normativa es clara al decir que no se trata únicamente de la ausencia de enfermedad, sino que la salud debe ser vista

como una integralidad, es decir, que se debe propender además del bienestar físico, por el óptimo desarrollo psíquico y fisiológico de la infancia y la adolescencia.

Esta concepción integral de salud, es la que permite a la luz de las teorías vistas, que el menor desarrolle su proyecto de vida a partir del principio y máxima orientadora del Derecho, la dignidad humana, pues debe ser concebido como un ser que necesita un desarrollo armónico y pleno, y que es bajo ese entendido que se le imponen obligaciones a los entes del Estado.

DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD EN EL MARCO DE LA UNICEF.

Siguiendo con el desarrollo de las disposiciones normativas que brindan protección al derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, pero ahora desde las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, se debe traer a colación la labor de la UNICEF, en inglés United Nations Children's Fund, que significa Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Este es un organismo de la Organización de las Naciones Unidas que soporta su trabajo en la Convención de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

En términos generales, la Convención sobre los Derechos del niño:

“(...) como recopilación y clarificación de los derechos humanos de la infancia establece el entorno y ofrece los medios necesarios para permitir que todos los seres humanos desarrollen su pleno potencial. Los artículos de la Convención, además de establecer los principios básicos que sirven de base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarios para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo

*de la infancia. Los artículos también exigen la creación de mecanismos para proteger a la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos.*⁵²

En lo que tiene que ver con el derecho a la salud el artículo 24 de este instrumento internacional dispone:

“ARTICULO 24

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.

Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y post-natal apropiada a las madres;

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las

⁵² Tomado de <https://www.unicef.org.co/derechos-del-ninio>.

ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;

f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

4. Los Estados partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

ARTICULO 25 Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

ARTICULO 26

1. Los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.”

Este instrumento internacional a lo largo de sus 54 artículos propende porque los países firmantes garanticen a los niños el pleno desarrollo físico, mental, social, etc; y además como lo ha dicho la propia UNICEF: *“Además la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana.”*⁵³

Es por ello que mediante la Ley 12 de 1991 el Estado Colombiano aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989. Esta Convención además se constituye como la norma orientadora de la legislación de la infancia y la adolescencia, Ley 1098 de 2006, la cual en su artículo 6°, la señala como parte integral del Código y como guía para la interpretación y aplicación del mismo⁵⁴.

A partir de esa conclusión, se puede afirmar que el ordenamiento jurídico colombiano, en materia de niños, niñas y adolescentes, es vigilante del cumplimiento de lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto forma parte del bloque de constitucionalidad, y por lo tanto, se puede asegurar, que el derecho a la salud allí contenido encuentra pleno desarrollo a través de la Ley 1098 de 2006. Muestra de ello, es que, en este Código se dispone en primer lugar de la afirmación acerca de que la salud es un concepto que debe entenderse de manera integral y no solo como la ausencia de enfermedad; de otro lado, se prohíbe a las instituciones de salud de carácter público o privado abstenerse de brindar atención a este grupo poblacional, y por lo tanto señala la cuantía de la multa (hasta 50 salarios mínimos legales mensuales) a quien incurra en dicha prohibición; finalmente impone al Estado la obligación de realizar las asignaciones presupuestales y de buscar la viabilidad del sistema financiero para que se pueda materializar el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

⁵³ Tomado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.

⁵⁴ ARTÍCULO 6o. REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Con esto queda claro que, en materia legislativa, el Estado Colombiano ha observado el contenido de la estudiada Convención en materia de salud, y que como muestra de ello, están las herramientas señaladas en las líneas precedentes; es decir, no se trata de que se haya establecido la salud como derecho fundamental, sino que además se dejaron estipuladas las condiciones, obligaciones y prohibiciones a las autoridades de la república.

Así las cosas, se reitera que el ordenamiento jurídico colombiano, ha acatado lo dispuesto en la Convención de los Derechos del niño en materia de salud; no obstante, también se debe afirmar que ha sido la Corte Constitucional la que ha tenido que velar por la vigencia de este derecho, ya que como se ha dicho y como se seguirá exponiendo, este es el mecanismo por excelencia para asegurar el derecho a la salud de la infancia y la adolescencia, ante la indolencia y omisión de la mayoría de autoridades y a pesar de un sistema de salud con graves deficiencias presupuestales.

CAPTULO III.

LA EFECTIVIDAD DEL MECANISMO DE PROTECCIÓN “ACCION DE TUTELA” EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA.

En este acápite, resulta importante referir que la Corte Constitucional, desde los albores de su constitución, se refirió a la relevancia de los derechos fundamentales de los niños y niñas como sujetos de especial protección dentro del ordenamiento jurídico y la obligatoriedad de velar por su protección, so pena de ser protegidos por vía de tutela:

“Especial mención merece la expresión "Derechos Fundamentales de los Niños" que trae la norma; el predicado: "de los niños", le da una connotación especial a la primera parte de la frase. En primer término, ésta debe interpretarse en concordancia con la última del artículo: "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás". La expresión derechos fundamentales de los niños tiene una doble connotación: Implica el reconocimiento de la titularidad de que disponen, de los derechos fundamentales, para los enunciados en el artículo 44 y la primacía señalada; y simultáneamente muestra el particular interés del Constituyente de habilitar, en el Estado Social de Derecho, los procedimientos legales y las acciones de la familia, la Sociedad y el estado con el propósito claro de hacerlos una pronta realidad, en la parte de los derechos asistenciales que se relacionan en el primer inciso, tal como lo estatuye con la lógica proteccionista que le es propia al inciso 2o. de la norma comentada.

Lo anterior lleva a la Sala a precisar que sobre "los derechos fundamentales", en sentido material, de entre los relacionados en el artículo 44 de la C.N., procede la acción de tutela.”⁵⁵

Teniendo claro que procede el mecanismo de tutela para la protección de derechos de los menores, se hizo evidente desde la expedición de la Constitución Política de

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1992. M.P: Fabio Morón Díaz.

Colombia, que contrario al mandato constitucional, de velar por la plena vigencia de los derechos de los niños y niñas, incluso con prioridad frente a los de los demás, lo que logró en muchas oportunidades salvaguardar esos intereses fue el mecanismo de la tutela.

Lo anterior se traduce, en que no ha sido verdaderamente por las acciones altruistas de la sociedad, de la familia y del Estado que se han desplegado acciones en favor de los derechos de los niños, sino que en gran medida esto ha sido gracias a los fallos de tutela de los jueces constitucionales, quienes han emitido sus decisiones para asegurar derechos como el de la salud, que se ha visto transgredido por el actuar negligente de las autoridades que tienen a cargo su prestación, relegando de sus funciones el “interés superior” que les asiste a los niños, niñas y adolescentes.

Ante ese panorama, tan poco alentador para los infantes del Estado Colombiano, no queda más que afirmar, que la acción de tutela ha sido el mecanismo por excelencia mediante el cual se ha procurado la protección del derecho a la salud de los menores, quienes han quedado supeditados al arbitrio de aquellos funcionarios que deciden brindar o no los servicios y procedimientos que requieren para mantener una vida en condiciones de dignidad, y quienes en la mayoría de los casos, lo hacen solamente si es una orden contenida en un fallo de tutela la que les impone hacerlo.

Son innumerables los casos debatidos al interior de la Corte Constitucional con ocasión de la revisión eventual de los fallos de tutela⁵⁶, en donde se ha amparado el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

⁵⁶ La revisión eventual de los fallos de tutela, es una facultad asignada a la Corte Constitucional para revisar el aseguramiento de los derechos fundamentales por parte de los jueces de la República en sede de tutela. Frente al particular la Corte Constitucional señaló mediante Auto 027/98 MP José Gregorio Hernández Galindo. En este mismo sentido, ver la Sentencia T-424/95 MP Antonio Barrera Carbonell y el Auto 034/96 MP José Gregorio Hernández Galindo:

"El artículo 86 de la Constitución consagra la revisión eventual, por esta Corte, de las decisiones proferidas por los jueces en materia de tutela.

Se trata, a la luz del precepto superior, de un examen constitucional que recae sobre las providencias judiciales que han resuelto en materia de amparo. La Corte, que tiene a su cargo la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política,

Los diversos pronunciamientos tienen origen en diferentes causas, es decir, no se trata de una línea relacionada con un tipo de casos específicos, pues son innumerables probablemente, o en todo caso, sería difícil reunirlos en una sola línea, ya que el origen de las tutelas tiene su génesis en la negativa de las autoridades de brindar a los menores servicios, procedimientos y demás que se requieren para mantener una vida acorde con el principio de dignidad humana, bien estando incluidos en el desaparecido “POS” o actual Plan de Beneficios Integrales, o precisamente porque están fuera de él, trátase de vacunas, medicamentos, servicios, etc.

Así las cosas lo que se procede a hacer es a señalar algunas de las tutelas que han sido relevantes en materia de salud para los niños, niñas y adolescentes, y dentro de las que se han ventilado situaciones diferentes, pero que convergen en un punto, y es la materialización del derecho a la salud que se ha dado por disposición de la jurisprudencia

verifica la conformidad de esas determinaciones con los principios y fundamentos de la Constitución Política, con el objeto de unificar la jurisprudencia y para trazar pautas doctrinales que permitan la solución, con arreglo a los mandatos supremos, de posteriores casos, similares a los ya vistos.

En tal sentido, los casos concretos que los jueces de tutela ya han estudiado y sobre los cuales han proferido decisión, favorable o desfavorable a la protección pedida, no constituyen el motivo primario de la revisión constitucional. El objetivo del análisis que emprende la Corte es el de arrojar luz sobre el alcance y contenido sistemático de las normas fundamentales relativas a derechos de esa misma índole, formulando las directrices de interpretación y aplicación que han de ilustrar sucesivas decisiones judiciales. Ello, a propósito de los casos escogidos, que son paradigmas de los cuales parte la Corte para establecer su doctrina constitucional y la jurisprudencia.

Claro está, si el caso tomado por la Corte como ejemplo para sentar su doctrina ha sido resuelto en contravía de la Constitución, es preciso que corrija la providencia dictada y, asumiendo el papel de juez de tutela en concreto, disponga lo necesario para ajustar la decisión a la Carta Política.

La Corte ejerce por este camino una de las más importantes formas de control de constitucionalidad, que recae en principio sobre actos judiciales y que se proyecta, a través de la doctrina y la jurisprudencia que trace, sobre el futuro entendimiento y aplicación de la Carta, en procesos y actuaciones posteriores, por todos los órganos y funcionarios del Estado y por los particulares.

Así, pues, la revisión ante la Corte no es una instancia adicional a las ya surtidas ni constituye un momento procesal forzoso que pudiera tenerse como aplicable a todas las controversias de tutela.

Por tanto, la selección de casos singulares para revisión constitucional no es un derecho de ninguna de las partes que han intervenido en los procesos de amparo, ni tampoco de los jueces que acerca de ellos han resuelto.

La Corte Constitucional revisa esos fallos "eventualmente", como lo dice la Constitución, es decir, puede no revisarlos, si no lo tiene a bien, y la decisión de no hacerlo es discrecional, de manera que no se quebranta derecho subjetivo alguno por decidir la Corte que se abstiene de escoger un determinado proceso con tal fin.

En esas ocasiones, el efecto jurídico de la no selección es concretamente el de la firmeza del fallo correspondiente, bien que haya sido de primera instancia, no impugnado, o de segundo grado.”

de la Corte Constitucional, Tribunal que de manera constante reitera que el derecho fundamental de la salud de este grupo de especial protección debe ser garantizado prácticamente por encima de inconvenientes presupuestales, legales, de cumplimiento de requisitos, etc.

Para comenzar, se trae a colación un pronunciamiento de la Corte Constitucional del año 1998, sentencia SU-225, en el que la Corporación en sede de revisión de tutela, verificó la decisión proferida por un Juzgado de la ciudad de Bogotá, con ocasión de las 418 acciones de tutela interpuestas en contra de las autoridades de salud nacionales y distritales por parte de padres de familia de menores, quienes consideraron vulnerado el derecho a la salud de sus hijos ante la negligencia de las autoridades por suministrar una vacuna, pese a estar en riesgo inminente de contraer meningitis. En esa oportunidad, la Corte Constitucional se refirió y explicó lo que significa la especial protección que asiste a los niños:

“(...) Pero la protección especial de los derechos fundamentales del menor no se explica exclusivamente por la fragilidad en la que se encuentra frente a un mundo que no conoce y que no está en capacidad de afrontar por sí solo. La Carta pretende promover un orden basado en los valores que orientan cualquier Estado civilizado: la libertad, la igualdad, la tolerancia y la solidaridad. No obstante, un orden tal de valores sólo es verdaderamente efectivo si los sujetos a quienes se orienta lo conocen y lo comparten. En este sentido, el constituyente quiso que las personas, desde la infancia, tuvieran acceso a este código axiológico, mediante un compromiso real y efectivo de la sociedad para garantizar las condiciones que les permitieran crecer en igualdad y en libertad, con justicia y respeto por las opiniones y creencias ajenas. En estas circunstancias, es razonable suponer que el menor accederá a la mayoría de edad, como una persona libre y autónoma, que conoce los valores de igualdad y justicia que informan la Carta y que, por lo tanto, se encuentra en capacidad de defenderlos y promoverlos. Estas y otras consideraciones explican que la Constitución declare, de manera expresa, la

*especial protección constitucional que merecen los derechos fundamentales de los niños en el territorio nacional.*⁵⁷

En el caso concreto, la Corte evidenció que se probó la precaria situación económica de los padres de los menores y por lo tanto la falta de cobertura de los servicios de salud de tipo público o privado, lo que ponía puesto a los niños en una situación de vulnerabilidad al no ser una población focalizada para la aplicación de la vacuna contra la meningitis, ya que *“Mientras una parte sustancial de la población infantil, ya sea a través del sistema solidario o del contributivo, goza de la debida protección ante el riesgo que representa el contagio de los agentes patógenos portadores de la meningitis, los menores a que se ha hecho alusión no entran dentro del radio de seguridad que la sociedad y el Estado han creado para enfrentar la adversidad”*⁵⁸, por lo tanto se exhortó a las autoridades competentes a salvaguardar el derecho a la salud de los menores, aplicando la vacuna contra la meningitis.

Como puede extraerse, desde los albores de la Corte Constitucional, esta ha sido pionera en la protección de los derechos fundamentales de todas las personas asociadas al Estado Social de Derecho, y por lo tanto desde otrora ha dicho que no existe reparo frente al hecho de que el menor se encuentre o no afiliado al sistema de Seguridad Social y que por lo tanto sea o no beneficiario del Plan Obligatorio de Salud para asegurar su derecho a la salud, pues su análisis desborda esa noción, que encuentra respaldo en contenidos axiológicos supremos a partir de los cuales mantiene vigentes los derechos fundamentales de los niños y niñas.

Para la época cercana, otro referente jurisprudencial de análisis de la protección por vía de tutela del derecho a la salud de los niños, es el caso debatido a través de la Sentencia SU-819/1999, con ponencia del honorable Magistrado Álvaro Tafur Galvis. En ese momento, se analizaba la situación de un menor quien fue diagnosticado por un médico adscrito a su EPS con “Leucemia Mieloide Crónica”, y quien debido a ello requería un

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia SU-225 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁸ *Ibídem*.

trasplante que no se podía realizar en Colombia por no contar con la tecnología adecuada, motivo por el cual su EPS le negó el procedimiento, ya que la Resolución 5261 de 1994, que fijaba los procedimientos que debían prestar las EPS dentro del POS no contemplaba este tipo de trasplante, precisamente por no existir en Colombia la tecnología requerida.

En esa oportunidad la Corte Constitucional señaló unos parámetros que resultan necesarios para preservar la viabilidad del sistema, el interés general y evitar la desviación de recursos, por lo que procede a exponerlos en el siguiente orden⁵⁹:

“a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.

b) Cuando se trate de procedimientos a practicar en el exterior, la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud. Se deben descartar, por ende, los tratamientos y procedimientos experimentales (artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999).

c) El beneficio esperado para la salud del afiliado, de los procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para los cuales se remite.

d) Certificación de la correspondiente institución escogida que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.

e) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999. M.P: Álvaro Tafur Galvis.

De esta forma, no corresponde al juez de tutela, dado el carácter excepcional de éste medio de defensa judicial, ordenar que el procedimiento se realice en una u otra institución(...)

f) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S. de conformidad con las tarifas definidas para éstos dentro del costeo de la Unidad Per Cápita.

g) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago, siendo titular el Fondo de Solidaridad en las acciones que sean procedentes contra el usuario, cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.

i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.

j) Todos los procedimientos o exámenes que se puedan realizar en Colombia deben respetar el principio de la territorialidad del sistema.”

Allí se dijo que lo que no esté cubierto en principio por el POS, bien por no reunirse el número mínimo de semanas de cotización, o por tratarse de una actividad, procedimiento,

intervención o medicamento que se encuentre excluido del POS, debe asumirlo el usuario o afiliado en los términos señalados. Sin embargo, si la persona acredita, mediante un balance certificado por contador, o a través de la declaración de renta o del certificado de ingresos, no poder asumir el pago de aquellas prestaciones que no estén cubiertas por el POS a título de copago por falta de recursos, deberán ser atendidos él o sus beneficiarios por las instituciones públicas prestadoras de servicios de salud o por aquellas privadas con las cuales el Estado tenga contrato, las cuales tendrá derecho a cobrar una cuota de recuperación, de acuerdo a las normas vigentes⁶⁰.

En el año 2004, mediante sentencia T-232, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, se logró un avance respecto de la protección del derecho a la salud de los menores, pues a través de este pronunciamiento se reconoció y se incorporó el derecho al diagnóstico, como una medida para garantizar la efectividad del derecho a la salud. Al respecto la Corte sostuvo:

“Es doctrina reiterada de esta Corporación que el derecho a la seguridad social no se limita a prestar la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicamentos, sino que también incluye el derecho a un efectivo diagnóstico, entendido como `la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen.”

Continuando con esa misma línea de protección del derecho a la salud de los niños mediante el mecanismo de la tutela se puede citar la Sentencia T-037 de 2007 con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, en la que se dejó claro el carácter fundamental que tiene el derecho a la salud en tratándose de menores, lo que no ocurría en ese entonces con otros grupos poblacionales; tanto así que la Constitución Política

⁶⁰ Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999. M.P: Álvaro Tafur Galvis.

comprometió a la familia, la sociedad y el Estado para que unan esfuerzos y asuman sus obligaciones de protección a los niños, teniendo en cuenta la prevalencia de sus derechos, es decir el interés superior que estos representan. Especialmente señaló el deber del juez de tutela:

“...La Corte Constitucional ha reiterado que los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, entre otros, son fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política. En efecto, la condición de fundamentales de esos derechos es independiente y autónoma, y, en consecuencia, no es necesario establecerles conexidad con otros derechos de esa categoría para su reconocimiento, como sucede cuando se trata de otro tipo de personas. Por lo mismo, se entienden prevalentes sobre los derechos de los demás y, cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional.”

Para esa misma época y de modo reiterativo, la Corte sostenía que los niños eran sujetos de especial protección y por lo tanto dado su carácter de indefensión y vulnerabilidad se debía garantizar la protección integral de sus derechos, en búsqueda de materializar el Principio del Interés Superior. Al respecto en sentencia T- 417 de 2007 M.P: Álvaro Tafur Galvis, señaló:

“...es claro que en los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función, sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda.”

En sentencia T-964 de ese mismo año, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, la Corte reitera la importancia de reconocer el Interés Superior de los menores y así garantizar su derecho a la salud.

No obstante, en la Sentencia Hito en materia de salud T-760 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, es en donde se hace un llamado a las autoridades, en el sentido de afirmarse que la protección por vía jurisprudencial del derecho a la salud de los menores no es suficiente por si solo, ya que son múltiples los casos de infantes que han muerto en espera de que se les reconociera el derecho fundamental a la salud. En ese sentido expresa “(..) *En realidad, la protección ideal de los derechos de los niños no se logra sólo con la jurisprudencia constitucional, así los garantice y/o restablezca cada vez que sean violados; el ideal es que se aseguren de tal forma, que no sea necesario acudir ante un juez a solicitar su defensa*”.

Como puede concluirse del extracto, la propia Corte reconoce que en la práctica el derecho a la salud de muchos de los menores en Colombia se hace efectivo a través de la acción de tutela, y no por cuenta del actuar de las autoridades.

Otro de los logros que se da con ese pronunciamiento es que los derechos a la salud y a la seguridad social adquieren el carácter de fundamentales y autónomos. En esa oportunidad, también se habló del desarrollo integral y armónico del menor, y la Corte manifestó:

“(...) el desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos.” Allí mismo, la Corte reiteró el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños, e indicó que el juez de tutela debe propender porque este no sea amenazado o vulnerado. *“debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado.”*

Posteriormente, en sentencia T-170 de 2010 con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, en la que se solicitaba la protección del derecho a la salud de niños

que padecían labio leporino, paladar hendido y malformaciones craneofaciales, se reitera el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, y se afirma que los servicios de salud que requieran los niños son justiciables inclusive si se encuentran por fuera de los Planes Obligatorios de Salud. En esta sentencia se hace alusión al contenido de la Ley 1098 de 2006, en lo que tiene que ver con el derecho a la salud de los infantes y adolescentes, normativa en la que se aborda el interés superior de este grupo poblacional y en donde de manera categórica se ha dicho que sus derechos son prevalentes frente a los de los demás; de otra parte, se trae a colación para el análisis del caso el bloque de constitucionalidad en la materia.

Como ya se dijo, son variopintos los casos analizados a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, relacionados con el derecho a la salud de los niños; así las cosas, en el año 2011, a través de sentencia T-765, en donde se discutió acerca del derecho a la salud de un menor en situación de discapacidad se dijo que:

“la acción de tutela se torna procedente para proteger el derecho a la salud, siempre y cuando se atiendan los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para dar aplicación directa a los mandatos de orden superior (art. 4 Constitución), sobre las normas infraconstitucionales que vulneren en el caso concreto derechos fundamentales, lo cual es posible debido al efecto normativo de la carta política, que irradia su contenido sobre todo el ordenamiento jurídico.

Tales criterios son: (i) la falta del servicio médico afecta los derechos a la vida, la salud, la integridad personal y la seguridad social del solicitante; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que sí se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el tratamiento ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio.”

En este pronunciamiento se reitera el bloque de constitucionalidad que protege el derecho a la salud de los menores.

Bajo esa misma argumentación, y al igual que en los casos referidos, en el año 2013 se tuteló el derecho a la salud de una menor, mediante pronunciamiento T-036 M.P: Jorge Iván Palacio Palacio, ya que reiteró el Máximo Tribunal que el derecho a la salud de los menores tiene un carácter prevalente en caso de que presente conflicto con otros intereses, y por ello la acción de tutela es el mecanismo idóneo cuando se ve vulnerado o amenazado y que es el juez de tutela quien está llamado a su protección prioritaria e inmediata.

En sentencia T-610 de 2013, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, se dijo que la acción de tutela es el medio judicial procedente, eficaz e idóneo para exigir el respeto del derecho a la salud, de manera especial cuando se trata de grupos de especial protección, como los niños, niñas y adolescentes. Llama la atención que en este pronunciamiento se hace un fuerte llamado a las autoridades que de manera flagrante desconocen el precedente jurisprudencial y vulneran el derecho a la salud:

“Con todo, nuevamente debe advertirse a las entidades prestadoras de salud, en cualquiera de los dos regímenes, contributivo o subsidiado, no continuar desconociendo caprichosamente y sin razón válida, los precedentes jurisprudenciales de esta corporación en cuanto a la aplicación de cada una de las subreglas antes expuestas, las cuales propenden por la prestación adecuada y eficiente del servicio de salud. Para ello, se les recuerda a dichas entidades el deber de acatar y aplicar todos los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en la mencionada materia, pues no se encuentra justificación alguna para que tales entes continúen desconociendo sus deberes, particularmente frente a personas que merecen especial protección constitucional, tal y como aconteció en la mayoría de los casos objeto de estudio en esta sentencia.

Ante dicho desconocimiento injustificado por parte de las mencionadas entidades, sobre el cual urden la negativa recurrente a autorizar y suministrar los distintos

servicios, elementos, intervenciones y medicamentos necesarios para precaver riesgos contra la salud y la vida digna, enviando copia de esta providencia solicitará a la Superintendencia Nacional de Salud que adelante las investigaciones correspondientes en cada caso amparado y a la brevedad posible establezca responsabilidades y tome las decisiones a que hubiere lugar, cuya determinación comunicará al respectivo despacho judicial de primera instancia.”.

Por su parte en la ya referida sentencia SU-696 de 2015, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, novedosa por su contenido, en el que se buscaba proteger los derechos fundamentales de dos menores pertenecientes a una familia diversa, frente a la omisión por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil de inscribirlos en el registro de nacimiento; la Corte fue enfática en el interés superior del que son titulares los menores de edad, y en el hecho de que este actuar administrativo desconocía abiertamente sus derechos fundamentales, como el de la salud. En este pronunciamiento los intervinientes también hicieron referencia al interés superior de los menores de edad, por ejemplo, el Ministerio de Justicia y del Derechos sostuvo que *“la falta de registro desconoce los derechos a la seguridad social y a la educación”*. Por su parte Colombia Diversa y Dejusticia aseguraron que:

“el registro civil de nacimiento es una institución jurídica orientada a la protección de los derechos fundamentales de los menores de edad y a garantizar su prevalencia en el ordenamiento constitucional. En esa medida, para los coadyuvantes, este documento es una condición necesaria para la materialización de varios derechos fundamentales como la dignidad humana, la igualdad, la vida y a la salud.”

En el pronunciamiento analizado, la Corte reitera que la tutela es el mecanismo más eficaz para la protección de los derechos invocados y expresa:

Para la Corte resulta claro que la tutela se convierte en el medio eficaz para proteger los derechos de Bartleby y Virginia ya que los instrumentos de

restablecimiento de derechos son procesos meramente administrativos y el ya citado artículo 86 de la Carta señala que la tutela no procede siempre que exista otro medio de defensa judicial. En ese sentido, para la Sala resulta claro que en el ordenamiento legal colombiano no existe otro procedimiento jurisdiccional que permita reestablecer los derechos de Bartleby y Virginia. Más aún, cuando en este caso se trata de dos niños que están en su primera infancia y cuya personalidad jurídica, y por lo tanto el acceso a todos los servicios que ofrece el Estado para garantizar su desarrollo integral, se ve afectado por las autoridades de registro. No existe por lo tanto, dentro del ordenamiento jurídico, otro mecanismo que pueda garantizar una resolución oportuna y eficaz del caso. Además, como se explorará en el análisis material del caso, los medios con los que cuenta el Proceso de Restablecimiento de Derechos no están dirigidas a resolver una posible situación de discriminación estructural, y por lo tanto un probable déficit de protección constitucional, que padecen los hijos de una familia diversa y que, en razón del artículo 96 de la Constitución, tienen derecho a la nacionalidad colombiana.”

Posteriormente en sentencia C-362 de 2016 M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, se dijo respecto de la amenaza del derecho a la salud de los niños cuando las EPS están en proceso de liquidación:

“Los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la vida digna y a la seguridad social del tutelante, están siendo vulnerados puesto que la liquidación de una EPS no es excusa para negar la autorización de un servicio médico prioritario, ya que en este caso tanto la EPS emisora como la receptora tienen la obligación legal de prestar el servicio de salud de forma continua al usuario, sin colocar barreras administrativas que retarden la prestación efectiva del mismo.”

En el año 2017, y debido a la migración de población venezolana, la Corte debió estudiar el caso ventilado a través de la sentencia SU-677 con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz, esta sentencia fue referida en acápite de la teoría del Interés Superior. Este

pronunciamiento además de contener importantes reflexiones acerca del interés superior, también es una muestra de que la tutela es el mecanismo efectivo para la salvaguarda de los derechos de los niños, y aunque se declaró la carencia actual del objeto, esto no fue óbice para que el Tribunal se pronunciara.

Recordemos que en esa oportunidad se analizó el caso de una menor, hija de migrantes venezolanos quienes tenían permanencia irregular, a quien se le negó la inscripción en el Registro civil de nacimiento y también la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud. Ahora bien, no es lo único que se analiza en la sentencia, pues además se debatió si un hospital vulneró los derechos fundamentales de la madre de la menor a quien se le negó la realización de controles prenatales gratuitos, así como la atención gratuita del parto. Se debe resaltar que se trata de una sentencia muy rica en argumentos académicos, respecto del derecho a la salud, tanto para los menores como para las mujeres en estado de gestación cuando no tienen la nacionalidad colombiana; el aporte de los intervinientes respecto del tema es muy ilustrativo, para comprender las implicaciones físicas y psicológicas del embarazo, pero especialmente la situación de riesgo que genera esta condición para la mujer en un escenario de migración irregular debido a una fuerte crisis social.

Ahora bien, ligado a esa problemática, surgió el debate de la menor nacida a quien se le negó la inscripción en el registro civil de nacimiento y la afiliación para tener acceso al servicio de Salud. Resaltó la Corte, frente al caso particular de la niña, que su afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, tuvo lugar, pero una vez se profirió una medida cautelar decretada por esa Corporación; esto denota, que ha sido el juez constitucional quien ha coadyuvado con la garantía de los derechos de los niños y que por lo tanto es evidente la negligencia de las autoridades, quienes ponen trabas en la realización de los trámites, y quienes no hace una interpretación armónica del ordenamiento jurídico y el carácter prevalente de los derechos de los menores.

En este pronunciamiento recuerda la Corte que el derecho a la salud de los niños y niñas se debe salvaguardar, indistintamente de su nacionalidad, pues de acuerdo con la

Constitución Política y los instrumentos internacionales, ellos no son solo sujetos de derechos, sino que además sus derechos e intereses son prevalentes en el ordenamiento jurídico.

Finalmente se trae a colación la sentencia T-196 de 2018, con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger. Resulta relevante este pronunciamiento, por cuanto se estudia el caso de los procedimientos establecidos en las Leyes 1122 de 2007 y 1428 de 2011, por medio de las cuáles se otorgó competencia jurisdiccional a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver controversias suscitadas entre las EPS y sus afiliados; no obstante, dice la Corte que a la luz de la nueva Ley 1751 de 2015, esta competencia carece de reglamentación y por lo tanto, no resulta un mecanismo idóneo para la protección del derecho a la salud y refiere:

“Sobre este aspecto, la Corte ha insistido en que la valoración de las particularidades del caso concreto, sigue siendo indispensable para determinar si el mecanismo previsto ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz, máxime si nos encontramos ante sujetos de especial protección constitucional, escenario en el cual, se debe proponer porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita.

Así las cosas, en lo concerniente a menores de edad en situación de discapacidad, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos que, por su temprana edad y situación de indefensión, requieren de especial protección. Por esta razón, la Corte ha concluido que el análisis de procedencia del amparo debe realizarse de forma flexible, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

(...) Adicionalmente, a través de la sentencia T-592 de 2016, esta Corporación afirmó que “(...) resulta desproporcionado enviar las diligencias y actuaciones que se han realizado por vía de tutela a dicha Superintendencia, cuando se evidencien circunstancias en las cuales esté en riesgo la vida, la salud o la integridad de las

personas, pues la eventual demora que implica reiniciar un trámite, por la urgencia y premura con la que se debe emitir una orden para conjurar un perjuicio, podría conducir al desamparo de los derechos o a la irreparabilidad in natura de sus consecuencias, en especial cuando se trata de casos que ya está conociendo el juez constitucional en sede de revisión”.

Todas las sentencias referidas, han amparado a los menores de edad el derecho fundamental a la salud. De este modo, lo que queda claro es la frecuente negativa de las autoridades de salud frente al cumplimiento de sus deberes, y lo que es más lamentable, es que aunque terminan dando cumplimiento, la mayoría de las veces lo hacen solamente si es un juez de tutela quien se lo ordena, lo que demuestra que de una parte hay carencia de respeto por los derechos de los infantes y adolescentes, y de otra parte que el sistema judicial se encuentra colapsado debido al sin número de acciones judiciales que deben impetrarse diariamente para solicitar el amparo constitucional de los derechos fundamentales, como el de la salud.

Diversos casos han sido conocidos por la Corte Constitucional, quien de manera muy juiciosa se ha dado a la tarea de estudiarlos para mantener vigentes los derechos de los niños, niñas y adolescentes de Colombia, especialmente en lo que nos ocupa el derecho fundamental a la salud, y es por ello que a lo largo de su jurisprudencia ha optado por una garantía de derechos de tipo progresivo, sin embargo es un hecho notorio que las autoridades de salud no han encontrado eco en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, pues falta mucho por hacer.

La Corte Constitucional sin embargo ha continuado exhortando a las entidades prestadoras del servicio de salud a ser garantes de los derechos de los infantes y adolescentes, a quienes por regla general en principio les asiste solamente los beneficios del Plan Obligatorio de Salud, pero por excepción y entendiendo que ese mandato no es absoluto, en ciertos eventos son beneficiarios de prestaciones no

incluidas en él con el fin de salvaguardar sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad.⁶¹

Ahora bien, el cuestionamiento aparece, cuando se piensa en la eliminación del Plan Obligatorio de salud y en determinar si esa es la solución a la crisis del derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, cuando a todas luces las autoridades han actuado de manera negligente y omisiva aún frente a servicios incluidos en el desaparecido POS. Se quiere referir con lo anterior, que un plan de servicios integrales de salud, no es suficiente para avanzar hacia la consolidación de los derechos fundamentales, mucho menos en un sistema de salud como el colombiano que sufre serias afectaciones financieras, y en donde los medios de circulación con bastante frecuencia se refieren a la liquidación de entidades prestadoras de salud debido al problema presupuestal por el que atraviesan.

⁶¹ Corte Constitucional. T-200 de 2014. M.P: Alberto Rojas Ríos.

CAPITULO IV.

INTERPRETACIÓN DE LA LEY 1751 DE 2015 Y SU INFLUENCIA EN EL POS FRENTE A LA REALIDAD EN COLOMBIA.

4.1. EL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD, UNA MIRADA A PARTIR DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

No obstante, aunque el derecho a la salud de los niños y niñas en Colombia es de raigambre constitucional, y por lo tanto las entidades tienen el deber irrenunciable e incondicional de asegurarlo, lo cierto es que ese derecho no ha sido reconocido de manera abierta e ilimitada⁶², sino que estuvo supeditado a los procedimientos, medicamentos, etc., incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (en adelante POS)- este POS puede entenderse como una canasta básica de servicios de salud igual para los usuarios del mismo⁶³-, hasta la entrada en vigencia del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, normativa que lo dejó sin vigencia⁶⁴, lo que presuntamente, logra consolidar un efectivo goce del derecho a la salud, no obstante, tal como se pretende argumentar, esa afirmación es una falacia.

De acuerdo con el Ministerio de Salud y Protección Social: “El eje del Sistema General de Seguridad Social en Salud -SGSSS en Colombia es el Plan Obligatorio de Salud - POS, que corresponde al paquete de servicios básicos en las áreas de recuperación de la salud, prevención de la enfermedad y cubrimiento de ingresos de manera transitoria - prestaciones económicas- cuando se presenta incapacidad de trabajar por enfermedad, accidentes o por maternidad.”

⁶² Corte Constitucional. T-1220/2001. M.P: Álvaro Tafur Galvis.

⁶³ GIEDION, Úrsula, VILLAR, Manuela y AVILA, Adriana. Los sistemas de salud en Latinoamérica y el papel del seguro privado. Instituto de Ciencias del Seguro. Fundación MAFPRE, 2010.

⁶⁴ MEJIA, Luz Mery. El POS del SGSSS: sus antecedentes, su trayectoria y su eliminación. Facultad Nacional de Salud Pública. Universidad de Antioquia, Medellín, 2017.

El Plan Obligatorio de Salud, tuvo su antecedente en la Ley 100 de 1993, la cual creó una serie de planes de beneficios:

- Plan de Atención Básica —PAB— (artículo 165), de carácter gratuito y obligatorio, que complementa las acciones concebidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y está constituido por las intervenciones dirigidas a la colectividad o a los individuos, pero que tienen altas externalidades, y el
- POS (artículo 162), este último tanto para el Régimen Contributivo (artículo 202) como para el Subsidiado (artículo 211), a través de los cuales se establecen las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes de 2001, cuyo objetivo es la "protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las enfermedades, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan" (Acuerdo 120 de 1999 del Consejo Nacional de Seguridad Social).

De acuerdo con el estudio de la jurista Elena Cárdenas Ramírez⁶⁵, vale la pena referir que la Ley 100 de 1993 ha sido reglamentada por innumerables decretos y resoluciones, que han desarrollado una serie de regulaciones que destacan la promoción de la salud, entre las que se pueden señalar las siguientes:

- El Decreto 1891 de 1994 establece los conceptos de gasto de fomento de la salud y prevención de la enfermedad, así como las reglas básicas de administración de los recursos del Fondo de Fomento de la Salud y Prevención de la Enfermedad de que trata la Ley 60 de 1993.

⁶⁵ CARDENAS, Elena. Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. Universidad del Norte. 2013.

- El Decreto 1283 de 1996 establece en su artículo 26° que la subcuenta de promoción del Fondo de Solidaridad y Garantía se financiará con un porcentaje de la cotización, definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; el Decreto 800 de 2003, por el cual se reglamentan la Ley 10 de 1990, en cuanto a la organización y el funcionamiento de la medicina prepagada, y la Ley 100 de 1993, en lo relacionado con los planes complementarios, se modifica el inciso 1° del Decreto 1570 de 1993 y se deroga el Decreto 1615 de 2001.
- Posteriormente, el Decreto 131 de 2010 adiciona el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, por medio del cual se crea el Sistema Técnico Científico en Salud, se regula la autonomía profesional y se definen aspectos del aseguramiento del Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones.
- De la misma manera, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS) reglamentó otros aspectos mediante una serie de acuerdos, como el Acuerdo 120 de 1999, que reglamentó el presupuesto del Fosyga para el año 1999; el Acuerdo 117 de 1998, en el que se reglamentó las actividades, procedimientos e intervenciones de demanda inducida y obligatorio cumplimiento que tienen por objeto la protección específica, la detección temprana y la atención de las enfermedades objeto de erradicación, eliminación y control; el Acuerdo 000260 de 2004, por medio del cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- Se expide la Ley 1438 de 2011, en la cual hay varios aspectos importantes para los usuarios del servicio de salud, tanto contribuyentes, beneficiarios y personas con servicio subsidiado, entre los cuales podemos señalar: la prestación de los servicios y medicamentos gratis para los niños y adolescentes con discapacidad o enfermedades catastróficas en el Sisbén 1 y 2 (artículo 18); igualmente, los niños y adolescentes víctimas violencia física o sexual, Régimen Contributivo o Subsidiado, tendrán atención integral de rehabilitación gratis (artículo 19); se impone a las EPS un término perentorio de 2 días calendario para que resuelvan

las peticiones de medicamentos o servicios por fuera del POS, ordenadas por el médico tratante (artículo 260).

- Por otra parte, y como hecho relevante para el estudio que se realiza, en cumplimiento de lo ordenado por la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional y atendiendo el principio de equidad en el derecho de acceso a los servicios de salud, el Gobierno nacional inició en 2009 un plan por etapas para la Unificación de Plan Obligatorio de Salud. En desarrollo de este plan, la Comisión de Regulación en Salud (CRES) expidió cuatro acuerdos relacionados con la Unificación:
 1. Acuerdo 04 de 2009: unifica el POS para los niños de 0 a 12 años
 2. Acuerdo 011 de 2010: unifica el POS para los niños y adolescentes menores de 18 años
 3. Acuerdo 027 de 2011: unifica el POS para los adultos de 60 y más años.
 4. Acuerdo 032 de 2012: unifica el POS para los adultos entre 18 y 59 años.
- Igualmente, la Comisión de Regulación en Salud expidió el Acuerdo 029 de 2011, que contiene un conjunto de acciones de prevención de la enfermedad y de recuperación de la salud desde la medicina preventiva hasta diversos tratamientos avanzados de todas y cualquiera de las enfermedades o condiciones que hacen necesaria la atención en salud. Para lo cual establece una serie de procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades.
- Establece una serie de exclusiones, como procedimientos, actividades y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y

rehabilitación de la enfermedad, y de manera específica están excluidos, entre otros, aquellos que tienen carácter estético, cosmético o suntuario; el suministro de lentes de contacto, sillas de ruedas, plantillas, etc., y ciertos tratamientos, como las curas de reposo o para el sueño; para la infertilidad; experimentales o con drogas experimentales; sicoanálisis; tratamientos de periodoncia, ortodoncia y prótesis parciales o implantes.

La unificación del POS significó, de acuerdo con el Ministerio de Salud y Protección Social, que a partir del 1 de julio de 2012, 22 millones 514 mil 941 colombianos afiliados al Régimen Subsidiado pudieron acceder a los mismos servicios de salud de los afiliados al régimen contributivo⁶⁶, evidentemente con las exclusiones referidas, pero con una mayor cobertura a partir de la unificación.

Sin embargo muy a las claras se hizo notorio que el sistema no garantizó muchas de las veces ni siquiera lo establecido en el Plan Obligatorio de Salud, por lo que hubo que acudir a la acción de tutela, como mecanismos para hacer efectivo el derecho a la salud, viendo vulnerados los derechos fundamentales de diferentes grupos poblacionales, incluidos los niños.

4.2. LA ELIMINACIÓN DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Como se anunció desde el comienzo de la investigación, la medida adoptada por la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, en cuanto a la eliminación del Plan de Beneficios del Plan Obligatorio de Salud, y el aparente sistema de beneficios y servicios integrales, se encuentra lejos de ser una acción de tipo progresivo frente a la protección del derecho

⁶⁶ <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/ABC%20de%20la%20Unificaci%C3%B3n%20del%20POS.aspx>.

fundamental a la salud de los niños y niñas, y no solamente de este grupo que merece especial atención y protección, sino que tendrá repercusiones en todos los grupos poblacionales.

En primer lugar, es importante referir que no fue el legislador quien le otorgó al derecho a la salud la categoría de fundamental. Eso debe quedar claro. No es a partir de la Ley 1751 de 2015 que se eleva la salud a ese estado, sino que mucho tiempo atrás como se relacionó en líneas precedentes, la Corte Constitucional abanderó esa tarea que se ha venido consolidando a través de la maduración de sus pronunciamientos, pues es un derecho históricamente vulnerado que ha representado luchas y cobrado vidas, y que ha tenido que superar obstáculos legislativos, administrativos, sociales, entre otros, para que su carácter de fundamental trascienda las letras y comience a operar dentro del Estado Social de Derecho.

Ahora bien, la expresión en la Ley Estatutaria de Salud de que a este derecho le asiste la característica de fundamental, era una deuda que tenía el legislador para con los colombianos, sin embargo, no por ello, se genera *per se* su garantía y aseguramiento.

Lo anterior quiere decir, que no por haber dispuesto el legislador – y de manera tardía – que se trata de un derecho fundamental, de manera inmediata se asegura con ello la salvaguarda del mismo por parte de las autoridades administrativas, entidades y funcionarios prestadores del servicio de salud.

Es más, pudiera ni siquiera haberlo hecho el legislador, ya que este reconocimiento no es una novedad y no es un logro que haya porqué adjudicarle, como erradamente se ha pensado. Lo que sí debió haber ocurrido dentro del Legislativo, fue el haber hecho un estudio acucioso de las medidas previas a la declaración de la existencia de un Plan de Beneficios Integral para anunciar la eliminación del Plan Obligatorio de Salud.

Como consecuencia de esa omisión a juicio de la autora, el problema de fondo que se avizora, son las consecuencias que traerá consigo el cumplimiento del plazo otorgado al Ministerio de Salud y Protección Social para establecer un Plan de Beneficios Integrales para los usuarios del sistema de salud.

Piénsese que esa medida fue tomada bajo el entendido de que el Plan Obligatorio de Salud se había convertido en una lista cerrada de servicios, medicamentos e insumos que además con el paso del tiempo se desactualizaba y con ello se causaban perjuicios a los usuarios a quienes les eran negados los servicios con el argumento de que el medicamento o servicio requerido se encontraba por fuera del POS, a quienes no les quedaba otra opción que acudir al juez constitucional para tutelar su derecho a la salud.⁶⁷

La anterior, podría ser concebida como una acción generosa por parte del Legislador, basada en una interpretación del derecho armónica con los principios y valores contenidos en la Constitución Política, a partir de la cual se cierra un escenario permeado por la ausencia de garantías que abrirá paso a un estadio en donde habrá plena vigencia del derecho a la salud a través de unos beneficios íntegros de acuerdo a las necesidades de cada paciente, en donde se verán beneficiados los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección y atendiendo a su “interés superior”. De ser así, también puede pensarse, que ya no será necesaria la interposición de acciones de tutela para pedir lo que por derecho les corresponde a los menores cuando de su derecho a la salud se trata.

Sin embargo, en realidad ¿la implementación de un Plan de beneficios integral, es la solución a la problemática y a la crisis del derecho a la salud especialmente de los infantes y adolescentes? Esto habrá de analizarse, pues superar la crisis del derecho a la salud requiere de medidas de tipo progresivo, y no solamente en el ámbito legislativo, sino en áreas trascendentales para el sistema, como lo son la financiera y la administrativa. De no ser así, será un logro escrito pero imposible de poner en práctica.

En este punto, hay que recordar, que existen casos, como en el citado en este documento en el que la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, ordenó prestar un servicio

⁶⁷ RAMIREZ RAMIREZ, Andrés, et al. Implicaciones de la Ley estatutaria 1751 de 2015 sobre las entidades promotoras de salud del régimen contributivo.

por fuera del país que requería el paciente, y afirmó que la evaluación de los casos dependía de algunos requisitos como:

- a) La situación de riesgo inminente para la vida del afiliado.
- b) la existencia de un procedimiento cuya eficacia esté científicamente acreditada; que exista aprobación y concepto técnico-científico favorable del médico tratante; que no se practique en el país y sea viable practicarlo al afiliado dadas sus condiciones particulares de salud.
- c) Certificación de la correspondiente institución que acredite que el procedimiento no es experimental, determinando razonablemente las probabilidades de éxito con base en la experiencia.
- d) El Ministerio de Salud o, en su caso, la E.P.S. según lo defina el Consejo Nacional de Seguridad Social (artículo 37 del Plan Nacional de Desarrollo), tendrá la responsabilidad de escoger la entidad en el exterior que se debe hacer cargo del procedimiento.
- e) Conforme al principio de equilibrio financiero y dada la naturaleza y límite de las obligaciones delegadas a la E.P.S., el Estado debe garantizar a través del Ministerio de Salud-Fosyga el otorgamiento o la financiación de la prestación o el medicamento excluido del POS en Colombia o en el exterior, teniendo el derecho a exigir a la respectiva EPS a la que esté afiliada la persona que solicita el servicio, el pago de los valores del procedimiento o medicamento equivalentes dentro del P.O.S, que luego de su eliminación sería los equivalentes en el Plan de Beneficios Integrales .
- f) El usuario debe cumplir con los pagos que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, según su capacidad de pago cuando decida utilizar terceras entidades para la financiación y coordinación del otorgamiento de la prestación.
- g) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento.

Con lo anterior, queda en evidencia que así como en vigencia del POS era necesaria la interposición de acciones de tutela para asegurar procedimientos incluso excluidos de este, en adelante también seguirán siendo recurrentes y porque no, masivas, las acciones de tutela para solicitar procedimientos, servicios y tecnologías excluidas del Plan de Beneficios Integrales, lo que en nada cambiaría el panorama.

Otro punto que toca la reforma, es el de la aparente receta médica que harán los profesionales de la salud, de acuerdo con el estado y las necesidades del paciente. Sin embargo, la realidad del sistema es otra, en donde no opera la plena libertad de los médicos tratantes, pues tal como lo refiere el académico Jaime León Gañán, los profesionales de la salud se verán limitados en su autonomía para recetar, debido a que el sistema está implementado para hacer control de lo que cada profesional receta a sus pacientes⁶⁸; por lo tanto, el paciente en realidad no va a poder recibir unos servicios integrales de salud, ya que el médico no querrá verse expuesto y bajo la lupa si se excede en lo prescrito, aun cuando el paciente lo requiera. Esto permite pensar, que también es una cuestión de ética profesional.

Esa es otra de las falencias, que se hace evidente, si se examina de fondo las implicaciones de la reforma, que resulta ser entonces, una cortina de humo frente a los desperfectos del sistema, a través de la cual se hace pensar a los usuarios que gozarán de mejores garantías para su salud. Hecho que es visto con asombro, especialmente porque los niños, niñas y adolescentes seguirán viendo desprotegido su derecho a la salud, en un Estado Social de Derecho que debe promover acciones de tipo progresivo en materia de derechos fundamentales.

Ahora bien, como lo relata el abogado Gañán, las fallas del sistema y el costo de los medicamentos, no van a permitir la viabilidad de la medida, lo que implicará un mayor número de acciones de tutela para buscar la efectividad del derecho⁶⁹, posición que es

⁶⁸ Hora 13 Noticias. La eliminación del POS aún genera dudas en el sistema de salud. <https://h13n.com/la-eliminacion-del-no-pos-aun-genera-dudas-en-el-sistema-de-salud/>.

⁶⁹ Ibídem.

acertada y nada distante de la realidad, ya que si en vigencia del POS había falencias en el despacho de medicamentos, como podrá ser posible ahora hablar de beneficios integrales, sin que se hayan pensado medidas financieras.

Pese a las anteriores consecuencias, el gobierno nacional le apostó a una presunta integralidad de los servicios de salud, muy a sabiendas de que se trata en primer lugar de una integralidad condicionada, ya que se continuará con las exclusiones de los servicios de salud, y aunado a ello, generando en los usuarios una falsa expectativa, pues el sistema de salud financieramente no está listo para actuar bajo el concepto de integralidad de servicios de salud, tal como se lo advirtió al gobierno nacional la academia y el representante de ACEMI (gremio que reúne a las principales EPS del régimen contributivo).^{70 71 72}

Lo anterior se traduce, en que la crisis del derecho a la salud para la infancia y la adolescencia se mantendrá vigente, pues como se vislumbra, el costo de la medida no ha sido pensado por el gobierno, quien de manera lamentable continuará dejando sin protección a quienes debiera atender de manera preferente, lo que no hará la diferencia de lo que se vivía en vigencia del Plan Obligatorio de Salud, pues irremediablemente los padres de familia en representación de sus menores continuarán acudiendo a los jueces de tutela para consolidar en la práctica el derecho a la salud de los más vulnerables, y como consecuencia de ello el sistema judicial, continuará viéndose colapsado.

Incluso, ante una falsa expectativa de un Plan de Beneficios Integrales, y al mantenerse una vulneración de derechos lo menores, no es traído de los cabellos que lo que se puede

⁷⁰ El Tiempo. Con fuertes desafíos comienza en Colombia era de salud como derecho. Febrero de 2017. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16821511>

⁷¹ El Tiempo. Ley Estatutaria de Salud para “dummies”. Febrero de 2017. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15283098>.

⁷² RCN Radio. Hoy se acaba en Colombia el Plan Obligatorio de Salud (POS). Febrero de 2017. <http://www.rcnradio.com/nacional/hoy-se-acaba-colombia-plan-obligatorio-salud-pos/>

presentar es una “tutelatón”⁷³, como ha denominado el mismo legislador, a los eventos en los cuales las acciones de tutela son masivas.

Recuérdese que este fenómeno social y jurídico, fue regulado a través del Decreto 1834 de 2015, “Por el cual se adiciona el Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto número 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas.”

A través del Decreto mencionado, se pretendió mantener presentes los principios de eficacia, economía y celeridad dentro del sistema de administración de justicia, que deben orientar la protección de derechos fundamentales, bajo el entendido de que la eficacia de los derechos y los mecanismos dispuestos para su garantía, dependen de establecimiento de medidas razonables para ello.

Y no era para menos, si se tiene presente que la Corte Constitucional ha señalado de manera clara que premisas como la coherencia, seguridad jurídica e igualdad, cimientos del Estado Social de Derecho, son de obligatoria observancia para las autoridades administrativas y judiciales a quienes les asiste el deber de brindar un trato igualitario a los casos que son iguales, máxime cuando es frecuente que ante una misma acción u omisión de determinada autoridad administrativa e incluso de los particulares, de manera masiva los asociados del Estado acudan a la acción de tutela para pedir la protección de sus derechos fundamentales.

Fue por ello, que en las consideraciones del Decreto 1834 de 2015, quedo plasmado:

(...) en estos casos de acciones de tutela idénticas y masivas, presentadas contra una misma acción u omisión de una entidad pública o de un particular, el reparto de las acciones de tutela a jueces y tribunales distintos puede originar fallos contradictorios

⁷³ El término ha sido referido por el legislativo en el Decreto 1834 de 2015 “Por el cual se adiciona el Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto número 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas.”

frente a una misma situación fáctica y jurídica, lo que resulta contrario a los principios de igualdad, coherencia y seguridad jurídica;

(...) este inconveniente, por lo demás, deteriora ostensiblemente la estabilidad de las instituciones, lo cual va en detrimento de la propia vigencia de los derechos fundamentales;

(...) por lo anterior, se hace necesario establecer mecanismos de reparto y de reasignación de procesos que faciliten la resolución de estas acciones por parte de una misma autoridad judicial, con el fin de asegurar la coherencia, igualdad y homogeneidad en la solución judicial de tutelas idénticas.⁷⁴

En esa ocasión, se trajo a colación para el estudio, lo dicho por la Corte Constitucional en una sentencia del año 1999, en donde aseguró, que la acumulación era una medida que promovía el principio de economía procesal, pues al resolver un mismo funcionario judicial varios casos basados en el mismo problema jurídico, no había obstáculo para que no pudieran acumularse.⁷⁵

A partir de lo anterior, se procedió a establecer las reglas de reparto ante tutelas masivas, cuando estas persiguen la protección de los mismos derechos fundamentales:

Artículo 2.2.3.1.3.1. Reparto de acciones de tutela masivas. Las acciones de tutela que persigan la protección de los mismos derechos fundamentales, presuntamente amenazados o vulnerados por una sola y misma acción u omisión de una autoridad pública o de un particular se asignarán, todas, al despacho judicial que, según las reglas de competencia, hubiese avocado en primer lugar el conocimiento de la primera de ellas.

⁷⁴ Decreto 1834 de 2015 “Por el cual se adiciona el Decreto número 1069 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector de Justicia y del Derecho, y se reglamenta parcialmente el artículo 37 del Decreto número 2591 de 1991, en lo relativo a las reglas de reparto para acciones de tutela masivas.”.

⁷⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-1017 de 1999. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

A dicho Despacho se remitirán las tutelas de iguales características que con posterioridad se presenten, incluso después del fallo de instancia.

Para tal fin, la autoridad pública o el particular contra quienes se dirija la acción deberán indicar al juez competente, en el informe de contestación, la existencia de acciones de tutela anteriores que se hubiesen presentado en su contra por la misma acción u omisión, en los términos del presente artículo, señalando el despacho que, en primer lugar, avocó conocimiento, sin perjuicio de que el accionante o el juez previamente hayan podido indicar o tener conocimiento de esa situación.⁷⁶

Indica el mismo decreto, que una vez el juez sepa que por la misma conducta u omisión se presentaron otras acciones de tutela, remitirá el expediente dentro de las 24 horas, al juez que conoció de ello en primer lugar.

Ahora bien, para evitar un desequilibrio en la carga laboral de los despachos judiciales la medida propuso que las tutelas asignadas fueran tenidas en cuenta por las oficinas de reparto, ya que el juez que recibiera las tutelas era encargado de acumularlas y fallarlas en una misma providencia. El auto de acumulación no sería susceptible de recurso.⁷⁷

Sin embargo, y aún con un decreto vigente que da tratamiento a las tutelas masivas, no se logra consolidar una protección verídica del derecho a la salud de los menores, ya que el sistema de justicia no debiera ser el encargado de resolver los problemas de otros sistemas. Esta afirmación es hecha, ante la clara crisis del sistema de justicia colombiano, en donde hay exceso de pedidos de justicia y pocas herramientas materiales y humanas en la rama judicial.

Es más, el día 4 de enero de 2019, a través de su página web el diario El Tiempo, realizó el siguiente análisis de las tutelas en materia de salud durante el 2018:

⁷⁶Corte Constitucional. Sentencia T-1017 de 1999. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁷ Ibídem.

“Aunque hace más de 10 años la Corte Constitucional le ordenó al Ministerio de Salud tomar una serie de medidas para reducir el número de tutelas en las que los colombianos piden servicios de salud, los últimos gobiernos no lograron cumplir las metas que impuso el alto tribunal.

*Según un balance de la misma Corte, hasta el 29 de noviembre del año pasado se habían presentado 197.055 tutelas exigiendo servicios de salud, un promedio de 539 diarias. Este derecho es el segundo más vulnerado en el país, después del de petición, que ocupa el 44 por ciento del total de las 583.200 tutelas tramitadas en el 2018 por diferentes asuntos. La cifra de tutelas en salud es dramática pues, si se compara con la de 1999, cuando se presentaban 21.301 de estos recursos, ha crecido un 825 por ciento (ver infografía). Y si se compara con la del 2008 –año en el que la Corte emitió el fallo en el que le ordena al Gobierno bajar las tutelas, afirmando que la vía judicial no podía ser el mecanismo para acceder a los servicios de salud–, **estos recursos han crecido un 37 por ciento.***

*Eso significa que lejos de bajar, el número de peticiones para la salud de los colombianos y que terminan llegando a los estrados judiciales, siguen al alza. Y fuera de tratarse de tutelas sin fundamento, **por lo menos el 86 por ciento fueron concedidas en primera instancia, lo que muestra que los colombianos tenían razón en su reclamo.** Esa cifra podría ser incluso mayor si se tiene en cuenta que, a veces, cuando sale el fallo el hecho ya fue superado o el paciente murió.*

*De hecho, el alto número de tutelas en salud llevó este año a la Procuraduría, a través de su delegado para Salud, Luis Adolfo Díazgrados, a cuestionar los obstáculos que encuentran los usuarios y a señalar que “la puerta de entrada al sistema de salud es la vía judicial, y eso no puede ser”.
(...)*

*Del balance de la Corte llama la atención que lo más tutelado, **con 66.282 de estos recursos, es la práctica oportuna de los procedimientos médicos (30,52 %), y la entrega oportuna de medicamentos e insumos (22,17 %).***

Los colombianos también reclamaron en 21.146 tutelas porque no les asignan citas médicas, o en 21.382 casos por no contar con transporte o viáticos para poder acceder a los servicios de salud.

Fuentes del grupo de la Defensoría del Pueblo que realiza desde 2008 –tras la orden de la Corte– un estudio del comportamiento de las tutelas en salud, aseguran que pese a las medidas tomadas por el Gobierno, **ninguna ha servido para aliviar la crisis del sistema. Ni siquiera la Ley Estatutaria de Salud del 2015 que eleva este servicio a derecho fundamental.**

Una prueba de la crisis, señala el estudio de la Defensoría, es que mientras antes se presentaban recursos judiciales para asuntos complejos, **ahora las tutelas se dan hasta para lo más sencillo, como para pedir la entrega de acetaminofén o Ibuprofeno**, medicinas que están en el Plan Obligatorio de Salud o Plan Básico de Servicios y que, con mayor razón, no deberían tener que pasar por un juez.

Según el balance de la Corte, el año pasado **hubo 17.261 acciones judiciales por un medicamento que sí estaba incluido** y que debió ser entregado sin ninguna traba. Por medicamentos e insumos excluidos del plan básico se presentaron 6.468 tutelas.

Las especialidades más frecuentes en las tutelas son neurología, con el 11 por ciento, ortopedia (11 por ciento) y oncología (9,49 por ciento). Precisamente, en un fallo de hace tres meses, la Corte regañó al Minsalud y a la Supersalud recordándoles que los pacientes con enfermedades como cáncer deben ser atendidos de forma prioritaria. Esto porque, en promedio, tienen que superar hasta 30 trámites para un diagnóstico, y esperar tres meses para iniciar un tratamiento.”⁷⁸

⁷⁸ Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/balance-de-tutelas-por-servicios-de-salud-del-2018-311250>.

Como se puede evidenciar, es evidente que en nada se ha conjurado el problema que viene atravesando desde décadas el derecho a la salud en el país, por lo que queda demostrado que el juez constitucional es la única esperanza no solo para los niños, niñas y adolescentes sino de toda la población colombiana, que padece el flagelo de un sistema de salud desinteresado y descoordinado, ahora más, ante un plan de beneficios de salud propuesto sin planeación financiera.

Esto se mantendrá así, mientras que las autoridades y las ramas del poder público comienzan a trabajar bajo el principio constitucional de colaboración armónica, implementando medidas certeras para que los niños y niñas encuentren en lo cotidiano sus derechos fundamentales, sin tener que acudir a los formalismos y a la acción de tutela, que, aunque benévola, no debiera ser la condición para la protección de sus derechos. Tendrá que apelar la rama judicial al tratamiento normativo establecido para las tutelas masivas, para que merme la disparidad de criterios y se obligue a las entidades y autoridades a actuar de manera responsable, acorde con los principios de la Constitución Política y el Bloque de Constitucionalidad.

CONCLUSIONES

En primer lugar, es apropiado concluir que una vez analizadas las teorías críticas de los derechos humanos: universalidad, interés superior, garantismo y reinención de los derechos; es notorio que los doctrinantes convergen en un punto de análisis respecto del derecho a la salud, y es, el hecho de que todos consideran y sustentan su vocación por determinada teoría en que esta prerrogativa de carácter fundamental representa una gran incidencia para el disfrute de una vida en condiciones de dignidad. Es decir, todas las teorías se fundan en la dignidad humana, y esto ocurre porque en la práctica se trata de un derecho que, aunque es autónomo, permite la garantía de otros derechos, y coadyuva con la concepción y materialización de una vida en condiciones dignidad para los asociados del Estado.

Ahora bien, este derecho de gran trascendencia jurídica y social, resulta apremiante cuando se trata de su vigencia para los niños, niñas y adolescentes, quienes han sido catalogados como sujetos de especial protección y de quienes se predica un interés superior.

Respecto de la vigencia y aplicación de las teorías, tenemos que la del interés superior, resulta tener gran acogida al interior de los análisis hechos por la Corte Constitucional y también fue incluida en el texto constitucional y la legislación, como por ejemplo la Ley 1098 de 2006. De manera similar, ocurre con la teoría de la universalidad, la que ha sido reiterada en los pronunciamientos del alto tribunal, para buscar significar que hay unos derechos que son inherentes a la condición humana, dentro de ellos se encuentra el de la salud.

Estas dos teorías han sido predominantes para los análisis de la Corte, y de manera reciente y especial se visibiliza su aplicación en los pronunciamientos SU 696 de 2015 y SU 677 de 2017. Allí, aunque se aborda otros aspectos jurídicos, sí se puede afirmar que cuando se resuelve el caso particular, es la teoría de interés superior de los menores la que sirve de fundamento para adoptar la decisión final; por su parte aunque no se

mencionó de manera taxativa, también se infiere que tuvo influencia la teoría de la universalidad, dado que se tomaron acciones positivas en favor de la protección de los derechos de los menores, indistintamente de su nacionalidad, lo que deja ver que primó su condición humana y por lo tanto los derechos inherentes a ella.

También se determinó con este análisis que la teoría del garantismo, la que se refiere a que los Derechos Fundamentales no requieren de otros medios para hacerse efectivos, no tiene una aplicación real. Pues el derecho a la salud en un Estado Social y Democrático como el colombiano en la mayoría de las veces ha requerido garantizarse a través de un mecanismo de protección de los Derechos Humanos como es la Acción de Tutela.

Lo anterior, es decir, la ausencia de la aplicación de la teoría del garantismo en el derecho a la salud, puede notarse en el caso ventilado en la Sentencia SU 677 de 2017, evento en el que ante la negligencia y omisión de las autoridades de garantizar el derecho fundamental a la salud, la Corte Constitucional debió advertir al Hospital inmerso en el debate que no podría volver a incurrir en acciones que vulneraran los derechos fundamentales tanto de las gestantes, así como de los niños, y le solicitó dar estricto cumplimiento a las reglas jurisprudenciales fijados por ese tribunal en lo relacionado con la atención básica y de urgencias a los extranjeros con permanencia irregular en Colombia. En similar sentido ocurrió con la Registraduría Nacional del Estado Civil, a quien le advirtió que no podría volver a incurrir en retraso o denegación del registro civil de nacimiento de los hijos e hijas de los extranjeros con permanencia irregular que haya tenido lugar en Colombia.

En lo que tiene que ver con la teoría de la reinversión de los derechos, se denota que se ha abierto paso con gran dificultad, ya que de acuerdo con el estudio, es la Corte Constitucional la que aboga por mantener vigente el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, por demás, las autoridades tienen un avance tardío en la materialización de esta garantía fundamental, porque esperan generalmente a que sea una orden judicial la que les imponga adelantar alguna gestión tendiente a la protección

del derecho fundamental a la salud. No obstante, es notorio que social y colectivamente de manera permanente se aboga por una vida digna para los colombianos, a partir del aseguramiento del derecho a la salud.

En segundo lugar, el trabajo realizado evidencia que en materia legislativa y en lo que se refiere al derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes, el Estado colombiano ha enriquecido las normativas a partir del contenido de la Convención de los Derechos del Niño de 1989. De este modo, internamente se ha definido como fundamental este derecho, y se han ido estableciendo para su materialización las condiciones, obligaciones y límites en cabeza de las autoridades y de los demás actores sociales.

No obstante, también se puede evidenciar que no solo es menester contar con un sin número de normas nacionales e internacionales relativas al derecho a la salud de la infancia y la adolescencia, sino se da la correcta y oportuna aplicación a las mismas.

En tercer lugar, a todas luces se puede afirmar que no han sido las autoridades públicas las que han garantizado el derecho a la salud de los menores; por lo que el mecanismo de la tutela, ha sido por excelencia el instrumento utilizado para la garantía de su derecho, situación que además de generar el desgaste de quienes acuden al sistema judicial también lo ha sido de este mismo, pues se encuentra colapsado debido a la cantidad de pedidos de protección de derechos fundamentales.

Frente al particular la propia Corte Constitucional, ha referido a lo largo de sus pronunciamientos que, ante la debilidad de los procedimientos y normas para garantizar el derecho a la salud, indudablemente es la acción de tutela la que logra conjurar el menoscabo de este derecho fundamental frente a las omisiones de las autoridades y otros actores.

En cuarto lugar, se observa que las debilidades de un sistema creado bajo la ley 1751 de 2015, a la luz de la vida jurídica del Estado siguen causando daño a los bienes jurídicos

tutelados en la Carta Constitucional y otras normas de especial referencia como la Ley 1098 de 2006.

Así las cosas, se necesitan cambios estructurales que permitan una garantía de cumplimiento a los derechos fundamentales de los niños y niñas especialmente en la salud, colorario de la anterior no se evidencia la eficacia de prestación de los servicios de salud a los niños y niñas, por ende, su degradación.

A partir de las anteriores conclusiones, se aporta un análisis crítico a la medida adoptada mediante la Ley 1751 de 2015, en un contexto social en el que todos los días se acude a la acción de tutela para garantizar el derecho a la salud, lo que permite inferir que para que haya eficacia de ese derecho, más que reformas superficiales, se requiere de aunar esfuerzos por parte de todas las entidades encargadas de regular el sistema de salud, a partir de la aceptación de que se trata de un derecho humano y fundamental que debe ser objeto de construcción y que por ello requiere de acciones progresivas para que logre mantenerse vigente, especialmente para los más vulnerables como lo son los niños, niñas y adolescentes.

BIBLIOGRAFÍA

- ACADEMIA AMERICANA DE PEDIATRÍA. DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LOS SERVICIOS DE SALUD. Manual de formación de formadores para el equipo de la salud. Argentina: FLACSO. 2011.
- ACUÑA, María Cecilia. Exclusión, protección social y derecho a la salud. Unidad de Políticas y Sistemas de Salud. Área de Desarrollo Estratégico de la Salud. OPS-OMS. 20105.
- AGUILERA PORTALES, Rafael E. TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. Perú: GRILEY. 2011.
- ARBELÁEZ, Mónica. La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *DS: Derecho y salud*, 2006, vol. 14, no 2, p. 205-240.
- BARONA BETANCOURT, Ricardo. La Salud es un Derecho Fundamental a partir de la Ley Estatutaria. *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Vol. 3, núm. 2. 2015.
- CARBONELL, Miguel. Los Derechos fundamentales en México, citado por GAÑAN, Jaime. De la Naturaleza jurídica del Derecho a la salud en Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2011.
- CAMARGO, Pedro P. MANUAL DE DERECHOS HUMANOS. 1 ed. Colombia: EDITORIAL LEYER. 1995.
- CARDENAS, Elena. Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. Universidad del Norte. 2013.

- DEFENSORIA DEL PUEBLO. El Derecho a la Salud en la Constitución, la Jurisprudencia y los Tratados Internacionales. Bogotá, 2003.
- EL TIEMPO. Con fuertes desafíos comienza en Colombia era de salud como derecho. Febrero de 2017. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16821511>
- EL TIEMPO. Ley Estatutaria de Salud para “dummies”. Febrero de 2017. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-15283098>.
- GAÑAN, Jaime. De la Naturaleza jurídica del Derecho a la salud en Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2011.
- GARCÍA LOZANO, Soledad. El Interés Superior del Niño. Universidad Nacional Autónoma de México. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XVI, 2016.
- GIEDION, Úrsula, VILLAR, Manuela y AVILA, Adriana. Los sistemas de salud en Latinoamérica y el papel del seguro privado. Instituto de Ciencias del Seguro. Fundación MAFPRE, 2010.
- GUERRA, Ana. Universalidad de los derechos fundamentales, multiculturalismo y dignidad humana: una aproximación desde la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 48 (2014).
- HERNÁNDEZ, Ildefonso. Calidad de gobierno y políticas de salud. Universidad Miguel Hernández. (s.f).
- HERRERA FLORES, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Sevilla: Atrapasueños, 2008.
- LOZANO, Agustín. Los Derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 14 (1), pp. 67-79.
- MANTILLA, Blanca Patricia. Evolución conceptual y normativa de la promoción de la salud en Colombia. 2011.
- MEJIA, Luz Mery. El POS del SGSSS: sus antecedentes, su trayectoria y su eliminación. Facultad Nacional de Salud Pública. Universidad de Antioquia, Medellín, 2017.

- MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.
<https://www.minsalud.gov.co/Paginas/default.aspx>.
- MORLACHETTI, Alejandro. Hacia la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes en el Sistema Interamericano. (s.f).
- RAMIREZ RAMIREZ, Andrés, et al. Implicaciones de la Ley estatutaria 1751 de 2015 sobre las entidades promotoras de salud del régimen contributivo.
- RCN RADIO. Hoy se acaba en Colombia el Plan Obligatorio de Salud (POS). Febrero de 2017. <http://www.rcnradio.com/nacional/hoy-se-acaba-colombia-plan-obligatorio-salud-pos/>.
- RUIZ RODRIGUEZ, Virgilio. Derechos humanos, universales. En-clav. pen [online]., vol.1, n.1 pp.155-166. 2007.
- TAMAYO, Juan J. 10 Palabras clave sobre DERECHOS HUMANOS. España: Editorial Verbo Divino. 2005.
- TORRES, Fermín y GARCÍA, Francisco. El interés superior del niño en la perspectiva del garantismo. México. UNAM, 2007.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional. Sentencia T-008 de 1992. M.P: Fabio Morón Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-008-92.htm>.
- Corte Constitucional. T-029 de 1994. M.P: Vladimiro Naranjo Mesa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-029-94.htm>.
- Corte Constitucional. T-424 de 1995. M.P: Antonio Barrera Carbonell. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-424-95.htm>.
- Corte Constitucional. Auto 034 de 1996. M.P: José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/1996/A034-96.htm>.
- Corte Constitucional. T-215 de 1996. M.P: Fabio Morón Díaz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-215-96.htm>.

- Corte Constitucional. Auto 027 de 1998. M.P: José Gregorio Hernández Galindo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/Autos/1998/A027-98.htm>.
- Corte Constitucional. SU-225 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/SU225-98.htm>.
- Corte Constitucional. T-801 de 1998. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-801-98.htm>.
- Corte Constitucional. SU-819 de 1999. M.P: Álvaro Tafur Galvis. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su819-99.htm>.
- Corte Constitucional. T-1220 de 2001. M.P: Álvaro Tafur Galvis. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1220-01.htm>.
- Corte Constitucional. C-157 de 2002. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-157-02.htm>.
- Corte Constitucional. C- 067 de 2003. M.P: Margo Gerardo Monroy Cabra. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>.
- Corte Constitucional. T-227 de 2003. M.P: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-227-03.htm>.
- Corte Constitucional. T-510 de 2003. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm>.
- Corte Constitucional. C-172 de 2004. M.P: Jaime Córdoba Triviño. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-172-04.htm>.
- Corte Constitucional. T-232 de 2004. M.P: Álvaro Tafur Galvis. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-232-04.htm>.
- Corte Constitucional. T-397 de 2004. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/T-397-04.htm>.

- Corte Constitucional. T-307 de 2006, M. P: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-307-06.htm>.
- Corte Constitucional. T-037 de 2007. M.P: Nilson Pinilla Pinilla. Recuperad de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-037-07.htm>.
- Corte Constitucional. T-200 de 2007. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-200-07.htm>.
- Corte Constitucional. T- 417 de 2007 M.P: Álvaro Tafur Galvis. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-417-07.htm>.
- Corte Constitucional. T-964 de 2007. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-964-07.htm>.
- Corte Constitucional. T-760 de 2008. M.P: Manuel José Cepeda Espinoza. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm>.
- Corte Constitucional. T-1271 de 2008. M.P: Mauricio González Cuervo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-1271-08.htm>.
- Corte Constitucional. C-468 de 2009. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-468-09.htm>.
- Corte Constitucional.T-170 de 2010. M.P: Mauricio González Cuervo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-170-10.htm>.
- Corte Constitucional. T-572 de 2010. M.P: Juan Carlos Henao. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-572-10.htm>.
- Corte Constitucional. T-765 de 2011. M.P: Nilson Pinilla Pinilla. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-765-11.htm>.
- Corte Constitucional. T-260 de 2012. M.P: Humberto Antonio Sierra Porto. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-260-12.HTM>.
- Corte Constitucional. T-036 de 2013. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-036-13.htm>.

- Corte Constitucional. T-206 de 2013. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-206-13.htm>.
- Corte Constitucional. T-075 de 2013. M.P: Nilson Pinilla Pinilla. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-075-13.htm>.
- Corte Constitucional. T-610 de 2013. M.P: Nilson Pinilla Pinilla. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-610-13.htm>.
- Corte Constitucional. T-200 de 2014. M.P: Alberto Rojas Ríos. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/T-200-14.htm>.
- Corte Constitucional. C-239 de 2014. M.P: Mauricio González Cuervo. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-239-14.htm>.
- Corte Constitucional. SU-696 de 2015. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm>.
- Corte Constitucional. C-262 de 2016. M.P: Jorge Iván Palacio Palacio. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-262-16.htm>.
- Corte Constitucional. C-362 de 2016 M.P: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-362-16.htm>.
- Corte Constitucional. T-544 de 2017. M.P: Manuel José Cepeda Espinosa. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-544-17.htm>.
- Corte Constitucional. SU-677 de 2017. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU677-17.htm>.
- Corte Constitucional. T-196 de 2018. M.P: Cristina Pardo Schlesinger. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-196-18.htm>.

Legislación

- Constitución Política de Colombia. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

- Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946. Recuperado de https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.
- Convención de los Derechos del Niño de 1989. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- Decreto 2591 de 1991. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5304>.
- Ley 100 de 1993. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html.
- Ley 1098 de 2006. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=22106>.
- Decreto 1069 de 2015. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74174>.
- Decreto 1834 de 2015. Recuperado de <https://www.serviciocivil.gov.co/portal/transparencia/marco-legal/normatividad/decreto-1834-de-2015>.
- Ley 1751 de 2015. Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html.