

**LA TUTELA COMO MECANISMO PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO
FUNDAMENTAL A LA SALUD
(Requisitos jurídicos necesarios para efectivizar su aplicación y análisis
jurisprudencial de los fallos emitidos por la corte constitucional durante el año
2014)**

**SEBASTIAN MORENO MOSQUERA
LINA PEÑARANDA MARQUEZ
TOMAS NUÑEZ**

Artículo de investigación para optar el título de especialista en Derecho Administrativo



UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

VALLEDUPAR – CESAR – COLOMBIA

2015

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	3
Palabras Clave.....	3
Keywords	4
TEMA DE INVESTIGACION	4
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	5
PREGUNTA DE INVESTIGACION	7
HIPOTESIS	8
OBJETIVO GENERAL	9
OBJETIVOS ESPECIFICOS	9
ESTADO DEL ARTE	10
INTRODUCCION	16
DESARROLLO DEL TRABAJO	19
La Salud como nuevo derecho fundamental.....	21
Análisis de la jurisprudencia en torno al tema de la Salud, emitida por la Corte Constitucional para el año 2014.....	26
CONCLUSIONES.....	32

RESUMEN

Es la acción de tutela una de las herramientas más importantes para la defensa de los derechos fundamentales de nuestra sociedad; su practicidad y el fácil procedimiento para su implementación, permiten al usuario la defensa de su interés jurídico de manera pronta y oportuna, impidiendo daños irreversibles que pudieran presentarse si no se tomasen las medidas del caso. Este mecanismo para la protección de los derechos fundamentales ubicado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, es el idóneo para proteger el derecho a la Salud muchas veces conculcado por diferentes actores del sector salud, por lo cual, es necesario establecer los momentos en que la tutela cobra mayor importancia, teniendo en cuenta que la afectación a un derecho como el de la salud puede tener efectos tan nocivos como los que puede provocar una enfermedad catastrófica. En el presente trabajo, se analizará cuándo puede ser aplicada y los alcances de la misma, el cual quizás no fue previsto en sus orígenes, además, se analizarán diferentes fallos emitidos por la Corte Constitucional cuyo objeto es el reconocimiento al derecho a la salud como un derecho fundamental y no como uno conexo a la vida, como anteriormente era visto en el ámbito jurídico.

Palabras Clave: Acción de Tutela, Derechos Fundamentales, Mecanismo de protección, Jurisprudencia, Corte Constitucional.

ABSTRAC

It is the tutela one of the most important tools for the defense of fundamental rights in our society; its practicality and easy procedure for its implementation, permit the user to defend his legal interest in a prompt and timely manner, preventing irreversible damage that may occur if appropriate measures are not to take. This mechanism for the protection of fundamental rights based on Article 86 of the Constitution of Colombia, is the right to protect the right to health often violated by various actors in the health sector, therefore, it is necessary to establish the moments in that protection becomes more important, considering that the involvement of a right as health can be as harmful as it can cause a catastrophic illness effects. In this paper, we will discuss when it can be applied and the scope of it, which perhaps was not foreseen in its origins, also different rulings of the Constitutional Court whose object is the recognition of the right to health as discussed a fundamental right and not as one related to life, as was previously seen in the legal field.

Keywords: Tutela, Fundamental Rights, Protection Mechanism, Jurisprudence, Constitutional Court.

TEMA DE INVESTIGACION

La Acción Constitucional de Tutela como mecanismo para la protección del derecho fundamental a la Salud.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Colombia como Estado Social de Derecho, democrático y pluralista, garante de la dignidad humana, reconocido por la misma Constitución, es un país llamado a proteger y defender las garantías constitucionales de interés general para todos los ciudadanos, en especial la protección de los derechos fundamentales.

Si se parte del hecho que la realidad social, jurídica y política del país, está en crisis, la cual se refleja con trabas en la administración de justicia, la ineficiencia en la prestación de los servicios públicos, entre los que se cuenta el Sistema General de Seguridad Social en Salud; el sector salud es uno de los más afectados a nivel general en Colombia; esta problemática que viene desde hace mucho tiempo atrás, ha sido consecuencia de la falta de control por parte del Estado para frenar el abuso de poder y la arbitrariedad de las instituciones.

A partir de la instauración en Colombia de la ley 100 de 1993, se generaron grandes cambios en la prestación del servicio de salud a lo largo y ancho del país; desde entonces han existido graves inconvenientes en la respuesta oportuna y satisfactoria de las necesidades médicas de los colombianos. Esta ley significó la privatización de la salud y con ella, grandes disparidades sociales, ya que no tiene en cuenta con equidad a aquellos individuos que trabajan sin vinculación empresarial, es decir, los trabajadores independientes que no dependen de un sueldo estable, ni aquellos que no tienen una ubicación laboral de ningún tipo. Para estos últimos se creó un programa gubernamental de subsidios que también adolece de ineficiencia e iniquidad.

Los principales problemas de la prestación de los servicios de salud se encuentran en la cobertura de los programas; nos referimos al acceso a medicamentos y a servicios contemplados dentro del Plan Obligatorio Salud¹, en el que se escudan las instituciones para evadir algunas de sus responsabilidades con el usuario.

La ley 100 además impuso una estructura que generó burocracia; el resultado de esto es la prestación inhumana, problemas de descuido médico y un desinterés profundo principalmente de parte de las personas del área administrativa por los usuarios, pues los trámites que deben realizar pacientes y familiares de enfermos son complicados, tediosos y largos, los cuales hacen que el acceso a cualquier tratamiento, medicamento y/o procedimiento sea algo en ciertos casos, inalcanzable. Aunque legalmente el servicio debiera garantizar una cobertura universal, estos programas tienen limitaciones que obligan a los usuarios a usar vías judiciales como la tutela, para que las Empresas Prestadoras de Salud² respondan con todas sus obligaciones.

Es por esto que existe además un fuerte movimiento que busca defender la acción de tutela como mecanismo válido para la defensa de los derechos humanos y civiles, puntualmente, el derecho a la salud que en otrora se tenía que alegar como conexo a la vida para que pudiera ser salvaguardado, pero que actualmente goza de plena protección constitucional como un derecho que sin necesidad de conexión a otro, es igualmente importante. El gobierno ha presentado un proyecto para modificar los alcances de esta

¹ En adelante POS

² En adelante EPS

herramienta ciudadana; de hacerlo, se generaría indefectiblemente una mayor polarización del estado actual de las relaciones, no sólo entre las entidades prestadoras de salud (privadas y estatales), sino en general en las formas de vinculación entre los ciudadanos y cualquier institución que pueda, por su tipo de trabajo, desconocer los derechos de los primeros.

PREGUNTA DE INVESTIGACION

¿De conformidad con los diferentes fallos de Acciones de Tutela emanados por la Corte Constitucional durante el año 2014, es esta acción el mecanismo efectivo para el reconocimiento del derecho fundamental a la Salud?

HIPOTESIS

La Acción de Tutela es un mecanismo efectivo para el reconocimiento del derecho fundamental a la Salud, en razón a que ésta acción tiene procedencia cuando las entidades públicas del sector de la salud vulneran el mencionado derecho fundamental; lo anterior tiene sustento en los numerosos fallos proferidos por este cuerpo colegiado en el año 2014 y que tienen que ver con reconocimiento del derecho a la salud como un derecho fundamental y que de paso y sin necesidad de conexión pero si de asociación, se debe indicar que afecta otro derecho igualmente importante como lo es el derecho a la vida, situación que dentro de un Estado Social de Derecho como el colombiano no puede permitirse.

OBJETIVO GENERAL

Determinar si la acción de tutela es un mecanismo efectivo para la protección de derecho fundamental a la Salud mediante el análisis jurisprudencial de los fallos de tutela generados por la Corte Constitucional durante el año 2014.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Establecer que es la acción de tutela y los requisitos para su aplicación.
- Determinar cuál es la actual reglamentación existente para la aplicación de la acción de tutela.
- Analizar los fallos de tutela cuyo objeto es el reconocimiento al derecho a la salud, emanados de la corte constitucional durante el año 2014.

ESTADO DEL ARTE

La Constitución Política de Colombia consagra para sus ciudadanos una serie de derechos, teniendo en cuenta lo anterior, los ciudadanos son el sujeto activo; y un sujeto pasivo, en este caso el Estado, quien está obligado a satisfacer esos derechos, es decir; es el Estado quien debe garantizar la vida, honra y bienes de los ciudadanos, tal como se indica en el articulado constitucional. Un ejemplo palpable de esto es el indicado por la Dra. Lina Mogollón quien en su tesis de Maestría en Derecho con profundización en derecho constitucional, indica:

Si bien no está explícita una prestación definida como sería “Juan tiene el derecho a que se le suministre sin interrupción un tratamiento médico para su artritis hasta tanto sienta mejoría”, si existe en términos generales que toda persona tiene el derecho a la salud, correspondiéndole a las autoridades estatales en el marco de sus funciones propender por su satisfacción. (2013, pág. 16).

El debate sobre el tema de la protección del derecho a la salud desde la teoría de los derechos humanos, ha sido duramente cuestionada y se llega a un interrogante, si es un derecho fundamental en sí mismo, o si lo es en conexidad con el derecho a la vida y otros derechos?; no obstante, y tal como lo nombra el Ministerio Público:

Se inscribe dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, por lo tanto, para el Estado colombiano, la salud considerada desde los derechos

humanos, como una obligación y responsabilidad adquirida al suscribir los pactos internacionales tanto los reconocidos como derechos fundamentales, como los de carácter prestacional, como el servicio a la salud, y para que no se conviertan en un simple enunciado de papel, sujeto a voluntad de la administración, se debe crear la legislación pertinente. (Procuraduría General de la Nación de Colombia, 2008, pág. 28).

Al momento en que el Estado colombiano suscribe, se adhesiona o ratifica un pacto o tratado de derechos humanos, se entienden incorporadas las disposiciones de éstos al ordenamiento nacional bajo el concepto de “bloque de constitucionalidad”, que según la misma Corte Constitucional de Colombia hace referencia a normas y principios del orden constitucional; “normas y principios como parámetros de análisis de constitucionalidad de una disposición; instrumentos jurídicos para valorar una situación de hecho y decidir sobre un caso particular”. (Procuraduría General de la Nación de Colombia, 2008, pág. 28).

Sin embargo, algunos tratadistas y personajes de la política tienden a cuestionar la fuerza jurídica de los derechos sociales, con el argumento de que se trata de derechos de realización progresiva, no obstante, la Organización de Naciones Unidas³, en Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales realizó sendas observaciones generales las cuales deben ser adoptadas por los Estados parte, en el caso colombiano, deben ser tenidas en cuenta para mejorar el problema latente de salud que se vive en todo el territorio colombiano, la Observación General No. 14 “El derecho al disfrute del más alto

³ En adelante ONU

nivel posible de salud”, que analiza el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conceptúa que “existen derechos sociales que deben ser atendidos de inmediato y también indica la relativa al disfrute del más alto nivel de goce a la salud, lo que le confiere a este derecho su caracterización como derecho fundamental en sí mismo”. (2008, pág. 96).

Por su parte, en relación con los lineamientos del derecho internacional acabados de citar, la Corte Constitucional de Colombia, ha acogido en su doctrina en relación con este derecho, que a pesar que la salud se considere un “servicio prestacional”, no excluye para ciertos aspectos, su carácter de fundamental y mucho menos, exime de obligaciones a las autoridades para lograr la plena realización de tales derechos, como queda consignado en varias de sus sentencias, entre otras, la sentencia C-021 (1997), la cual trata la constitucionalidad del llamado Protocolo de San Salvador sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en Colombia mediante la Ley 319 (1996).

El organismo internacional que vigila el tema de la salud, esto es, la Organización Mundial de la Salud⁴, es clara cuando asevera que la situación de la salud en el mundo no es la mejor, y esta situación se debe a muchos factores entre los que se cuenta que el carácter mercantilista que se desarrolla en este sector, haciendo que el presupuesto asignado para invertir en éste, que ha sido restringido y desviado a hacia otras prioridades o en el peor de los casos, cae en las arcas de los funcionarios públicos corruptos.

⁴ En adelante OMS

Además de lo anterior, el sector de la salud adolece de una enorme falta de políticas públicas con las cuales puede corregirse el rumbo del mismo, no obstante, se orientan de manera tal que contribuyen poco a la equidad y la justicia social y esto pasa a nivel regional, en los demás países de Latinoamérica se sigue el mismo esquema de inequidad, ya que, “como derecho humano, su disfrute se ha visto condicionado por la pugna entre economía y justicia” OMS citado por Valbuena (2010, pág. 7), lo que hace que “la salud sea en la práctica más un servicio accesible según el estatus económico que un verdadero derecho humano básico”, tal como lo trae a colación el Dr. Valbuena citando a Linares. (2010, pág. 7)

Por lo tanto, al abordarse el concepto de “justiciabilidad del derecho a la salud”, se refiere al poder que los actores tienen para exigir del Estado que le brinden las garantías de acceso a la salud y todo lo que esto conlleve, que además lo protejan y parafraseando un poco el anterior tratadista, que le garanticen y hagan efectivo ese derecho, ofreciendo recursos judiciales para tales fines; en el caso de Colombia, el mecanismo idóneo para tal fin es la Acción de Tutela; en voz del Dr. Rodríguez citado por Valbuena, “la justiciabilidad es la posibilidad de acceder a la vía judicial para reclamar el cumplimiento de obligaciones que constituyen el contenido del objeto de un derecho”. (2010, pág. 95).

Con respecto a lo que se denomina “judiciabilidad”, “consiste en la facilidad con la cual las partes interesadas pueden llevar el conflicto ante conocimiento de un juez para que lo dirima, y la “justiciabilidad” radica en los poderes y habilidades que tiene la rama judicial para dictar sentencia sobre un conflicto de manera que dicha intervención es

considerada como técnicamente competente y políticamente legítima dentro de un determinado subsistema social". (Lopez, s.f.).

En relación con el derecho a la salud, aunque la Constitución de Colombia no lo establece de manera expresa como derecho fundamental, se puede afirmar o interpretar, de una parte, que el artículo 94 de la misma Constitución Política lo protege: "La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, figuren expresamente en ellos". (Constitución Política de Colombia, 1991): Además, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo ha declarado de carácter fundamental en varias de sus sentencias, en especial en el contenido de la Sentencia T-760 (2008).

Así mismo, en la Constitución colombiana, se hace una consagración más puntual del derecho a la salud. Los artículos 44, 49, 50, 54, 64, 78, 336 y 356, mencionan el derecho a la salud de los niños; la atención de la salud, el saneamiento ambiental y la salud como derecho deber; el derecho a la salud de los niños menores de un año; la garantía de trabajo acorde con las condiciones de salud para los minusválidos; el acceso de los trabajadores agrarios a los servicios de salud; la protección de la salud de consumidores y usuarios; destino de ciertas rentas a los servicios de salud; destino de recursos del Sistema Nacional de Participaciones al servicio de salud; respectivamente. (Valbuena, 2010, pág. 90).

De lo anterior se puede concluir que el derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías: 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 admitir su tutelabilidad; reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tuteante es un sujeto de especial protección; afirmando su fundamentalidad en 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. (Sentencia T-760, 2008).

Se conoce que la ley 100 de 1993 con las leyes que la modifican y sus decretos reglamentarios, conforman el marco legal del Sistema de Seguridad Social de Salud de Colombia, y una de las contingencias que cubre es precisamente la salud. “la persona se afilia al Sistema no a una de las entidades integrantes del mismo” (Sentencia C-112, 1998). Es, además, un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control están a cargo del Estado”. (Dueñas, 2009, pág. 328).

Indica el mencionado tratadista que se “contempla la figura del afiliado dentro de los dos regímenes, contributivo o subsidiado y de participante vinculado. En el régimen contributivo, los afiliados pueden ser de dos tipos, los afiliados propiamente dichos que son aquellas personas que cotizan al sistema, y los beneficiarios, que son aquellas personas que hacen parte del sistema a través del afiliado” (2009, pág. 328).

INTRODUCCION

La acción de tutela se encuentra normada en el art. 86 de la Carta Política de 1991, posteriormente reglamentada por el decreto 2591 del mismo año, constituye un recurso de protección de los derechos fundamentales incluidos en la misma Constitución, entre los cuales se agrega por conexidad, el denominado derecho a la salud, y aunque por sí mismo, no se considera fundamental, si es primordial la necesidad de que el Estado garantice el derecho que los ciudadanos tienen que solicitar su protección, bien sea de oficio o de parte, su protección ante un juez, ordenando las medidas provisionales que considere convenientes para que se suspendan las condiciones, de acción u omisión que vulneren la vida, la integridad y la dignidad humana, esto es amenacen su supervivencia.

El interés para abordar ese tema radica no sólo en el problema que significa el acceso a los servicios de salud de manera eficaz dado el diseño mercantilista del sistema general de seguridad social en salud que rige en la actualidad en Colombia, sino también, por el abuso en la utilización de esta figura al momento de decidir sobre un asunto que en muchos casos es competencia de un proceso por vía judicial ordinaria; lo anterior, sin detrimento de la decisión del juez, cuando haya necesidad de dictar medidas provisionales u otra clase de recursos judiciales que la ley permite de carácter cautelar, preventivo o transitorio, en el instante que la situación de vulneración o indefensión lo amerite, orientada a garantizar y proteger los derechos fundamentales y a evitar que se produzcan daños previstos, como consecuencia de la infracción o amenaza que se invoca y en conformidad con las circunstancias que rodean el caso.

Igualmente, se plantea como hipótesis, que el desconocimiento general que se tiene acerca de la figura de la acción de tutela, de los principios que la rigen, y sus procedimientos, hace que se utilice de manera ineficaz, y por lo tanto la consecuencia de la congestión que este tipo de acciones constitucionales ocasionan en los despachos judiciales. Unido a lo anterior, se encuentra la complejidad que reviste la interpretación de la ley, mediada por la comprensión subjetiva de las partes en conflicto, lo que inclusive alcanza la misma decisión por parte de los operadores de justicia, quienes están revestidos de facultades especiales para determinar si de hecho las garantías constitucionales que protegen el derecho a la salud están siendo transgredidos según el análisis y los argumentos esgrimidos por quien invoca la solicitud de la acción de tutela.

Ahora bien, en la actualidad no parece suficiente el mero trámite de presentación de la acción tuitiva, ya que en algunas ocasiones, en el momento de admitirse la demanda, ésta debe ir aparejada con una solicitud anticipada al momento de medidas provisionales, bien sea de oficio o de parte, cuyo objeto es garantizar la protección del derecho a la salud, en conexión indisoluble con el de la vida, más aún, hay casos en los cuales ni esto basta, ya que, además, se hace necesario la interposición de un incidente por desacato a la orden dada por el juez que dicta la providencia que protege los derechos invocados.

A la par de lo anterior, se hace importante reiterar que la decisión de decretar las medidas provisionales, dependen de la apreciación subjetiva de los operadores judiciales, la que recae sobre el alcance del acto del cual se predica la posible vulneración y cuya

violación se solicita suspender, pues a partir de aquella es que se alcanza a establecer la urgencia de interrumpir su aplicación para efectos de proteger el derecho fundamental a la salud presuntamente infringido. No obstante, tal apreciación no puede ser enteramente personal, sino que debe obedecer a circunstancias materiales de las cuales pueda resultar la objetividad imparcial exigida como fundamento de toda decisión judicial.

De la misma manera, es importante determinar si al iniciar un reclamo ante el Estado, con relación al derecho a la salud y derechos conexos, la aplicación de las medidas provisionales y/o cautelares, son pertinentes, necesarias, indispensables y efectivas, dado que es indiscutible que aparece como un instrumento recurrente que utilizan los ciudadanos para la protección y reconocimiento anticipado de los derechos fundamentales para el acceso al sistema general de seguridad social en Colombia y concretamente en la ciudad de Manizales.

DESARROLLO DEL TRABAJO

La Acción de tutela, fue establecida dentro del ordenamiento colombiano en la Constitución nacional, más precisamente en su artículo 86, con el objeto de ser un mecanismo constitucional de protección y garantía judicial al que pueda recurrir cualquier persona que considere se está vulnerando un derecho fundamental; fue desde su creación, un tema de estudio obligado por parte de los tratadistas legisladores y administradores de justicia, que tenían que no solo que comprender su alcance sino limitar su efectos mediante la ley.

El Decreto 2591 (1991), nace con el objetivo de reglamentar y limitar el alcance de la acción de tutela frente al uso por los particulares; convirtiéndose en la principal herramienta de acción frente al desconocimiento del derecho dentro del a sociedad colombiana. Es nuestra intención analizar la utilización de este mecanismo para el reconocimiento efectivo del derecho a la salud, todo ello estudiando los indicadores otorgados por distintos órganos del estado tales como la Corte Constitucional, la defensoría del pueblo y el Departamento Nacional de Estadísticas.

La Acción de Tutela es el mecanismo idóneo para defender los derechos fundamentales, entre estos, el derecho a la Salud, tantas veces conculcados, no obstante, en algún tiempo fue un derecho conexo a la vida y a la dignidad humana. Se conocía de antemano que la Corte constitucional sostuvo en un tiempo que el derecho a la salud no se incluía entre el paquete constitucional de los fundamentales, sin embargo en sus sentencias de revisión de las acciones de tutela lo han venido protegiendo,

cuando interpreta conexidad con derecho a la vida, (T271/95); aún más, a medida que ha ido desarrollando su interpretación jurisprudencial, el alto tribunal modificó su punto de vista inicial, declarando conexidad con el derecho a la dignidad y al trabajo y con una adecuada calidad de vida, a tal punto que, en su sentencia hito (Sentencia T-760, 2008), “lo reconoce y declara como derecho fundamental” (Dueñas, 2009, págs. 330, 331, 347).

De la misma forma, en el caso del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida, existen varias sentencias de la Corte Constitucional que de este modo lo han interpretado, por ejemplo, en la Sentencia T- 494 (1993), indicó:

El derecho a la integridad física comprende el respeto a la corporeidad del hombre de forma plena y total, de suerte que conserve su estructura natural como ser humano. Muy vinculado con este derecho porque también es una extensión directa del derecho a la vida- está el derecho a la salud.

Con respecto al derecho a la vida, la misma Corte Constitucional en Sentencia T-260 (1998), dijo que el derecho a la vida significa “una existencia en condiciones dignas y cuya negación es, precisamente, la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de un estado de enfermedad, cuando es perfectamente posible mejorarla en aras de obtener una óptima calidad de vida. Paraphraseando lo indicado por el tratadista Dueñas, esta Corte ha insistido reiteradamente que el derecho a la salud (...) es un estado variable, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo. (Dueñas, 2009, pág. 332).

En relación con el tema anterior, merece atención especial la T941/2000, donde la Corte Constitucional rotula que cuando existe conexidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, se tiene lo siguiente: “si la perturbación pone en peligro o acarrea vulneración de la vida”, (afirmación con antecedentes en la T- 494/93 y en la T- 271/95), “lo que no implica sólo peligro de muerte, o mera posibilidad de existir, sino que abarca la garantía de una existencia en condiciones dignas” (Dueñas, 2009, pág. 333).

No obstante, y después de la sentencia hito antes citada, la situación del derecho a la salud cambió y fue a partir de estos avances jurisprudenciales de la Corte Constitucional, que se le otorgó la calidad de fundamental a un derecho que debía alegarse como conexo a la vida para que por medio de tutelas, los operadores judiciales lo salvaguardaran; por ello, es imperioso estudiarlo como lo que actualmente es, un derecho fundamental.

La Salud como nuevo derecho fundamental

El pasado 16 de febrero, el presidente, Juan Manuel Santos sancionó la Ley Estatutaria de Salud 1751 (2015), elevando la Salud a derecho fundamental, pues anteriormente era concebida como un servicio público y obligatorio, con muchas limitaciones. En la Constitución este derecho se encontraba consagrado como un “servicio” en su artículo 49, el cual posteriormente evolucionó a derecho, sin embargo, aún existe la necesidad de reivindicarlo con tutelas para hacerlo valer.

Ya la Corte Constitucional había considerado que, “aunque la salud no era un derecho fundamental, podía ser exigida por medio de la acción de tutela cuando se encontraba en conexidad con el derecho a la vida” (Sentencia T-597, 1993). Empero, esta alta Corte fue más allá del mencionado postulado jurisprudencial y en Sentencia T-016 (2007), el derecho a la Salud fue declarado como fundamental siguiendo esta línea en la jurisprudencia la cual ha sido reiterativa en señalar lo antes dicho.

A partir de la expedición de la Ley 1751 de 2015, la salud de los ciudadanos está por encima de cualquier consideración, así todas las instituciones del sector tienen que ajustarse para cumplir con este nuevo derecho fundamental; en este orden de ideas, no pueden negarle la atención a una persona, imponerle demoras y trabas o esgrimir razones económicas para no prestarle servicios propios del nuevo derecho fundamental a la salud.

Así mismo, para tratar una enfermedad de alto costo si los medicamentos y servicios que se requerían estaban por fuera del POS, los pacientes debían pedirlos por tutela alegando el derecho a la salud en conexidad con el de la vida; comprarlos o quedarse sin ellos, con la ley queda claro que estos pacientes recibirán los medicamentos que necesiten para su tratamiento.

En suma; las EPS, los hospitales, los médicos, las farmacéuticas y los demás actores del sistema tienen que adaptar su funcionamiento al nuevo derecho fundamental, pues de no hacerlo, no podrán trabajar con el sistema de salud. El objeto de la Ley 1751 de 2015 den su artículo primero indica que es “garantizar el derecho fundamental a la

salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”; según el artículo segundo, el derecho fundamental a la salud comprende la rehabilitación para todas las personas, incluidas las que están en condición de discapacidad.

El artículo quinto de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, facilitará que se mejore el acceso a los servicios de salud, se eliminen las autorizaciones para las atenciones de urgencias, se fortalezca el control de precios a los medicamentos y su avance sea más rápido en la incorporación de nuevas tecnologías.

Por su parte, el artículo sexto contempla elementos para evaluar el ejercicio efectivo de los derechos, como la disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad; de igual manera, el artículo séptimo señala que el Ministerio de Salud y Protección Social divulgará evaluaciones anuales sobre los resultados del goce efectivo del derecho fundamental a la salud.

El artículo décimo señala que los ciudadanos tenemos deberes consigo mismo y con el sistema de salud, promoviendo que cada persona se autocuide con la adopción de hábitos saludables de vida, consulte a tiempo para evitar complicaciones, ponga en práctica las recomendaciones médicas y evite cometer abusos contra el sistema; de otro lado el artículo onceavo, establece los sujetos de especial protección, como los niños, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad. El artículo catorceavo, prohíbe el llamado “paseo

de la muerte”, o la restricción del servicio de salud cuando se trate de atención de urgencia.

Ahora bien, algo muy positivo de la normatividad, es que como la salud es un nuevo derecho fundamental, debe incluir la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, el diagnóstico, el tratamiento, la recuperación, la rehabilitación y los cuidados paliativos, debiendo ser garantizada bajo la supervisión del Estado para todas las personas sin ninguna discriminación.

La norma aún es muy nueva y a pesar de ya encontrarse en vigencia, muchas instituciones de salud no la acatan, lo que afecta directamente a los despachos judiciales ya que al interior de éstos se encuentran miles y miles de acciones de tutela en curso, incidentes de desacato e impugnaciones a fallos ya proferidos, lo que la congestión judicial es alarmante, pues las necesidades en el tema de salud en Colombia se cuentan por miles a diario. Otro aspecto que se ve seriamente comprometido con tal situación es la sostenibilidad del sistema, ya que aunque las personas que necesitan acceder a los servicios de salud, la mayoría de las veces lo deben hacer por vía de tutela, y el dinero de los medicamento, tratamientos y/o procedimientos salen de Fondo de Solidaridad y Garantías⁵, por ello, es necesario tomar decisiones que permitan fortalecer esta herramienta constitucional para ser utilizada en los casos necesarios y poner freno a su indebida utilización.

⁵ En adelante FOSYGA

La Acción de Tutela si es un mecanismo efectivo para proteger a los individuos, no obstante existen casos en el tema de salud que no son necesario impetrarlas puesto que se puede acceder a lo requerido por el enfermo mediante solicitud directa con el prestador de servicios; si bien es cierto esta acción, con el soporte de las medidas provisionales que pueden emanar de la misma, se constituye en una herramienta jurídica que garantiza la efectividad de la aplicación de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución colombiana en los casos donde se vulnere expresamente, o con posibilidad de serlo; no es menos cierto que ha sido utilizada de manera mediática y arbitraria por personas que todo lo quieren obtener del Estado.

En conclusión, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, reconoce la salud como un nuevo derecho fundamental, garantizando la dignidad humana y la igualdad de oportunidades de todos los colombianos, por ello, no cabe duda que en la actualidad, uno de los mejores y quizás por excelencia es el instrumento de protección y garantizador de los derechos de los ciudadanos es la figura de la Acción de Tutela, por lo que el conglomerado ha vuelto a creer en la posibilidad de encontrar respuestas positivas a sus necesidades de salud en la administración de justicia obteniendo de parte de los operadores judiciales un restablecimiento de sus derechos, razón por la que, muchos de ellos acuden desde el inicio de las acciones de tutela, a la solicitud de una medida provisional para que se pueda garantizar de manera expedita el derecho trasgredido por parte de cualquier institución prestadora de servicios de salud.

La Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que la salud es un derecho fundamental, por tanto, es obligación del Estado y de los particulares

comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desarrollar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho. El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser” (Sentencia T-760, 2008).

Esta concepción responde a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de la personas, en consecuencia garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.

Partiendo de lo anterior, se analizaron diferentes fallos de tutela emitidos por la Honorable Corte Constitucional el año inmediatamente anterior (2014), en donde encontramos aspectos puntuales que este cuerpo colegiado ha tenido en cuenta para que se pueda garantizar el acceso a la salud a todos los ciudadanos y todo lo que este derecho fundamental conlleva. A continuación se analizaron las sentencias T-025 de 2014, T-216 de 2014, T-815 de 2014 y T-925 de 2014; cada una de éstas, cuenta con aspectos únicos y necesarios de conocer para darle la importancia requerida a la Acción objeto de estudio.

Análisis de la jurisprudencia en torno al tema de la Salud, emitida por la Corte Constitucional para el año 2014

En el caso de la primera Sentencia, la T-025, la corte expresó de manera puntal que derecho a la salud va mancomunadamente con el principio de atención integral en salud, puntalmente el caso de una persona mayor que no podía controlar sus esfínteres y que por ser de bajos recursos se le imposibilitaba la compra de pañales desechables; si bien estos son elementos e insumos indispensables que no se encuentran incluidos en el POS, indicó la Corte que:

En circunstancias excepcionales, ante la inexistencia de una orden, o cualquier otro documento que permita colegir, técnica o científicamente, la necesidad de lo que reclama un usuario, surge diáfana la intervención del juez constitucional con miras a impartir un mandato en uno u otro sentido. Dentro de esa gama de posibilidades, emergen los pacientes cuyas patologías conllevan síntomas, efectos y tratamientos que configuran hechos notorios; tal es el caso de quienes han sido diagnosticados con pérdida del control de sus esfínteres. Las reglas de la experiencia han demostrado que, generalmente, estos se ven expuestos a cuadros de incontinencia urinaria o fecal. Ante esa eventualidad, la solución suele ser paliativa, y se circunscribe al uso de pañales desechables, con el fin de tornar menos gravosa una perturbación funcional, difícilmente reversible, como la mencionada. (Sentencia T-025, 2014).

En esta sentencia se unieron varios casos de vulneración al derecho a la salud, y puntalmente el citado, corresponden al Expediente T-4.030.138; en este caso, el actor como agente oficioso de su hijo de 33 años quien padece parálisis cerebral infantil y otras enfermedades que limitan sus funciones psicomotoras, solicitó la entrega de pañales

puesto que sus patologías afectaban su movilidad, este alto tribunal indicó que esta persona tiene la calidad de persona de especial protección por ser una persona con discapacidad física y que era menester tutelar su derecho para garantizarle una vida en condiciones dignas.

La segunda Sentencia estudiada es la T-216 de 2014, en este caso el actor presentó acción de tutela a favor de una señora con muerte cerebral, quien en “calidad de amigo que no la quiere ver sufrir” tal como lo indicó el actor en su escrito de tutela, consideró que las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales a la salud y la vida digna de su amiga porque sufriendo ella de “encefalopatía hipóxica secundaria a asp y rcp prolongada, e insuficiencia respiratoria espirativa” que le genera una disminución funcional relevante, las demandadas no le han brindado “pañales desechables y complementarios, como crema antipañalitis y paños húmedos, además de transporte para procedimientos autorizados”, los cuales el actor estimaba necesarios para el goce efectivo sus derechos.

Este alto tribunal después de la valoración de las pruebas allegadas al proceso, tales como la Historia Clínica de la paciente, decidió tutelar los derechos fundamentales a la salud y la dignidad humana y ordenó a la EPS donde se encontraba afiliada a suministrarle los pañales y demás elementos necesarios así como transporte en ambulancia cada vez que fuese requerido.

Si bien es cierto, las entidades deben regirse por leyes, esto no debe ser óbice para que le nieguen ciertos elementos que personas enfermas necesitan con urgencia y que van a impactar positivamente su salud.

La tercera es la Sentencia T-815 de 2014; éste también es un fallo donde se acumula una gran cantidad de tutelas impetradas por vulneración al derecho a la salud, en el cual esta Corporación estableció ciertas reglas para la inaplicación de las disposiciones del Plan Obligatorio de Salud, como son:

(i) que el tratamiento o procedimiento sea prescrito por el médico tratante adscrito a la EPS, (ii) que no exista medicamento, procedimiento o tratamiento análogo incluido en el POS, que pueda suplir el requerido, (iii) que el paciente no tenga capacidad económica para sufragar los costos del tratamiento, medicamento o procedimiento prescrito, (iv) la ausencia de dichos medicamentos ponga en riesgo la vida digna e integridad del paciente. En virtud de lo cual, corresponde al juez constitucional puede aplicar directamente la Constitución Política y ordenar el suministro de una prestación médica excluida expresamente del POS. (Sentencia T-815, 2014)

Teniendo en cuenta lo anteriormente transcrito, es por disposición jurisprudencial que se han indicado reglas que desarrollan el derecho a la salud, son reglas que deben ser analizadas para cada caso en particular y éstas prescripciones jurisprudenciales deben ser probadas para que la Corte aprueba la tutela del derecho fundamental de la

salud, contrario sensu, no podría ser tutelado el derecho puesto que no cumple con las reglas indicadas.

Por último, tenemos la Sentencia T-925 de 2014, en la que la Corte fue muy explícita con respecto a la procedencia de la acción de tutela para reembolso de gastos médicos, la cual tiene carácter de excepcional. Indicó este cuerpo colegiado que:

Por regla general, y dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, ésta resulta improcedente para obtener el reembolso de gastos médicos, cuando la petición consiste en la reclamación de una suma de dinero, lo que naturalmente desborda la competencia del juez de tutela. Sin embargo, es claro que excepcionalmente concurren circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez constitucional, para que éste pueda aplicar las reglas jurisprudenciales y con ello determine la procedencia del amparo solicitado, más aún cuando se vea conculcado el derecho fundamental mínimo vital.

Corolario de lo anterior y en tratándose de gastos que emergen por la condición de salud de una persona a la cual se le niega la devolución de tales sumas, es posible que por vía de tutela se pueda hacer valer el derecho a la devolución de las mismas, teniendo en cuenta que la salud no es sólo que se le brinden a los pacientes medicamentos o procedimientos, también lo es el derecho a que le den elementos e insumos indispensables para su salud así como pago de transporte de una ciudad a otra si la prescripción de médico tratante la deben hacer en otra ciudad diferente a la que reside en enfermo, devolución de los dineros gastados por medicamentos, tratamientos y/o

procedimientos que primariamente fueron negados y que están en obligación de suministrarlos, entre otras cosas.

Si bien es cierto, la tutela en el Estado colombiano que insistimos, es un Estado Social de Derecho el cual debe propender por la vida, honra y bienes de sus ciudadanos; se cuenta como el mecanismo idóneo para salvaguardar el derecho a la salud de manera directa sin conexidades a ningún otro derecho, no es menos cierto que al negar un servicio de salud se está afectando de manera directa otros derechos, por lo cual la presentaciones de estas acciones en los diferentes despachos judiciales va aumentando día a día.

Con la aprobación de la nueva reforma estatutaria de la salud en Colombia, cuyo proyecto planteaba una ruta hacia un nuevo modelo de salud más eficiente, sencillo, oportuno y de calidad, con una amplia cobertura nacional, se amplió el plan de beneficios, lo que con el tiempo puede significar que los ciudadanos no tengan que recurrir a la acción de tutela para hacer valer el derecho a la salud, sin embargo, mientras esto llega, este mecanismo es y seguirá siendo la salvación de muchas personas que padecen múltiples patologías y otras más para las cuales ésta herramienta es la única solución.

CONCLUSIONES

1. La acción de tutela instituida en la Carta Magna de 1991, es una herramienta para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos que guiados por la filosofía de un Estado Social de Derecho, democrático, participativo y pluralista, propende por el mejoramiento de la calidad de vida de todos.
2. No hay duda que en la actualidad uno de los mejores y quizás por excelencia es el instrumento de protección y garantizador de los derechos de los ciudadanos es la figura de la Acción de Tutela, por lo que la ciudadanía en general la utiliza a diario y se manifiesta a través de los operadores judiciales de forma efectiva y positiva para los actores.
3. Si bien es cierto, la acción de tutela para que proceda, necesita que no existan acciones que puedan sustituirla, tales como los procedimientos previstos por la justicia ordinaria; no es alternativa, y sólo opera como mecanismo transitorio; no es menos cierto que en algunos casos y bajo condiciones excepcionales puede tramitarse para salvaguardar el derecho a la salud.
4. Otra conclusión de la anterior investigación es que es necesario que no exista otro medio judicial de defensa, o en el caso de existir, no sea suficiente para evitar un perjuicio irremediable en lo que atañe a la protección de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución, y aunque de manera expresa el derecho a la salud no aparece incluido como fundamental, la Ley 1751 de 2015, la eleva a rango de

derecho fundamental, aunque jurisprudencialmente, la Corte Constitucional desde hace varios años viene reconociendo amparo de tutela, porque la salud es un “estado variable”, susceptible de afectaciones múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo.

5. El derecho a la salud no solo se materializa con entrega de medicamentos y atención primaria en salud, también lo es el hecho de que por necesidad de salvaguardar la vida de una persona se le garantice tratamientos, procedimientos, medicamentos que no estén incluidos en el POS, así como elementos y demás insumos indispensables para combatir la patología, así como traslados a otros centros médicos de mayor complejidad y dinero para acompañamientos de familiares si es necesario; aunado a lo anterior, la reducción de trámites administrativos innecesarios para acceder a los servicios de salud.

6. Por último, que la acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 fue un gran logro para los colombianos y conforme a su función esencial, ha sido garante de la protección del derecho a la salud de varias maneras: estableciendo la conexidad con el derecho a la vida, a la integridad personal y a la dignidad humana; reconociendo su naturaleza fundamental frente a personas con debilidad o limitación manifiesta y afirmando por sí mismo su carácter fundamental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Congreso de la República de Colombia. (20 de Septiembre de 1996). Ley 319. Bogotá D.C.

Congreso de la República de Colombia. (16 de Febrero de 2015). Ley 1751. Bogotá D.C.

Constitución Política de Colombia. (1991).

Dueñas, O. (2009). *Acción y procedimiento en la tutela* (6 Ed. ed.). Bogotá D.C.: El Profesional.

Lopez, D. (25 de Junio de s.f.). “Sistema de salud” y “derecho a la salud”: Historia de su. Bogotá D.C.: Universidad de Los Andes. Obtenido de http://derecho.uniandes.edu.co/derecho_uniandes/export/derecho_uniandes/facultad/rel_eventos3.html

Mogollon, L. (2013). *Biblioteca Digital Universidad Nacional de Colombia*. Obtenido de www.bdigital.unal.edu.co

Organización de Naciones Unidas. (2008). *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos* (Vol. 1). Nueva York .

Presidencia de la República de Colombia. (19 de Noviembre de 1991). Decreto 2591. Bogotá D.C. .

Procuraduría General de la Nación de Colombia. (2008). Obtenido de www.procuraduria.gov.co

Sentencia C-021 (Corte Constitucional de Colombia 1997).

Sentencia C-112, Expedientes D-1806 y D-1807 (acumulados) (Colombia. Corte Constitucional. 25 de Marzo de 1998).

Sentencia T-025, expedientes T-4.030.138, T-4.032.438, T-4.036.223 y T-4.043.688 (acumulados) (Colombia. Corte Constitucional 27 de Enero de 2014).

Sentencia T-106 (Corte Constitucional 2007).

Sentencia T-260, Expediente T-156042 (Colombia. Corte Constitucional 27 de Mayo de 1998).

Sentencia T-494, Expediente T-16663 (Colombia. Corte Contitucional 28 de Octubre de 1993).

Sentencia T-597 (Corte Constitucional 1993).

Sentencia T-760 (Corte Constitucional de Colombia 2008).

Sentencia T-760, expedientes T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326 (Colombia. Corte Constitucional. 31 de Julio de 2008).

Sentencia T-815, Expedientes T-4.404.595 y acumulados. (Colombia. Corte Constitucional. 15 de Noviembre de 2014).

Valbuena. (2010).

Valbuena, J. (2010). Recuperado el 15 de Noviembre de 2015, de www.bdigital.unal.edu.co