

SERIE DESC

EL DERECHO A LA SALUD

EN LA CONSTITUCIÓN, LA JURISPRUDENCIA
Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES



DEFENSORÍA
DEL PUEBLO
COLOMBIA

VOLMAR PÉREZ ORTIZ
Defensor del Pueblo

JUAN FERNANDO JARAMILLO
Defensor Delegado para la Dirección y el Seguimiento de las Políticas Públicas para el Desarrollo de los Derechos Humanos

DARÍO MEJIA VILLEGAS
Secretario General (a cargo del programa de Salud y Seguridad Social)

Edición General

ESTEBAN RESTREPO SALDARRIAGA
Coordinador del Programa de Seguimiento de Políticas Públicas en Derechos Humanos ProSeDHer

Autor

OSCAR PARRA VERA
Investigador en Derechos Humanos

Diseño

Delegada para la Comunicación, la Información y Apoyo a los Asuntos del Despacho

La elaboración de este texto fue posible gracias al apoyo de Management Sciences for Development MSD/USAID.

El presente texto se puede reproducir, fotocopiar o replicar, total o parcialmente, siempre que se cite la fuente.

Defensoría del Pueblo
Calle 55 No. 10-32
Correo electrónico: www.defensoria.org.co
Apartado aéreo: No. 24299 Bogotá, D. C.
Tels: 691 53 55 – 314 73 00 – 314 40 00
Bogotá, D. C., 2003

PRESENTACIÓN	19	
INTRODUCCIÓN	23	
1. Aspectos metodológicos	23	
1.1. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE UN DERECHO A PARTIR DE SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES	24	
1.2. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE UN DERECHO A PARTIR DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	26	
1.3. ACLARACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA INTERNA DEL LIBRO	33	
2. Aspectos Generales	38	
2.1. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL	39	
2.1.1. Criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido entendido como derecho fundamental	41	
2.1.1.1. El derecho a la salud como derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales	41	
2.1.1.2. El derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección	42	
2.1.1.1. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido esencial	45	
2.1.2. Criterios de procedibilidad de la acción de tutela respecto del derecho a la salud	47	
2.2. LA SALUD COMO SERVICIO PÚBLICO	48	
2.3. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE SALUD	50	
2.3.1. Obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad	51	
2.3.2. Obligaciones de respeto, protección y cumplimiento	51	
2.3.3. Obligaciones con efecto inmediato y de cumplimiento progresivo	52	
2.3.3.1. Obligación de adoptar medidas inmediatas	53	

2.3.3.2. Obligaciones con efecto inmediato	56
2.3.3.3. Obligaciones de cumplimiento progresivo	59

CAPÍTULO I LA DISPONIBILIDAD DE LA SALUD

I. EL DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA SALUD	66
---	----

I.1. PROTECCIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LOS ESTABLECIMIENTOS, BIENES Y SERVICIOS DE SALUD DE CARÁCTER PÚBLICO Y LA ATENCIÓN BÁSICA EN SALUD	67
--	----

1.1.1. Suministrar la atención básica en salud es una obligación del Estado	68
---	----

1.1.2. El manejo de la planta de personal de la salud debe ser lo suficientemente flexible para respetar los derechos de estos trabajadores así como la sostenibilidad económica de los hospitales	69
--	----

1.1.3. Con el objeto de fortalecer la cobertura del personal de la salud, es constitucional la creación de estímulos que no tengan el carácter de salario en favor de empleados de la salud que trabajen en las regiones con mayores necesidades y alejadas de los grandes centros urbanos	70
--	----

1.1.4. Las normas legales que impliquen una disminución de recursos para el régimen subsidiado son inconstitucionales en tanto impiden la ampliación progresiva de la seguridad social en salud	71
---	----

1.1.5. Tanto el privilegio del subsidio a la demanda como la existencia de entidades con función de intermediación para el desarrollo de la prestación de servicios de salud se ajustan al margen de configuración legal del servicio público de salud establecido constitucionalmente	71
--	----

1.1.6. La regulación del sector salud debe respetar el carácter de contribución parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud, según el cual estos recursos no pueden ser destinados a un objeto diferente al que motiva su recaudo	73
--	----

I.2. PROTECCIÓN DE LA OFERTA PRIVADA QUE CONTRIBUYE A LA REALIZACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD. EL DERECHO DE LOS PARTICULARES A CONCURRIR EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD	75
---	----

1.2.1. El derecho de los particulares de concurrir en la prestación del servicio público de salud como ejercicio de la libertad económica	76
---	----

1.2.2. La garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud por medio de sus IPS; siempre y cuando no se genere un abuso de posición dominante en la prestación de servicios de salud	78
--	----

1.2.3. Resulta inconstitucional la existencia de planes de inversión que se impongan como obligatorios a las empresas privadas que concurren a la prestación del servicio público de salud, así como cualquier otro tipo de restricciones desproporcionadas contra la libertad económica de dichos particulares	79
---	----

I.3. DISPONIBILIDAD DE INDICADORES E INFORMACIÓN EN SALUD	80
---	----

I.4. DISPONIBILIDAD DE LOS FACTORES DETERMINANTES DE LA SALUD.	
EL DERECHO A LA SALUD PÚBLICA	82
1.4.1. Derecho a la promoción de la salud y a la prevención, tratamiento y lucha contra las enfermedades	84
1.4.2. Derecho a la participación en las políticas públicas sobre salud	86
1.4.3. Derecho a la salud en el trabajo	87
1.4.4. Derecho al medio ambiente. Procedencia excepcional de la acción de tutela en razón a la conexidad del derecho a la salud con el derecho a un medio ambiente sano	88
1.4.5. Derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento básico	90
1.4.6. Derecho a una vivienda adecuada y saludable	93
1.4.7. Derecho a una alimentación nutritiva y adecuada	94
1.4.8. Derecho al patrimonio cultural y ambiental	95
I.5. DISPONIBILIDAD DE LOS SERVICIOS Y ATENCIÓN INDIVIDUAL EN SALUD:	
DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA	96
1.5.1. Derecho al diagnóstico. Vulneran el derecho a la salud en conexidad con la vida digna aquellas situaciones donde la negligencia administrativa impide la realización de exámenes indispensables para establecer si un paciente padece enfermedades que puedan poner en peligro su vida	99
1.5.2. Derecho al tratamiento	100
1.5.2.1. En casos donde surja una conexidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad, debe inaplicarse, bajo ciertos requisitos, la reglamentación sobre la exclusión de ciertas actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS). Frente a similar conexidad de derechos, debe inaplicarse la exigencia legal de alcanzar unas semanas mínimas de cotización	101
1.5.2.2. Derecho al tratamiento y enfermedades de alto costo o ruinosas. Si (1) la persona afiliada no ha cumplido los tiempos mínimos de cotización exigidos por la ley para la atención de enfermedades de alto costo, (2) debe ser atendido por la entidad de salud a la que esté afiliado pero con la condición de que pague una suma determinada. Sin embargo, (1) ante casos de urgencia, donde (2) el trabajador afiliado o sus beneficiarios se encuentran en situaciones que comprometen su mínimo vital (3) y carecen de recursos para sufragar el costo de los procedimientos o tratamientos, las EPS no pueden negar la atención que se requiera	103
1.5.2.3. Derecho al tratamiento y remisión de pacientes al exterior. Como quiera que las EPS están obligadas a utilizar todos los recursos científicos a su alcance para el tratamiento de sus pacientes, con el fin de alcanzar el máximo posible de recuperación, la realización del derecho al tratamiento exige la remisión de pacientes al exterior bajo el cumplimiento de los requisitos correspondientes	107
1.5.3. Derecho a una atención médica de urgencias. En materia de urgencias, cualquier persona -sin importar su nivel económico- tiene derecho a exigir a los hospitales que lo atiendan de inmediato	109
1.5.4. Derecho a la recuperación y a la rehabilitación	110
1.5.5. Derecho a la continuidad en la prestación de servicios de salud	111

1.5.5.1. Continuidad de los servicios y medicina prepagada. Desconoce el derecho a la continuidad y el principio de buena fe, la modificación unilateral de un contrato de medicina prepagada a partir del cual se niega o se suspende una prestación en salud 112

1.5.5.2. Continuidad de los servicios y mora patronal. En caso de mora patronal en el pago de los aportes a la salud, procede la acción de tutela cuando el trabajador afiliado o sus beneficiarios se encuentren en situaciones que comprometan su vida y la EPS a la que se encuentran afiliados niegue la atención médica en razón de la mora.. El patrono debe entonces asumir la totalidad que le corresponda en relación con la atención médica. Si el patrono no puede hacerse cargo de la atención médica, la EPS debe hacerlo para luego repetir contra el patrono o, en su defecto, contra el Estado 115

1.6. DISPONIBILIDAD DE SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA:

DERECHO A LA ATENCIÓN EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA 118

1.6.1. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de seguridad e higiene. Las leyes restrictivas que generan abortos de riesgo violan los derechos reproductivos de la mujer 124

1.6.2. Derecho a la prevención y tratamiento del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual 126

1.7. DISPONIBILIDAD DE OPCIONES PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD (LIBRE ESCOGENCIA) 127

2. Sujetos de Especial Protección Constitucional y Derecho a la Disponibilidad de la Salud 129

2.1. DERECHO DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS A DISPONER DE LO NECESARIO PARA UN DESARROLLO ARMÓNICO E INTEGRAL DE SU SALUD 129

2.1.1. El amparo del núcleo esencial del derecho a la salud de los niños por vía de la acción de tutela, exige (1) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (2) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada (3) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización 135

2.1.2. La obligación de suministrar a menores de edad medicamentos excluidos del POS recae en primer lugar sobre los padres. Solo si éstos demuestran su insolvencia económica, la obligación recaerá en la EPS correspondiente. Por ello, en los padres del menor recae la carga de la prueba de no estar en capacidad económica para suministrar un medicamento 138

2.1.3. El trabajo infantil es una explotación de los niños que viola sus derechos a la educación y a la salud 139

2.2. DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA A UNA PROTECCIÓN Y ATENCIÓN ESPECIAL EN SALUD 141

2.2.1. Con fundamento en la protección constitucional que ampara a la mujer embarazada, el Estado debe asegurar a ésta, durante el embarazo y después del parto, la asignación de un subsidio alimentario si se encuentra desempleada o desamparada 142

6

2.2.2. En casos donde la mujer embarazada necesita conocer información relevante sobre los riesgos de su condición o la de su hijo, cuenta con el derecho a la información mínima vital	143
2.2.3. La protección especial de la mujer embarazada privada de la libertad implica que toda institución hospitalaria del país está en la obligación de recibir y atender, por el tiempo que señale el funcionario judicial competente, a la mujer a quien se le ordene permanecer allí bajo detención domiciliaria	144
3. Obligaciones de Disponibilidad que garantizan el Derecho a la Salud	146
3.1. OBLIGACIONES DE DISPONIBILIDAD CON EFECTO INMEDIATO	146
3.1.1. Obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles para dar efectividad al derecho a la salud, incluidos los de cooperación internacional	149
3.1.2. Obligación de adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública	149
3.1.2.1. Obligación de adoptar medidas para proporcionar inmunización contra las enfermedades infecciosas y prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas	152
3.1.2.2. Obligación de asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y que garantice que nadie padezca hambre	152
3.1.2.3. Obligación de abstenerse de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra	153
3.1.2.1. Obligación de abstenerse de utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano	154
3.1.3. Obligación de garantizar la exigibilidad judicial del derecho a la salud	156
3.1.4. Obligación de facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS	157
3.1.5. Obligación de velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil	160
3.1.6. Obligación de velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud	161
3.2. OBLIGACIONES DE DISPONIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO	162
3.2.1. Obligación de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud distribuidos equitativamente	162
3.2.2. Obligación de contar con suficiente personal de la salud	163
3.2.3. Obligación de prestar asistencia y cooperación internacional, en especial económica y técnica	163

CAPÍTULO II
EL ACCESO A LA SALUD

1. El derecho de acceso a los servicios de salud	171
I.1. DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD A TRAVÉS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO	172
1.1.1. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho de acceso al régimen subsidiado a través del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN)	173
1.1.1.1. Derecho a la reclasificación en el SISBEN conforme a datos reales. Las situaciones de vulnerabilidad, como el estado de embarazo, y las circunstancias de debilidad manifiesta, deben ser tenidas en cuenta como elementos relevantes para focalizar	174
1.1.1.2. El derecho al habeas data resulta vulnerado cuando la administración es negligente en la recolección de datos para la clasificación en el SISBEN	176
1.1.1.3. Deber de las autoridades encargadas del SISBEN de comunicar a los beneficiarios los cambios que se presentan en la clasificación en categorías y en la prestación de los servicios de salud	177
1.1.1.4. En situaciones de urgencia que ponen en riesgo la vida de las personas, deben agilizarse los trámites administrativos necesarios para acceder a los servicios médicos del régimen subsidiado de salud	178
1.1.1.5. El carné de afiliado al SISBEN no es el que otorga el derecho a la atención médica en casos donde se configura la situación de hecho generadora de derechos	178
1.1.2. Jurisprudencia constitucional sobre la atención en salud que no está cobijada por el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado –POS-S-	179
1.1.2.1. Cuando se necesite un servicio de salud que se encuentra excluido del POSS, la correspondiente atención debe efectuarse por los hospitales públicos o aquellos privados que tengan contrato con el Estado de acuerdo con su capacidad de oferta. Por lo tanto, los servicios excluidos del POSS no obligan a la ARS	180
I.2. DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD COMO PARTICIPANTE VINCULADO	180
1.2.1. Los departamentos están obligados a garantizar el acceso al servicio de salud de quienes no se encuentran ni en el régimen contributivo ni en el subsidiado	181
1.2.2. Las personas que ya están incluidas en el SISBEN como “personas vinculadas”, aún sin la designación de una ARS, tienen acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas que estén en condiciones de subsidiar los servicios de salud que requieren y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, mientras logran su afiliación al régimen subsidiado	182
2. Sujetos de Especial Protección Constitucional y Derecho de Acceso a la salud	183
2.1. DERECHO A LA ATENCIÓN PREFERENTE Y ESPECIALIZADA DE NIÑAS, NIÑOS Y MAYORES DE EDAD CON PRONÓSTICO FAVORABLE DE CURACIÓN	184
2.2. DERECHO DE ACCESO DE LA MUJER A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DERECHO A NO SER DISCRIMINADA POR SU CONDICIÓN DE MADRE	188

2.2.1. Por el hecho de ser madre, una hija no necesariamente adquiere una independencia económica que justifique su exclusión del grupo familiar y, por consiguiente, tiene derecho a que no se interrumpa la atención médica de la cual es beneficiaria	190
2.3. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS GRUPOS ÉTNICOS	191
2.3.1. Con fundamento en la protección del principio de diversidad étnica y cultural, se justifica un régimen especial de seguridad social y salud para las comunidades indígenas	194
2.3.2. La realización del derecho a igualdad en salud exige la adopción de medidas tendentes a evitar la afectación del medio ambiente que permite tanto la supervivencia de una comunidad indígena como sus mecanismos tradicionales de acceder a los servicios de salud	196
2.3.3. La explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recursos primarios propios de la economía de subsistencia de las comunidades étnicas y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza, todo lo cual obstaculiza el disfrute del derecho a la salud	197
2.4. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS ADULTOS MAYORES	198
2.4.1. Los adultos mayores en situación de indefensión y que requieran de protección oportuna, cuentan con el derecho fundamental autónomo a la salud	199
2.4.2. La escasez de recursos no es un argumento constitucionalmente admisible para negar la atención básica en salud a personas en situación de debilidad manifiesta como los adultos mayores discapacitados en situación de indigencia	200
2.4.3. Cuando los particulares someten a los adultos mayores a situaciones de indefensión, deben asumir la protección especial de los mismos, incluyendo la carga de la atención médica	201
2.5. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD	202
2.5.1. La accesibilidad física es condición de posibilidad para el acceso real a la salud de las personas en situación de discapacidad	203
2.5.2. Es deber constitucional de los padres responder patrimonialmente por los gastos en salud que generen los impedimentos de sus hijos mayores de edad con discapacidad	204
2.6. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS PORTADORES DE VIH Y LOS ENFERMOS DE SIDA	205
2.6.1. Los portadores de VIH y enfermos de SIDA que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, cuentan con el derecho a recibir atención médica básica y a no ser objeto de trabas administrativas irrazonables en su ingreso al régimen subsidiado a través del SISBEN	206
2.6.2. Los enfermos de SIDA tienen derecho a una atención médica integral, lo cual exige el suministro de la totalidad del tratamiento ordenado por el médico tratante	207
2.6.3. En pacientes portadores de VIH, el examen de carga viral es necesario para un adecuado diagnóstico e indispensable para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida	208
2.7. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LAS MINORÍAS SEXUALES	209

	2.7.1. La decisión del legislador de utilizar el criterio de familia como base para inscribir a los beneficiarios del afiliado principal dentro del régimen contributivo no contradice el principio de universalidad que informa el acceso a la salud	210
	2.8. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD	212
	2.8.1. El derecho de las personas privadas de la libertad de acceder a una atención médica de calidad	213
	2.8.2. Estado de cosas inconstitucional en relación con el derecho a la salud de los reclusos por la falta de una oportuna practica de exámenes y pruebas técnicas	218
	2.9. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZOSO	219
10	2.9.1. La obligación de superar la situación de estancamiento en que se encuentra la atención en salud a la población desplazada radica en el Presidente de la República	221
	2.9.2. En razón de la prevalencia constitucional de las situaciones objetivas frente a las formalidades, aunque la persona desplazada no esté carnetizada, es deber del Estado prestarle los servicios de salud	223
	2.10 DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE INDIGENCIA	224
	2.10.1. Obligación de la beneficencia de recibir a las personas en estado de indigencia y con retardo mental	225
	2.10.2. El indigente que demuestre su debilidad manifiesta y solicite la solución de sus necesidades básicas en salud, es titular de un derecho subjetivo a exigir de la autoridad competente que opere el principio de prioridad del gasto público social	225
	2.10.3. Si el niño carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos, o bien porque éstos o, en su defecto, sus abuelos, hermanos mayores, u otros parientes cercanos, no cumplan con ese deber, la asistencia y protección incumbe directa e insoslayablemente a la sociedad y, a nombre de está, al Estado, a través de los organismos competentes para ello	226
	2.II. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS	228
	2.12. DERECHO A LA SALUD DE LOS REFUGIADOS Y APATRIDAS	229
	2.13. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS	231
	3. Obligaciones generales del Estado en materia de acceso a los servicios de salud	232
	3.I. OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD CON EFECTO INMEDIATO	232
	3.1.1. Obligación de garantizar el acceso gratuito a la atención básica en salud	234
	3.1.2. Obligación de garantizar el ejercicio del derecho a la salud sin discriminación alguna	235
	3.1.2.1. Obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación en el ámbito de la salud	237
	3.1.2.2. Obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminarla discriminación contra la mujer en la esfera de la salud	238

3.1.2.3. Obligación de prohibir y eliminar toda forma de discriminación racial en el ámbito de la salud	239
3.1.2.4. Obligación de no discriminar a los enfermos de VIH/SIDA	240
3.1.2.5. Obligación de no discriminar a las personas en situación de discapacidad	243
3.1.3. Obligación de no limitar el acceso a los métodos anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y reproductiva	244
3.1.4. Obligación de abstenerse de violar el Derecho Internacional Humanitario mediante la limitación del acceso a los servicios de salud como medida punitiva durante estados de emergencia o conflictos armados	244
3.1.5. Obligación de proteger a la misión médica y a las víctimas del conflicto armado	246
3.1.6. Obligación de garantizar el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas (acceso a la información)	248
3.1.6.1. Con el fin de garantizar el acceso en igualdad de trato a los subsidios estatales, los particulares que acuden ante la administración pública para tramitar peticiones, deben contar con la suficiente información sobre la materia a decidir así como sobre el proceso decisorio aplicable en cada caso	250
3.1.6.2. Derecho a la información en asistencia sanitaria. Deber de las ARS de suministrar información clara y suficiente a los beneficiarios del régimen subsidiado en relación con la prestación de servicios excluidos del POSS	252
3.1.6.3. Derecho a conocer las razones por las cuales ciertos procedimientos, exámenes y tratamientos no se encuentran incluidos dentro del POS	253
3.2. OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO	254
3.2.1. Obligación de ubicar los establecimientos, bienes y servicios de salud al alcance geográfico de todos los sectores de la población (accesibilidad física)	254
3.2.2. Obligación de ofrecer los establecimientos, bienes y servicios de salud al alcance económico de todos, bajo un criterio de distribución equitativa (accesibilidad económica –asequibilidad-)	255

CAPÍTULO III

LA ACEPTABILIDAD DE LA SALUD

1. El derecho a la aceptabilidad de la salud	263
1.1. DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS PERSONALES RELATIVOS A LA SALUD	263
1.1.1. El secreto profesional médico garantiza la confidencialidad de la historia clínica y de la información sobre el paciente	263
1.1.2. Se debe garantizar que el acceso a la información sobre la salud de las personas contenida en bases de datos, se realice bajo los principios de responsabilidad compartida y de cargas mutuas	265

	1.2. DERECHO A LA AUTONOMÍA EN EL MANEJO DE LA PROPIA SALUD Y DERECHO A LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE	266
	1.2.1. Aunque el legislador puede prescribir la forma en que los individuos deben comportarse con otros, no puede prescribir la manera en que cada persona debe comportarse consigo misma, toda vez que incurriría en una política perfeccionista inadmisiblemente constitucionalmente. Por consiguiente, el respeto de la autonomía personal en el manejo de la propia salud determina, inclusive, que deban tolerarse cierto tipo de actividades perjudiciales para la salud de cada individuo	266
12	1.2.2. En una sociedad fundada en el pluralismo y la dignidad humana, el principio de autonomía prevalece prima facie sobre otros principios concurrentes. Por consiguiente, y salvo ciertas excepciones, prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y del Estado en preservar la salud de las personas	268
	1.3. DERECHO A UNA MUERTE DIGNA	276
	1.3.1. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica el derecho a una muerte digna	277
	1.4. DERECHO A LA PREVENCIÓN DE LOS PROBLEMAS DE SALUD MENTAL	279
	1.5. DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL CUERPO CONTRA INJERENCIAS AJENAS	281
	1.5.1. Las investigaciones relacionadas con el genoma humano no deben afectar la salud	281
	1.5.2. Prohibición de experimentos médicos sin consentimiento de las personas en tiempos de guerra	284
	1.6. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA	286
	1.6.1. Derecho a planear la propia familia (planificación familiar)	286
	1.6.1.1. Cuando no se cumplen los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de tutela, la negación de un tratamiento para la infertilidad no constituye una obstrucción del derecho de la mujer a procrear. De allí que dicho recurso sea un mecanismo improcedente para extender la cobertura del POS frente a dicho tratamiento	286
	1.6.1.2. Es inadmisiblemente romper la continuidad en la entrega de medicamentos para el tratamiento de la infertilidad con el argumento de que el tratamiento de fertilidad está excluido del POS	288
	1.6.2. Derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas	289
	1.6.2.1. Derecho a una educación sexual adecuada y oportuna	289
	1.6.3. Derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva	291
	2. Sujetos de Especial Protección Constitucional y aceptabilidad de la salud	295
	2.1. DERECHO DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL A SER OBJETO DE UN TRATO DIGNO Y DE UNA ATENCIÓN MÉDICA APROPIADA	295

2.1.1. Las personas con enfermedades mentales tienen el derecho a no permanecer internadas de manera indefinida. En razón del principio constitucional de solidaridad, las familias están obligadas al auxilio de sus parientes enfermos mentales, salvo cuando esta decisión ponga en peligro el derecho a la vida y a la integridad de los miembros del núcleo familiar	300
2.1.2. Para tener el derecho a la atención médica por una enfermedad psicológica o mental no es indispensable que el paciente se encuentre en la fase crítica de la misma	302
2.1.3. Las entidades promotoras de salud tienen el deber de asistir de manera permanente a sus afiliados, así no estén obligadas a prestar directamente el servicio. En relación con el suministro de tratamiento psiquiátrico que no se encuentre dentro del POS, la especial protección de las personas con deficiencias mentales fundamenta la obligación de las entidades del sistema de informar, orientar, apoyar y acompañar al paciente, con miras a que pueda lograr su rehabilitación e integración social	303
2.2. DERECHO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD A NO SER OBJETO DE TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES RELACIONADOS CON LA SALUD	304
2.2.1. Prohibición de tortura y procedimientos médicos o científicos coercitivos contra las personas privadas de la libertad	304
2.2.2. Prohibición de requisas íntimas que configuran tratos humillantes, crueles, inhumanos y/o degradantes	306
2.3. DERECHO A LA SALUD DE LOS ADULTOS MAYORES COMO PROYECCIÓN DEL RESPETO POR EL CICLO DE VIDA	308
2.3.1. En casos de incontinencia total, es exigible por vía de tutela el suministro de pañales si la negación de éstos hace indigna la existencia y, por ende, desconoce el derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna	312
2.3.2. El suministro de dispositivos auditivos es indispensable para asegurar una calidad de vida digna que permita mantener la integración social y el desarrollo normal de la actividad cotidiana de los adultos mayores	312
2.4. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA PRÁCTICA DE SU MEDICINA TRADICIONAL	313
2.4.1. La solicitud de acceder a la medicina alternativa tradicional es exigible por vía de tutela cuando existe conexidad entre el derecho a la salud y la protección de la diversidad étnica y cultural	317
2.4.2. No son exigibles por vía de tutela los tratamientos relacionados con medicina alternativa bioenergética porque no comprometen el derecho a la salud en conexidad con el respeto del principio de diversidad cultural. Además, los tratamientos de medicina alternativa sólo pueden suministrarse siempre y cuando estén autorizados luego de haber sido comprobada su eficacia y seguridad	318
2.5. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD	319
2.5.1. Es inadmisibles constitucionalmente suspender el servicio de salud que recibe una mujer discapacitada en calidad de beneficiaria dependiente del afiliado, por el mero hecho de suponer que, al tener un hijo, conformará familia y el padre del menor cubrirá sus necesidades económicas	322

2.5.2. Están prohibidas las intervenciones quirúrgicas o definitivas en relación con la sexualidad de las personas en situación de discapacidad cuando existe necesidad médica y posible consentimiento futuro. Sin embargo, por razones de dignidad humana que impiden decidir sobre la conformación de una familia 323

2.6. DERECHO A LA SALUD MENTAL Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS Y LOS ADOLESCENTES 325

3. Obligaciones Generales del Estado en materia de Aceptabilidad de la salud 328

3.1. OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD CON EFECTO INMEDIATO 328

3.1.1. Obligación de garantizar establecimientos, bienes y servicios respetuosos de la ética médica 329

3.1.2. Obligación de respetar los requisitos del género 330

3.1.3. Obligación de respetar los requisitos del ciclo de vida 330

3.1.4. Obligación de garantizar que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad 331

3.1.5. Obligación de adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra prácticas tradicionales nocivas que afectan sus derechos sexuales y reproductivos 333

3.1.6. Obligación de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales 334

3.1.7. Obligación de abstenerse de aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra las mismas 335

3.1.8. Obligación de velar porque los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural, lo cual implica respetar la medicina popular que no afecta la salud de las personas 338

3.1.9. Obligación de adoptar medidas para enfrentar la violencia contra la mujer y proteger de los actos de violencia a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad 339

3.2. OBLIGACIONES DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO 341

3.2.1. Obligación de velar por la creación de instituciones que presten asesoramiento y servicios de salud mental, distribuidas equitativamente 341

CAPÍTULO IV

LA CALIDAD DE LA SALUD

1. El derecho a la calidad de la salud 347

1.1. DERECHO A QUE LOS SERVICIOS DE SALUD SEAN PRESTADOS POR PERSONAL IDÓNEO, CAPACITADO Y QUE DISPONGA DE GARANTÍAS LABORALES PARA UN EJERCICIO ADECUADO DE SU OFICIO 347

1.1.1. La regulación de los requisitos mínimos para ejercer las diferentes profesiones y especialidades médicas constituye una forma de velar por la idoneidad del personal de la salud 348

1.1.2. Es necesario reglamentar la forma en que la información sobre servicios profesionales de salud debe ser públicamente ofrecida, con el fin de impedir un perjuicio en el ejercicio mismo de la profesión y la afectación del interés de la comunidad en la realización de esa actividad	351
1.1.3. La calidad de la atención en salud exige que las entidades públicas y privadas que prestan los servicios de salud garanticen la remuneración justa y oportuna del personal médico	352
1.2. DERECHO A QUE EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD SEA PRESTADO EFICAZMENTE Y EN CONDICIONES ADECUADAS	353
1.2.1. Las entidades encargadas de los programas de asistencia y protección de personas y sectores desfavorecidos deben observar procedimientos que les permitan diferenciar entre demandas empíricamente fundadas y demandas infundadas	355
1.2.2. Es obligatorio garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica a bienes constitucionalmente protegidos como los establecimientos de salud, como quiera que es inadmisibles superponer el interés económico de las empresas prestadoras del servicio de energía sobre la posibilidad efectiva y real de goce de ciertos derechos fundamentales	356
1.2.3. La negligencia administrativa de los hospitales puede violar derechos fundamentales	357
1.2.4. Los derechos fundamentales no tienen por qué resultar afectados por los conflictos que existan entre una EPS y los hospitales o especialistas con los que haya suscrito contratos	358
1.2.5. La retención de los pacientes para asegurar el pago de lo debido por atención médica es una limitación inconstitucional de su libertad que desnaturaliza el papel que juega el servicio público de salud en la realización de la dignidad humana	359
1.2.6. Puede existir delegación legal para que el Gobierno desempeñe funciones de reglamentación y de policía administrativa en la fijación de las condiciones técnicas de funcionamiento de los laboratorios clínicos e industriales, siempre y cuando estas funciones no afecten directamente el derecho fundamental de escoger profesión y oficio	360
1.3. DERECHO A MEDICAMENTOS DE CALIDAD	362
1.3.1. En principio, las acciones populares son el mecanismo judicial procedente para la defensa del derecho colectivo a la calidad de los medicamentos. Sin embargo, en circunstancias de indefensión, urgencia y riesgo inminente para los derechos fundamentales, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo y eficaz para evitar un perjuicio irremediable causado por problemas en la calidad de los medicamentos	362
1.3.2. Existe el derecho a recibir un medicamento excluido del POS siempre y cuando en el listado del plan obligatorio no exista un reemplazo que ofrezca similar idoneidad y efectividad	364
1.3.3. La decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para preservar la salud de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el comité técnico científico de la EPS, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario	365
1.4. DERECHO A UNA ATENCIÓN MÉDICA OPORTUNA, ADECUADA Y QUE EVITE LA AGRAVACIÓN DEL ESTADO DE SALUD DEL PACIENTE	366

1.4.1. La atención médica debe generar un restablecimiento integral de la salud del paciente	367
1.4.2. El servicio médico debe ser desarrollado y culminado atendiendo al principio de buena fé	369
1.4.3. La demora irrazonable en la atención médica de una enfermedad grave constituye una violación de derechos fundamentales. Así mismo, el retardo injustificado en el suministro de un medicamento o en la programación de una cirugía –incluso si ésta no es urgente, por no existir un riesgo inminente para la vida- pueden generar una situación que afecta la calidad de vida del paciente y, por ello, la acción de tutela es procedente para la protección del derecho a la salud	371
1.5. DERECHO A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A UNA VIDA DIGNA	373
1.5.1. Calidad de vida. La normatividad que impide el suministro de prestaciones por fuera del POS debe inaplicarse no sólo en casos de riesgo inminente para la vida sino también cuando se compromete la calidad de vida del paciente y, por ende, su dignidad humana	375
1.5.2. Mantener a una persona expuesta a dolencias permanentes que pueden ser evitadas, constituye un trato cruel e inhumano que impide llevar una vida digna	377
1.5.3. La curación debe entenderse como mejora en las condiciones de vida de la persona y no solamente como superación total de la enfermedad. En el concepto curación se incluyen todo los servicios necesarios para 1) aliviar las condiciones producidas por una enfermedad, condición física o mental; 2) evitar las secuelas de la misma, o 3) superar la condición de limitación física que padece la persona como consecuencia de la enfermedad	379
1.5.4. Inaplicación del régimen de exclusiones del POS frente a casos especiales donde el derecho a la salud tiene conexidad con el derecho a una vida digna	380
1.5.4.1. Los graves trastornos psicológicos que impiden continuar una vida normal, comprometen la vida digna de la persona. Por ello, la atención médica necesaria para el restablecimiento de problemas graves de salud mental forma parte del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida	381
1.5.4.2. Las cirugías estéticas, por no estar incluidas en el POS, no son exigibles por vía de tutela. Sin embargo, las intervenciones estéticas que tienden a poner fin a dolores corporales y restablecer la integridad física, pueden ser exigidas por vía de la acción de tutela en razón de la conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna	382
1.5.4.3. El suministro de prótesis mamarias es exigible cuando permite el restablecimiento de la integridad física, moral y psíquica en que se funda una vida digna	384
1.5.4.4. El derecho a llevar una vida sexual normal y a no sufrir afecciones psicológicas que perturben la dignidad, determina la necesidad de suministrar Viagra a las personas que padecen enfermedades que generan disfunción eréctil	385
1.5.4.5. La acción de tutela es procedente para exigir el suministro de la hormona del crecimiento cuando la estatura de un menor es inferior a la del promedio de la población y ello incide patológicamente en su desarrollo físico y afecta su autoestima y dignidad	385
1.5.4.6. La negación de prestaciones o la negligencia en relación con gestiones destinadas a la atención de problemas graves de la visión (cataratas, desprendimiento de retina o ceguera) afectan la vida digna de las personas	387

2. Sujetos de Especial Protección Constitucional y Derecho a la Calidad de la Salud 389

**2.1. CALIDAD DE LA SALUD Y CONDICIONES DE RECLUSIÓN
DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD 389**

2.1.1. El derecho a la salud de los reclusos resulta vulnerado por las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias de los establecimientos de reclusión, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios. Tanto el hacinamiento como un ambiente malsano en las cárceles, desvirtúan por completo los fines del tratamiento penitenciario 391

2.1.2. Las personas privadas de la libertad tienen el derecho fundamental a recibir una alimentación que responda, en cantidad y calidad, a prescripciones dietéticas y de higiene que garanticen, como mínimo sus necesidades básicas de nutrición. El hambre es una forma de tortura que debe ser proscrita de las cárceles 393

**2.2. DERECHO A LA REHABILITACIÓN MÁXIMA POSIBLE DE LAS PERSONAS
EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD 394**

2.2.1. La atención integral y especializada que requieren los discapacitados, exige unas mínimas condiciones de salubridad para un tratamiento adecuado 398

2.2.2. La calidad de la salud de las personas con discapacidad requiere el acceso a servicios de rehabilitación idóneos y cualificados, que incluyan las prótesis y demás elementos necesarios para el desarrollo de una vida digna. Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos necesarios para realizar el procedimiento 399

2.2.3. El servicio de educación especial hace parte del tratamiento especial y adecuado en salud que deben recibir las personas con discapacidad 403

3. Obligaciones de Calidad en el derecho a la salud 404

3.1. OBLIGACIONES DE CALIDAD CON EFECTO INMEDIATO 404

3.1.1. Obligación de garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean de buena calidad 405

3.1.2. Obligación de controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos 405

3.1.3. Obligación de ejercer la inspección y vigilancia del servicio público de salud 408

3.1.4. Obligación de proporcionar capacitación adecuada al personal de la salud, incluida la educación en derechos humanos, de tal forma que éste reúna las condiciones necesarias de formación, experiencia y deontología 409

3.2. OBLIGACIONES DE CALIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO 409

3.2.1. Obligación de fomentar la investigación en salud 410

CONSIDERACIONES FINALES 413

PRESENTACIÓN

19

El Defensor del Pueblo tiene dentro de sus funciones constitucionales la de orientar e instruir a los habitantes del territorio nacional y a los colombianos en el exterior en el ejercicio y defensa de sus derechos (C.P., art. 282-1). De igual forma, entre sus responsabilidades legales está contemplada la obligación de difundir el conocimiento de la Constitución Política de Colombia, especialmente en lo concerniente con los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente (Ley 24 de 1992, artículo 9-6).

En cumplimiento de estos deberes, el proyecto ProSeDHer de la Defensoría del Pueblo ha realizado, a partir de una metodología de investigación novedosa, el análisis y sistematización de las fuentes jurídicas de los derechos económicos y sociales, es decir, de las normas constitucionales, la jurisprudencia constitucional, las normas consagradas en los instrumentos internacionales ratificados por Colombia y la doctrina internacional de los mecanismos convencionales y no convencionales de los sistemas regional y universal de protección de los derechos humanos. Los textos que se han elaborado con base en tales investigaciones representan un notable aporte a la doctrina constitucional de Colombia, ya que definen los estándares mínimos no negociables de los derechos económicos y sociales en nuestro país, y compendian el mapa de obligaciones a cargo del Estado para su realización efectiva. Este tipo de esfuerzo tiene como proyección directa el fortalecimiento y la organización de la gestión defensorial.

Con frecuencia se afirma que los derechos sociales generan una responsabilidad compartida por diferentes actores, entre ellos el Estado. Empero, en un contexto de exigibilidad difusa (donde el titular del derecho desconoce a qué está obligado exactamente el Esta-

do), la falta de concreción de los deberes hace que las demandas de la sociedad civil no tengan mayor resonancia ante las autoridades estatales competentes. Por esta razón, los textos que forman parte de la presente colección tienen la función de definir las exigencias que pueden hacerse al Estado en relación con derechos sociales. Para lograr este objetivo, los documentos extraen las obligaciones estatales de los instrumentos internacionales y la Constitución, las clasifican, y las correlacionan con el contenido básico de los respectivos derechos. Dicho contenido permite que, tanto la jurisdicción como los actores políticos, puedan identificar violaciones a los derechos y las correspondientes formas de reparación acordes con su estructura.

20

El propósito que tienen estos documentos sobre el contenido de los derechos sociales es servir como instrumentos para la exigibilidad política y judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. En particular, los documentos sirven como fundamento para la evaluación y seguimiento de las políticas públicas. Además, constituyen un ineludible referente para la construcción de indicadores e instrumentos de medición que permitan hacer seguimiento a la actividad estatal, a partir de las obligaciones internacionales del Estado colombiano y del contenido constitucional mínimo de los derechos que involucra cada tema bajo análisis.

Los textos también buscan fortalecer el grado de conocimiento institucional de los derechos de los grupos de especial protección constitucional frente a quienes la Defensoría del Pueblo tiene que reforzar su acción. De alcanzar este propósito, tanto las posibilidades de intervención, seguimiento y control sobre las entidades públicas responsables de la materialización de sus derechos sociales, como las atribuciones que posee la Defensoría del Pueblo para efectuar recomendaciones pertinentes, se incrementarán sustancialmente.

Los documentos constituyen además una herramienta fundamental para el trabajo que desarrollan organizaciones sociales, cuya labor en relación con la exigibilidad judicial y política de los derechos humanos requiere de un soporte teórico riguroso y sistemático.

Tomar en serio la materialización del Estado social de derecho exige que las políticas públicas sean instrumentos necesariamente dirigidos hacia la construcción de una sociedad más igualitaria, donde la satisfacción de necesidades básicas contribuya a la lucha

contra la discriminación y la exclusión social. Solo así es posible fortalecer los valores democráticos en el conjunto de la población y promover bienestar social y desarrollo económico con fundamento en una perspectiva de derechos humanos.

Volmar Pérez Ortiz
Defensor del Pueblo

INTRODUCCIÓN

La Defensoría del Pueblo considera que uno de los primeros pasos hacia la exigibilidad y realización de los derechos sociales lo constituye su clara y concreta delimitación. Ello permite que funcionarios estatales, instituciones, organizaciones no gubernamentales, organizaciones sociales y ciudadanos en general conozcan exactamente a qué tienen derecho y cuáles son las obligaciones del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

23

Con fundamento en la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, el objetivo del presente libro consiste en describir el **contenido mínimo esencial** del derecho a la salud. Se busca alcanzar un nivel de detalle suficiente para que sean explícitos los derechos subjetivos que se derivan de la consagración del derecho a la salud en normas de rango superior, los precedentes jurisprudenciales y las obligaciones correspondientes a tales derechos. Las diversas clasificaciones que aquí se ofrecen, buscan la mejor comprensión de dichos derechos subjetivos. Para ello, se enfatiza en el tratamiento de los sujetos más vulnerables y se insiste en las áreas prioritarias de atención que demanda el derecho a la salud.

Aunque no todo el derecho a la salud se agota en ese contenido, es indispensable como cerlo para determinar las obligaciones que permiten su realización efectiva. Definido el contenido mínimo del derecho, se consolida una herramienta para su exigibilidad judicial y política, así como para el seguimiento de la política pública que, se supone, debe desarrollarlo.

¹ Naciones Unidas. Documento E/C.12/2000/4 del 11 de agosto de 2000. La observación analiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

1. Aspectos metodológicos

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹ (párr. 12) establece que el derecho a la salud abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: **disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad**. En este libro, el contenido del derecho es presentado en cuatro capítulos atendiendo a dichos criterios. Cada sección se subdivide en áreas temáticas que giran en torno a los derechos, los sujetos de especial protección y las obligaciones directamente relacionadas con dichos elementos esenciales. El análisis de los temas se concentra en su dimensión constitucional y en los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes. Como se explica a continuación, la metodología que se utiliza involucra el análisis de líneas jurisprudenciales y subreglas constitucionales. Además, se utiliza el concepto de bloque de constitucionalidad relativo al derecho a la salud para delimitar el alcance de sus elementos esenciales.

24

I.1. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE UN DERECHO A PARTIR DE SUBREGLAS JURISPRUDENCIALES

El documento contiene los precedentes que se derivan de las sentencias hito correspondientes a las áreas temáticas a partir de las cuales se analizan los elementos esenciales del derecho a la salud². Diversas razones explican esta importancia de la jurisprudencia para el análisis de los derechos.

En el derecho constitucional contemporáneo, se consideran como normas de derecho fundamental tanto los derechos consagrados en el texto de la Constitución como las **normas adscriptas de derecho constitucional**, esto es, las reglas de decisión que configuran derechos fundamentales a partir de la valoración judicial de casos concretos. Una

² Entre las fuentes consultadas se analizan 397 sentencias de la Corte Constitucional. En cada área temática, se tuvo como punto de partida el último fallo proferido por dicha corporación, según la información suministrada por la Relatoría correspondiente (www.ramajudicial.gov.co). A partir de su relevancia e idoneidad explicativa, se indagó por las sentencias citadas en ese último precedente hasta encontrar las sentencias y subreglas más importantes. La técnica para extraer las subreglas jurisprudenciales atiende a la metodología propuesta por Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales, y teoría del Derecho judicial*, Bogotá, Legis, Ediciones Uniandes, 2000. Véase en particular el capítulo 3.

³ Autores como Alexy consideran que al decidir en relación con principios fundamentales en disputa frente a un caso concreto, la ponderación que resulta genera una norma adscripta: "(c)omo resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental adscripta con carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso". Véase Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 97.

norma adscripta es, en consecuencia, la presentación como regla abstracta y general de la decisión adoptada judicialmente en un caso concreto³.

La noción de norma adscripta se refleja en los conceptos de *ratio decidendi*, subregla jurisprudencial y precedente. La Corte Constitucional⁴ ha definido la *ratio decidendi* como la formulación más general, que trasciende las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica. De allí que no todos los apartes de las sentencias sean obligatorios sino tan sólo algunos de ellos. Por este motivo, los razonamientos o elaboraciones de una sentencia que no constituyen *ratio decidendi*, son considerados como *obiter dictum*.

25

Ahora bien, el juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio. Únicamente tienen tal carácter aquellas consideraciones normativas que constituyen realmente la *razón necesaria* para decidir el asunto⁵ y son los jueces posteriores o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio* de un asunto. Por ello, la Corte precisa que:

“[E]n algunos eventos, el juez posterior “distingue” (*distinguishing*) a fin de mostrar que el nuevo caso es diferente del anterior, por lo cual el precedente mantiene su fuerza vinculante, aunque no es aplicable a ciertas situaciones, similares pero relevantemente distintas, frente a las cuales entra a operar la nueva jurisprudencia. En otros casos, el tribunal posterior concluye que si bien en apariencia, la *ratio decidendi* del caso anterior parece aplicarse a la nueva situación, en realidad ésta fue formulada de manera muy amplia en el precedente, por lo cual es necesario concluir que algunos de sus apartes constituyen una opinión incidental, que no se encontraba directamente relacionada a la decisión del asunto. El tribunal precisa entonces la fuerza vinculante del precedente, ya que restringe (*narrowing*) su alcance. En otras situaciones, la actuación del juez ulterior es contraria y amplía el alcance de una *ratio decidendi* que había sido entendida de manera más restringida. En otras ocasiones, el tribunal concluye que una misma situación se encuentra gobernada por precedentes encontrados, por lo cual resulta necesario determinar cuál es la doctrina vinculante en la materia. O, a veces, puede llegar a concluir que un caso resuelto anteriormente no puede tener la autoridad de un precedente por cuanto carece verdaderamente de una *ratio decidendi* clara”⁶.

⁴ Sentencia SU-047 de 1999.

⁵ *Ibid.* Fundamento jurídico 52.

⁶ *Ibid.*

La *ratio decidendi* o “sub-regla” es entonces la regla jurisprudencialmente construida para solucionar casos concretos, motivo por el cual puede considerarse una norma adscrita. Es una “sub-regla” precisamente porque indica las condiciones jurisprudenciales de aplicación de las reglas y principios constitucionales⁷. Cabe anotar que, en materia de control abstracto de constitucionalidad, la *ratio decidendi* corresponde al razonamiento de la Corte que está directamente ligado a la decisión de exequibilidad o inexecutable⁸ y se identifica a partir del problema jurídico efectivamente analizado por esa Corporación⁹.

26

Para el trabajo que nos ocupa en relación con el derecho a la salud, es importante definir las subreglas jurisprudenciales relacionadas con este derecho, en la medida en que éstas delimitan el contenido normativo del derecho a la salud. Sin embargo, los referentes que permiten dar cuenta del contenido del derecho a la salud no se encuentran únicamente en las subreglas jurisprudenciales y en la normatividad específica. Los diversos instrumentos internacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) establecen, además, una serie de compromisos ineludibles para los Estados que deben ser aplicados al momento de diseñar, ejecutar y efectuar el seguimiento de políticas públicas.

1.2. LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE UN DERECHO A PARTIR DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Los derechos que conforman el contenido del derecho a la salud han sido reconocidos por normas internacionales contenidas en tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Estos tratados imponen al Estado una serie de obligaciones en torno a la realización del derecho a la salud y, bajo ciertas condiciones, tienen una fuerza normativa similar a la de las normas constitucionales. De allí la importancia metodológica del concepto de “bloque de constitucionalidad” para el presente texto. El bloque de

⁷ Camilo Borrero, María Clara Galvis, Danilo Rojas y Rodrigo Uprimny, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *Pensamiento Jurídico*, No. 15, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002, Nota 11.

⁸ Sentencia T-249 de 2003. La Corte consideró que “(a) partir del problema es posible establecer si los argumentos expuestos y los análisis realizados (i) permiten resolver el problema, (ii) responden a los elementos de juicio (empíricos y jurídicos) relevantes para el caso y (iii) finalmente, si la decisión es consistente con las premisas dadas como argumentos de justificación de la decisión”.

⁹ *Ibid.* La Corte precisó que, en el control abstracto de constitucionalidad, pueden surgir *rationes decidendi* con estructura de normas-regla o de normas-principio. En las normas-regla, se define un supuesto de hecho al cual se adscribe una determinada consecuencia jurídica. En el caso de las normas-principio, se precisa en abstracto el alcance de un derecho fundamental, de tal forma que el seguimiento del precedente se sujeta a la ponderación de los principios que confluyen en la solución de un problema jurídico.

constitucionalidad es el conjunto de 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 al texto constitucional por mandato de la propia Constitución¹⁰.

La Corte Constitucional ha precisado que “siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior”¹¹. Al respecto, la Corte ha señalado que el inciso segundo del artículo 93 de la Carta Política¹² confiere rango constitucional a todos los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y referidos a derechos que ya aparecen en la Carta¹³, como ocurre con el derecho a la salud.

27

Teniendo en cuenta lo anterior, el bloque de constitucionalidad¹⁴ del derecho a la salud lo conforman, además de varios artículos de la Constitución, múltiples normas consagradas en los siguientes tratados internacionales:

¹⁰ Sentencia C-225 de 1995. Para fundamentar el bloque de constitucionalidad del derecho a la salud, vale la pena destacar los siguientes artículos de la Constitución: “Artículo 53. (...) los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. (...)”; “Artículo 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”.

¹¹ Sentencia C-578 de 1999.

¹² “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

¹³ Sentencia T-1319 de 2001.

¹⁴ En opinión de Rodrigo Uprimny, la Corte Constitucional le ha dado tres implicaciones al concepto bloque de constitucionalidad: i) normas y principios con rango constitucional, ii) normas y principios que sirven como parámetros para analizar la constitucionalidad de una disposición y iii) instrumentos jurídicos relevantes para valorar una situación fáctica específica y decidir un caso constitucional particular. Ver Rodrigo Uprimny, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Tomo I, 2001. Atendiendo a lo establecido por la Corte Constitucional (sentencia C-191 de 1998 y C-582 de 1999, entre otras) Uprimny considera que las normas que hacen parte del llamado *bloque en sentido estricto* son (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. A su vez, el *bloque en sentido lato* contiene (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente. *Op. Cit.*, p. 151-152.

- Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

- Sistema Universal de Derechos Humanos:

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Convenios de Ginebra y Protocolos Adicionales

28

Frente al derecho a la salud de los sujetos de especial protección, el Estado colombiano ha asumido obligaciones internacionales en los siguientes instrumentos:

- Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

- Sistema Universal de Derechos Humanos:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- Convención sobre los Derechos del Niño
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados
- Convención sobre el Estatuto de los Apátridas
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

- Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169 de la OIT)
- Convenios de la OIT en relación con la salud en el trabajo

Así mismo, hacen parte del bloque de constitucionalidad del derecho a la salud una serie de normas que constituyen derecho internacional consuetudinario¹⁵ o costumbre internacional en la materia. Si bien es cierto que no tienen la naturaleza de un tratado y que su valor jurídico es variable, los siguientes instrumentos internacionales son fruto de un amplio consenso de la comunidad internacional y son aplicados sistemáticamente por los Estados. Por esta razón, consolidan una práctica general y sistemática que nace de la aceptación generalizada de obligaciones jurídicas. Entre dichas normas se destacan:

29

- Declaración Universal de los Derechos Humanos
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo
- Declaración y Programa de Acción de Viena
- Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social
- Declaración de Alma-Ata sobre la Atención Primaria en Salud

- Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud
- Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos
- Directrices sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos
- Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad
- Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales

¹⁵ El derecho internacional consuetudinario está constituido por (i) prácticas desarrolladas por los Estados, reconocidas por éstos como obligatorias y (ii) principios generales del derecho. Los instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud que no son tratados tienen una fuerza persuasiva importante. En efecto, su promulgación es fruto de largas negociaciones entre los gobiernos y, además, son adoptados consensualmente por órganos políticos con autoridad supranacional como la Asamblea General de la ONU.

- Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Principios relativos a la Investigación y Documentación eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- Principios Rectores de los Desplazamientos Internos
- Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad
- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental
- Declaración sobre los Derechos de los Enfermos Mentales
- Declaración de los Derechos de los Impedidos
- Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos
- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos
- Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión
- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.
- Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven
- Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor

El alcance de los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad del derecho a la salud, ha sido elaborado por la jurisprudencia de organismos cuya interpretación autorizada es vinculante para el Estado colombiano¹⁶. Los siguientes

¹⁶ En la sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales. Los órganos e instituciones que profieren una interpretación autorizada de las normas de derechos humanos consolidan criterios que deben ser atendidos por el Estado colombiano en razón de sus obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta precisión tiene como fundamento el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución (*supra* nota 12).

órganos de vigilancia de los tratados sobre derechos humanos en el Sistema de Naciones Unidas han interpretado diversos instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud:

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- Comité de Derechos Humanos
- Comisión de Derechos Humanos
- Comité contra la Tortura
- Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
- Comité de los Derechos del Niño

31

De otra parte, los organismos especializados de las Naciones Unidas (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF-, Fondo de Población de las Naciones Unidas –UNFPA-, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO-, la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, entre otros) se han referido a temáticas de especial relevancia para la realización del derecho a la salud. En especial, el presente libro hace alusión a resoluciones emitidas por la Asamblea Mundial de la Salud (entidad que hace parte de la Organización Mundial de la Salud –OMS-) en torno a temáticas que no son objeto de regulación en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se han tenido en cuenta informes generales, informes sobre Colombia e informes en casos específicos proferidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como casos contenciosos y opiniones consultivas fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Adicionalmente, organizaciones sociales y expertos en derechos humanos han estudiado el contenido y alcance de los instrumentos internacionales sobre el derecho a la salud. En este libro se citan dos de los documentos más importantes: los Principios de Limburgo y la Declaración de Quito. Estas fuentes (conocidas en derecho internacional como *soft law*) han sido empleadas por organismos de las Naciones Unidas como sustento de la interpretación de algunas normas internacionales. Finalmente, se hace mención al informe preliminar del Relator Especial sobre el Derecho al Disfrute del Más

Alto Nivel de Salud Física y Mental¹⁷, presentado por el profesor Paul Hunt en febrero de 2003.

32

La importancia del bloque de constitucionalidad para el seguimiento de las políticas públicas que buscan la realización del derecho a la salud, radica en varios aspectos. Si el Estado colombiano se ha comprometido con el cumplimiento de internacionales de derechos humanos que tienen similar fuerza normativa a las normas constitucionales, es exigible que las leyes ordinarias se ajusten a esos compromisos. En otras palabras, el Estado debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno (leyes ordinarias, decretos, reglamentaciones, resoluciones, etc) a los contenidos del bloque de constitucionalidad. De la misma manera, las políticas públicas que desconozcan el bloque no resultan acordes con las normas constitucionales; más aún si se tiene en cuenta que en el diseño de políticas bajo un enfoque de derechos humanos, se debe escoger y aplicar la regulación que sea más favorable a la vigencia de los derechos humanos¹⁸.

¹⁷ Los Relatores Especiales, Grupos de Trabajo y Expertos Independientes forman parte de los procedimientos y mecanismos extraconvencionales establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social del Sistema de Naciones Unidas.

¹⁸ Cabe anotar que la noción de bloque de constitucionalidad viene siendo utilizada no sólo por la jurisdicción constitucional sino también por diversos operadores jurídicos en Colombia. Por ejemplo, organismos de control como la Procuraduría General de la Nación han adoptado la noción de bloque de constitucionalidad como eje para el desarrollo de su función preventiva en materia de derechos humanos. Véase **Función preventiva de la Procuraduría General de la Nación en materia de derechos humanos**, Bogotá, 2003, p. 95-100.

I.3. ACLARACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA INTERNA DEL LIBRO

El siguiente cuadro resume la estructura interna del libro:

DISPONIBILIDAD

Contenido del elemento esencial

1. Protección de la oferta pública
2. Protección de la oferta privada que contribuya a la realización efectiva del derecho a la salud
3. Disponibilidad de indicadores e información en salud
4. Disponibilidad de los factores determinantes de la salud (derecho a la salud pública)
5. Disponibilidad de los servicios y atención individual en salud (derecho a la asistencia sanitaria)
6. Disponibilidad de servicios de salud sexual y reproductiva (derecho a la atención en salud sexual y reproductiva)
7. Disponibilidad de opciones para acceder a los servicios de salud (libre escogencia)

Sujetos de especial protección

1. Derecho de las niñas y los niños a disponer de lo necesario para un desarrollo armónico e integral
2. Derecho de la mujer embarazada a una protección y atención especial en salud

Obligaciones

Con efecto inmediato:

1. Utilizar el máximo de los recursos disponibles para dar efectividad al derecho a la salud.
2. Adoptar y aplicar una estrategia y un plan nacional de salud pública donde se incluya:
 - Adoptar medidas para proporcionar inmunización contra las enfermedades infecciosas y prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas
 - Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre
 - Abstenerse de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra
 - Abstenerse de utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas
2. Garantizar la exigibilidad judicial del derecho a la salud
3. Facilitar medicamentos esenciales
4. Velar por la atención de la salud sexual, genésica e infantil
5. Velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud

De cumplimiento progresivo

1. Contar con suficientes establecimientos, bienes y servicios
2. Contar con suficiente personal de la salud
3. Prestar asistencia y cooperación internacional

ACCESO**Contenido del elemento esencial**

1. Derecho de acceso a través del régimen contributivo
2. Derecho de acceso a través del régimen subsidiado
3. Derecho de acceso como participante vinculado

Sujetos de especial protección

1. Niñas, niños y mayores de edad con pronóstico no favorable de curación total
2. Acceso de la mujer a la salud sexual y reproductiva. Derecho a no ser discriminada por la condición de madre
3. Grupos étnicos
4. Adultos mayores
5. Personas con discapacidad
6. Portadores de VIH y enfermos de SIDA
7. Minorías sexuales
8. Personas privadas de la libertad
9. Personas en situación de desplazamiento forzado por la violencia
10. Personas en situación de indigencia
11. Trabajadores migratorios
12. Refugiados y apátridas
13. Extranjeros

Obligaciones**Con efecto inmediato**

1. Garantizar el acceso a la atención básica en salud.
2. Garantizar el ejercicio del derecho a la salud sin discriminación alguna
3. No limitar el acceso a métodos anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y reproductiva
4. Abstenerse de violar el Derecho Internacional Humanitario mediante la limitación del acceso a los servicios de salud como medida punitiva durante estados de emergencia o conflictos armados
5. Proteger a la misión médica y a las víctimas del conflicto armado
6. Acceso a la información

De cumplimiento progresivo

1. Accesibilidad física
2. Accesibilidad económica

ACEPTABILIDAD

Contenido del elemento esencial

1. Derecho a la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud
2. Derecho a la autonomía en el manejo de la propia salud y como paciente. Necesidad del consentimiento informado en la relación médico-paciente
3. Derecho a una muerte digna
4. Derecho a la prevención de los problemas de salud mental
5. Derecho a la protección del cuerpo contra injerencias ajenas
6. Derecho a la autodeterminación reproductiva

Sujetos de especial protección

1. Derecho de las personas con enfermedad mental a ser objeto de un trato digno y de una atención médica apropiada
2. Derechos de las personas privadas de la libertad a la salud mental y a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes relacionados con la salud
3. Derecho a la salud de los adultos mayores como proyección del respeto por el ciclo de vida
4. Derecho de los pueblos indígenas a la práctica de su medicina tradicional
5. Derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad
6. Derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes

Obligaciones

Con efecto inmediato

1. Garantizar establecimientos, bienes y servicios respetuosos de la ética médica
2. Respetar los requisitos del género
3. Respetar los requisitos del ciclo de vida
4. Garantizar que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad
5. Adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra prácticas tradicionales nocivas que afectan sus derechos sexuales y reproductivos
6. Abstenerse de prohibir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales
7. Abstenerse de aplicar tratamientos médicos coercitivos
8. Velar porque los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural, lo cual implica respetar la medicina popular que no afecta la salud de las personas
9. Adoptar medidas para enfrentar la violencia contra la mujer y proteger de los actos de violencia a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad

De cumplimiento progresivo

1. Velar por la creación de instituciones que presten servicios de salud mental, distribuidas equitativamente

CALIDAD**Contenido del elemento esencial**

1. Derecho a que los servicios de salud sean prestados por personal idóneo
2. Derecho a que el servicio público de salud sea prestado eficazmente y en condiciones adecuadas
3. Derecho a medicamentos de calidad
4. Derecho a una atención médica oportuna, adecuada y que evite la agravación del estado de salud del paciente
5. Derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna (calidad de vida)

Sujetos de especial protección

1. Calidad de la salud y condiciones de reclusión de las personas privadas de la libertad
2. Derecho a la rehabilitación máxima posible de las personas en situación de discapacidad

Obligaciones**Con efecto inmediato**

1. Garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean de buena calidad
2. Controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos
3. Ejercer la inspección, vigilancia y control del servicio público de salud
4. Proporcionar capacitación adecuada al personal de la salud

De cumplimiento progresivo

1. Fomentar la investigación en salud

El esquema planteado en el cuadro anterior, resalta los factores que deben tomarse en consideración para evaluar la progresividad o regresividad de las políticas públicas en el sector salud. Aunque en las distintas secciones correspondientes a cada uno de los elementos esenciales del derecho a la salud sólo se han destacado algunos sujetos de especial protección, ello no significa que sólo ese aspecto esencial sea aplicable a los sujetos referidos. Tal manejo de la información sólo expresa que ciertas necesidades sanitarias apremiantes de esos sujetos están relacionadas con ese elemento esencial del derecho a la salud. Por ejemplo, al estudiar el derecho de los pueblos indígenas a la práctica de su medicina tradicional en el capítulo sobre aceptabilidad, se busca resaltar que el problema relevante en relación con este elemento esencial del derecho a la salud es el respeto por la diversidad cultural. Pero el que se enfatice la aceptabilidad no significa ignorar el derecho de acceso o la calidad de los servicios de salud que se debe garantizar a los grupos étnicos.

37

Se ofrece entonces una línea de continuidad entre los elementos esenciales del derecho a la salud. El primer paso, lo constituye la **disponibilidad** de establecimientos, bienes y servicios de salud. Este aspecto se relaciona con la dotación e infraestructura necesaria para darle un soporte concreto a la materialización del derecho a la salud. Ahora bien, no es suficiente que exista una red de hospitales, personal de la salud y medicamentos lo suficientemente amplia. El siguiente paso consiste en la **accesibilidad** a los servicios que se pretenden disponibles. Con todo, los establecimientos, bienes y servicios a los que es posible acceder, deben también ser **aceptados** por los beneficiarios, en ejercicio de su autonomía, y, si es del caso, como desarrollo de condiciones especiales en cuanto a género, ciclo de vida, situación de discapacidad y/o diversidad cultural. Finalmente, aún cuando se disponga de una infraestructura adecuada y el acceso a la misma alcance la mayor cobertura, no se logra mayor cosa si los servicios que se prestan no están sujetos a estándares básicos de **calidad**. Estos cuatro elementos están inescindiblemente concatenados, de tal forma que el Estado desconoce el entendimiento de la salud como **salud integral** cuando privilegia uno de estos factores en desmedro de otro u otros. Así mismo, la relación entre derechos y obligaciones a cargo del Estado no genera compartimentos estancos, sino múltiples redes temáticas que se entrelazan y son interdependientes.

Los próximos informes del Relator Especial sobre el derecho al disfrute del más alto nivel de salud física y mental, probablemente exijan nuevos ajustes y reformulaciones de

esta estructura. Por lo pronto, lo que busca este libro es alentar una discusión necesaria en torno al contenido esencial del derecho a la salud, de forma que, con el tiempo, se consolide un documento que constituya un punto de partida común para todas y todos aquellos interesados en luchar por la realización de este derecho en Colombia.

2. Aspectos Generales

38

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud ha precisado que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades. Así mismo, el goce del máximo grado de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social¹⁹. La salud involucra entonces actividades de prevención, promoción y protección e implica un enfoque integral en donde se incluyen los entornos físico y social y los demás factores relacionados con la existencia. Bajo un enfoque similar, la Corte Constitucional ha entendido el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en su estabilidad orgánica y funcional. De allí que este derecho implique una acción de conservación y otra de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo²⁰.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha plasmado con claridad esta idea al considerar que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socio-económicos que promueven las condiciones que permiten a las personas llevar una vida sana²¹. Estos factores contemplan la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

¹⁹ Principios básicos de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, y firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados.

²⁰ Véanse, entre muchas otras, las sentencias T-494 de 1993 y T-204 de 2000.

²¹ Observación General 14, párr. 4.

Así mismo, el derecho a la salud tiene una dimensión **individual** relacionada con la asistencia sanitaria de cada individuo (*infra* Capítulo I, 1.5) y una dimensión **colectiva** que contiene elementos de carácter asistencial (como el tratamiento de las enfermedades en tanto preocupación de salud pública), elementos de promoción y prevención y las demás intervenciones en relación con la salud pública (*infra* Capítulo I, 1.4).

Para facilitar la lectura y comprensión del presente documento, se ha considerado relevante hacer una breve descripción de los aspectos generales que ordenan y dan estructura a la investigación. Se explicará el concepto de salud como derecho fundamental (2.1), como servicio público (2.2) y las clasificaciones de las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la salud que se emplearán en este texto (2.3).

39

2.1. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

La Corte Constitucional ha distinguido entre la salud como un **servicio público** que genera, al mismo tiempo, **derechos prestacionales** y **derechos fundamentales**. Además, la salud es un derecho y un servicio público de amplia configuración legal. En otras palabras, la Constitución difiere a la ley la regulación del acceso al sistema de salud, así como el alcance de las prestaciones obligatorias en este campo. Al precisar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud, la Corte Constitucional expresó:

“En la medida en que corresponde a la ley definir cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y establecer sistemas de acceso a la seguridad social, debe entenderse que toda persona que cumpla con los requisitos legales para ingresar y permanecer en el sistema de salud, tiene igualmente un derecho constitucionalmente protegido a recibir las correspondientes prestaciones médicas”²².

La realización del derecho a la salud tiene como punto de partida el sistema que organice el Estado para responder a la demanda de servicios de la comunidad. Por esta razón, la doctrina le asigna el carácter de **derecho prestacional**, lo cual significa que requiere de un desarrollo político, legislativo, económico y técnico para garantizar su expansión

²² Sentencia C-177 de 1998.

y cobertura²³. La prestación que involucra el derecho a la salud es de **carácter programático** porque requiere de un proceso en el que se diseñan y planifican las instituciones y el sistema que lo hacen posible. Ello exige tiempo y la apropiación de recursos que luego deben ser destinados bajo una serie de parámetros que deben ser discutidos democráticamente²⁴. Su realización es, en este sentido, **progresiva**²⁵.

Por tal motivo, el derecho a la salud, en principio, no puede considerarse como derecho fundamental. Sin embargo, en ciertas situaciones especiales los derechos prestacionales se transforman en **derechos subjetivos**²⁶. A partir de ello, la jurisprudencia de la Corte ha establecido algunos supuestos bajo los cuales se puede entender el derecho a la salud como derecho fundamental (2.1.1) y los criterios de procedencia de la acción de tutela frente al derecho a la salud (2.1.2).

40

²³ Sentencia T-978 de 2001.

²⁴ Sin embargo, en la sentencia T-595 de 2002, la Corte precisó que “a medida que pasan los años, si las autoridades encargadas no han tomado medidas efectivas que aseguren avances en la realización de las prestaciones protegidas por los derechos constitucionales, gradualmente van incurriendo en un incumplimiento (...). El que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse”.

²⁵ Sobre el contenido del derecho a la salud que es de desarrollo progresivo, véase **infra** 2.3.3.3. La Corte Constitucional (sentencia T-595 de 2002) manifestó que “(e)n primer lugar, la progresividad se predica del goce efectivo del derecho y, por lo tanto, no justifica excluir grupos de la sociedad de la titularidad del mismo. En la medida en que ciertos grupos sociales, por sus condiciones físicas, culturales o socioeconómicas, sólo pueden gozar plenamente de una prestación amparada por un derecho si el Estado adopta políticas que comprometen recursos públicos y exigen medidas de orden administrativo, el carácter progresivo de estas prestaciones impide que el Estado sea completamente indiferente a las necesidades de tales grupos puesto que ello equivaldría a perpetuar su situación de marginamiento, lo cual es incompatible con los principios fundamentales en que se funda una democracia participativa. En segundo lugar, la progresividad de ciertas prestaciones protegidas por un derecho requiere que el Estado incorpore en sus políticas, programas y planes, recursos y medidas encaminadas a avanzar de manera gradual en el logro de las metas que el propio Estado se haya fijado con el fin de lograr que todos los habitantes puedan gozar efectivamente de sus derechos. En tercer lugar, el Estado puede a través de sus órganos competentes definir la magnitud de los compromisos que adquiere con sus ciudadanos con miras a lograr dicho objetivo y, también, puede determinar el ritmo con el cual avanzará en el cumplimiento de tales compromisos. Sin embargo, estas decisiones públicamente adoptadas deben ser serias, por lo cual han de estar sustentadas en un proceso decisorio **racional** que estructure una política pública susceptible de ser implementada, de tal manera que los compromisos democráticamente adquiridos no sean meras promesas carentes de toda vocación de ser realizadas. Así, cuando tales compromisos han sido plasmados en leyes y representan medidas indispensables para asegurar el goce efectivo de derechos fundamentales, los interesados podrán exigir por vía judicial el cumplimiento de las prestaciones correspondientes”.

²⁶ La sentencia T-207 de 1995 afirma que “(p)or regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos –principios orientadores de la función pública–, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación

2.1.1. Criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido entendido como derecho fundamental

La Corte Constitucional ha ofrecido tres criterios para entender el derecho a la salud como derecho fundamental: en razón de su conexidad con otros derechos fundamentales (2.1.1.1), debido a su importancia frente a sujetos de especial protección constitucional (2.1.1.2), y como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo (derecho prestacional fundamental) (2.1.1.3).

2.1.1.1. El derecho a la salud como derecho fundamental por su conexidad con otros derechos fundamentales

41

La jurisprudencia constitucional considera que los derechos fundamentales por conexidad “son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio derecho fundamental, adquiere esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su derecho a la vida”²⁷. A partir de este criterio, una de las primeras sentencias de la Corte Constitucional precisó en los siguientes términos los alcances del derecho a la salud:

“El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica

y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Carta Política. Gradualmente, los derechos de prestación con contenido programático se les van dando condiciones de eficacia que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática la cual luego tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo”. Así mismo, la sentencia T-304 de 1998 expresa que “la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta a favor de un sujeto específico”.

²⁷ Sentencia T-491 de 1992. Esta sentencia retoma el criterio establecido en la sentencia T-406 de 1992, según el cual, “(a)lgunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección”.

como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida. Los derechos fundamentales, solo conservan esta naturaleza, en su manifestación primaria, y pueden ser objeto allí del control de tutela²⁸.

A lo largo del libro se exponen muchos de los casos donde el criterio de conexidad ha sido aplicado. Un ejemplo lo constituye la jurisprudencia sobre conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna (*infra* Capítulo IV, 1.5).

2.1.1.2. El derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección

La Constitución de 1991 establece cláusulas que identifican sujetos de especial protección constitucional. Frente a ellos, la protección del derecho a la salud es reforzada, debido al grado de vulnerabilidad que, en ocasiones, deben enfrentar (*infra* Capítulo I, 2, Capítulo II, 2, Capítulo III, 2, Capítulo IV, 2). Así mismo, en el caso de la infancia, las personas con discapacidad y los adultos mayores, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que su derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo.

La Constitución determina expresamente que el derecho a la salud de **los niños y las niñas** es de rango fundamental (CP, art. 44); es decir, un derecho subjetivo de aplicación inmediata. Por este motivo, el juez constitucional tiene la potestad de aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial²⁹ de los derechos

²⁸ Sentencia T-484 de 1992.

²⁹ Según la sentencia T-002 de 1992, “[s]e denomina ‘contenido esencial’ al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas política[s]”.

prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. Como se profundizará en el aparte referente a la salud infantil, la Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización³⁰.

Ahora bien, como los derechos fundamentales implican la obligación constitucional de satisfacer bienes no negociables (es decir, que no pueden ser subordinados por la regla de mayoría), la aplicación directa de este núcleo esencial de los derechos fundamentales de carácter prestacional sólo puede limitarse si el Estado demuestra que, pese a todos los esfuerzos razonables, le resulta imposible atenderlos sin descuidar la protección básica de otros derechos de igual categoría. No obstante, esta situación extrema debe quedar debidamente comprobada en el respectivo proceso. En efecto, en estos eventos, como en los que se refieren a la protección del mínimo vital de la población más pobre y marginada, le corresponde a las autoridades públicas demostrar los hechos que conduzcan a la exoneración de su responsabilidad constitucional³¹.

43

Por consiguiente, el juez debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado -bien por su naturaleza, o porque los restantes sujetos (familia y sociedad) no se encuentran en capacidad de asumir la obligación- la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar que (i) pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (ii) la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; y (iii) pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha.

³⁰ Sentencia SU-225 de 1998.

³¹ *Ibid.* Fundamento Jurídico 16.

En el caso de las **personas con discapacidad**, la Corte ha tomado como punto de partida una *concepción cualitativa* de la salud que modifica los parámetros por medio de los cuales se determina cuándo el derecho a la salud adquiere carácter fundamental³². Dicha concepción se concentra en los elementos del contexto individual y social que determinan la salud. Al respecto, la Corporación considera que la desatención de una afectación leve o moderada de la salud, o la amenaza de este derecho, pueden no afectar su núcleo esencial cuando la persona que lo solicita se encuentra en *circunstancias sociales e individuales normales*, que le permiten afrontar su condición de manera autónoma. Sin embargo, esa misma desatención o amenaza pueden comprometer el núcleo esencial de manera significativa cuando a tal situación se suma *la total impotencia o un alto grado de incapacidad del individuo para afrontar su propia situación*. En estos casos, “la pobreza, la condición física y mental, o la irregularidad de la situación familiar, entre otros, son factores que resultan determinantes al momento de establecer si una prestación de salud tiene un carácter fundamental en el caso concreto”³³. Por consiguiente, una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes eventos:

“(a) Cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando;

(b) El Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y;

(c) La prestación solicitada sea necesaria:

i. Para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía.

ii. Para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad.

iii. Para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales”³⁴.

³² Sentencia T-850 de 2002.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*. En el caso que era objeto de revisión, la Corte Constitucional consideró como prestación social fundamental el tratamiento médico necesario para enfrentar el posible embarazo de una persona de 19

Finalmente, la Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la salud de los **adultos mayores** es un *derecho fundamental autónomo*, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana³⁵.

2.1.1.1. El derecho a la salud como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido esencial

La Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo³⁶. En efecto, el alto tribunal precisó que, en sí mismo, (sin la regulación que establezca prestaciones y obligados) el derecho a la salud no puede ser considerado fundamental porque no es un derecho subjetivo. Sin embargo, “(a)l adoptarse internamente un sistema de salud en el cual se identifican los factores de riesgo, las enfermedades, males, medicamentos, procedimientos y, en general, los factores que el sistema va a atender para lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud en un momento histórico determinado, se supera la instancia de indeterminación que impide que el propósito funcional del derecho se traduzca en un derecho subjetivo”. Por consiguiente:

“(P)uede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, **de manera autónoma**, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación

años con discapacidad mental. En efecto, se trataba de una persona cuyas condiciones de salud (problemas neurológicos, consumo de anticonvulsivos, etc), económicas y familiares (pobreza, antecedentes de eclampsia) la ubicaban en una condición de debilidad manifiesta y de impotencia para afrontar por sí misma las responsabilidades y los riesgos que para su salud implicaba un embarazo.

³⁵ Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-004 de 2002 y T-111 de 2003.

³⁶ Sentencia T-859 de 2003 (caso de dos personas con problemas de estabilidad en sus rodillas, motivo por el cual necesitaban de un procedimiento de aloinjerto. Las EPS correspondientes negaban el servicio por no estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Por el contrario, al resolver el caso, el alto tribunal precisó que si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos necesarios para realizar el procedimiento, razón por la cual lo solicitado debía entenderse como incluido en el POS. Por esta razón, las EPS tenían que suministrarlo y no era procedente el recobro ante el Fosyga).

General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc. (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que **tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental** (negrilla fuera de texto)³⁷.

46

En estos casos, para que a través de la acción de tutela sea procedente el estudio de fondo de una presunta vulneración, no sería necesario probar la conexidad con otro derecho de carácter fundamental (vida o mínimo vital)³⁸.

³⁷ Sentencia T-859 de 2003. Por su parte, y en una línea similar de argumentación, la sentencia T-860 de 2003 afirmó que “(e)s a los beneficios consagrados en estos planes –según se trate del régimen contributivo o del subsidiado– que los ciudadanos tienen un derecho fundamental determinado y exigible. (...) Los contenidos propios del Plan Obligatorio de Salud –bien sea del régimen contributivo o del subsidiado–, devienen en prestaciones vinculantes para los entes encargados de su cumplimiento y en derechos subjetivos, *de carácter fundamental autónomo*, para los ciudadanos. Si, dado este presupuesto, es negado el acceso a alguno de los beneficios que se erigen en contenido determinado del derecho a la salud, se estaría en presencia de la violación de un derecho fundamental, cuya protección puede ser invocada de manera autónoma y directa”.

³⁸ Sentencia T-860 de 2003. Con todo, la Corte precisa que es imperativo considerar, en el caso concreto, si existe otro medio de defensa judicial efectivo para amparar las garantías básicas puestas en peligro. Una primera formulación de este entendimiento del derecho a la salud como derecho fundamental autónomo se encuentra en la aclaración de voto a la sentencia T-1207 de 2001 del Magistrado (E) Rodrigo Uprimny. Para Uprimny, la integración entre las concepciones manejadas por la jurisprudencia de la Corte y el bloque de constitucionalidad relativo al derecho a la salud, permite asumir que el derecho a la salud sea tutelable en sí mismo. “Sin embargo, por limitación de recursos, el deber directo del Estado no es proveer inmediatamente todos los servicios de salud que requieren las personas sino que se limita a ... las obligaciones básicas y prioridades elementales en este campo”. Estas obligaciones básicas son las relacionadas con los niveles esenciales del derecho a la salud y “podrían ser eventualmente consideradas como el contenido esencial de este derecho. A partir de ese mínimo, el Estado tiene entonces la obligación de desarrollar progresivamente la satisfacción de ese derecho, por medio de planes de salud asegurados a toda la población. La extensión de esos planes dependerá de la disponibilidad de recursos y del propio debate democrático, pero una vez establecidos, por el carácter fundamental del derecho a la salud, esos componentes de desarrollo progresivo serían también tutelables, en caso de que existan omisiones o retardos injustificados por parte de las instituciones prestadoras de esos servicios”.

2.1.2. Criterios de procedibilidad de la acción de tutela respecto del derecho a la salud

Asumir que el derecho a la salud es fundamental bajo ciertos supuestos, no implica reconocer que la acción de tutela sea siempre procedente en relación con este derecho. Los requisitos generales para la procedencia del amparo constitucional como protección del derecho a la salud³⁹ son tres:

“(1) Que la persona involucrada posea un derecho subjetivo a la prestación que solicita y, por lo tanto, que el ordenamiento jurídico le haya adscrito a alguna persona, pública o privada, la obligación correlativa.

47

(2) Que tal derecho, en el caso concreto, encuentre una conexidad directa con alguno de los derechos que el ordenamiento jurídico elevó a la categoría de fundamentales.

(3) Que no exista otro medio de defensa judicial o, que de existir, no resulte idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable respecto del derecho fundamental afectado o amenazado”.

Como ya ha sido precisado, el demandante debe poseer un derecho subjetivo a la prestación que solicita, motivo por el cual el ordenamiento jurídico debe adscribir la obligación correlativa a una determinada entidad, sea pública o privada⁴⁰. La transformación del carácter programático de un derecho prestacional en un derecho subjetivo, actualiza y concreta las prestaciones que el sujeto puede exigir y, adicionalmente, define con precisión las instancias que deben proporcionarle la atención que necesite. Así mismo, la jurisprudencia ha precisado que la amenaza de un derecho fundamental no debe ser hipotética⁴¹. Esta amenaza implica (i) la inminencia o proximidad del riesgo o una actualidad del mismo, (ii) una gravedad del riesgo, (iii) un grado de certeza, y (iv) una posición subjetiva de impotencia del actor.

³⁹ Sentencia T-348 de 1997.

⁴⁰ Es admisible que, en sede de tutela, una EPS reclame a nombre de sus usuarios cuando actúa para proteger sus derechos a la seguridad social y a la salud. En la sentencia T-696 de 2000, actuaron como peticionarios el Seguro Social y el ICBF, entre otros. Sobre este punto, véase la sentencia SU-508 de 2001.

⁴¹ Véanse las sentencias T-453 de 1998, T-096 de 1994 y T-677 de 1997.

Gran cantidad de acciones de tutela en relación con el derecho a la salud tienen que ver con la negación por parte de entidades del sistema de *medicamentos o tratamientos que se encuentran excluidos del POS*. En otros casos, aun cuando las prestaciones se encuentran dentro del POS, el paciente *no ha cotizado el número de semanas necesario* para acceder a dichas prestaciones. Frente a estos dos eventos, y como será profundizado más adelante (*infra* Capítulo I, 1.5.2.1), la Corte Constitucional ha establecido los siguientes criterios para la procedencia de la acción de tutela: (1) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa o no suministrado por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado; (2) se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo ser sustituido, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (3) el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido y no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y (4) el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante⁴².

2.2. LA SALUD COMO SERVICIO PÚBLICO

Es importante diferenciar la noción de salud como derecho del concepto de salud como servicio público. Ambos enfoques son interdependientes. Ello significa que el sistema que garantiza los servicios de salud no puede desconocer la existencia y prevalencia del derecho a la salud. Es más, el servicio público de salud constituye la estrategia institucional encaminada a la realización del mencionado derecho. Para la Corte Constitucional:

“La salud es un servicio público a cargo del Estado, garantizándose en él a todas las personas el acceso al mismo para la promoción, protección y recuperación de este derecho. (...) Corresponde al poder público organizar, dirigir, reglamentar,

⁴² Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998 y T-329 de 1998, entre otras.

establecer políticas para que las personas privadas presten ese servicio, y definir las competencias a cargo de los distintos órdenes, nacional, de las entidades territoriales y de los particulares, con el fin de que se haga de manera descentralizada y participativa”⁴³.

Muchos de los derechos y obligaciones que conforman el contenido del derecho a la salud se entienden bajo la lógica de la salud como servicio público. Por ejemplo, el derecho a la continuidad en la prestación de servicios de salud (*infra* Capítulo I, 1.5.5) se deriva de la necesidad de un suministro constante y permanente del correspondiente servicio público. Así mismo, la obligación de ejercer la inspección, vigilancia y control del sector salud (*infra* Capítulo IV, 31.3) constituye un desarrollo de la potestad de intervención estatal en la prestación de los servicios públicos. Además, la Corte Constitucional ha destacado que el sistema de seguridad social en salud se rige por una serie de principios dirigidos a garantizar la calidad del servicio y, por ende, la realización del derecho. Según la Corte:

“El servicio público se prestará, por mandato superior, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que definirá, como en efecto lo hace, la ley. EFICIENCIA, es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. UNIVERSALIDAD, es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. SOLIDARIDAD, es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo; los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables. INTEGRALIDAD, es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias; UNIDAD, es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones

⁴³ Sentencia T-484 de 1992.

para alcanzar los fines de la seguridad social; PARTICIPACION, es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto⁴⁴.

2.3. OBLIGACIONES DEL ESTADO EN MATERIA DE SALUD

Los derechos económicos, sociales y culturales fijan límites a la discrecionalidad estatal en el manejo de sus políticas públicas (Declaración de Quito⁴⁵, párr. 27). De allí la importancia de entender qué consecuencias concretas generan las obligaciones internacionales asumidas por el Estado colombiano en materia de salud. A partir de la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes –párrs. 1, 2, 9 y 10- y Observación General 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud –párrs. 12, 33, 43 y 44), la delimitación del contenido del derecho a la salud que se desarrolla en este libro se fundamenta en tres tipologías de obligaciones⁴⁶ del Estado frente a los derechos económicos, sociales y culturales:

- a. Obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.
- b. Obligaciones de respeto, protección y cumplir.
- c. Obligaciones con efecto inmediato y de cumplimiento progresivo.

A continuación se explican brevemente las mencionadas obligaciones, cuya interrelación e interdependencia será desarrollada ampliamente a lo largo del texto.

⁴⁴ Sentencia C-408 de 1994.

⁴⁵ Declaración suscrita el 24 de julio de 1998 por un conjunto de organizaciones no gubernamentales, en relación con la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe.

⁴⁶ En la Observación General 3 (párr. 1) el Comité reconoce también la existencia de una cuarta forma de clasificación: obligaciones de comportamiento (medio) y obligaciones de resultado. Sin embargo, la jurisprudencia del Comité no le ha dado importancia a esta tipología para dar cuenta del contenido normativo del derecho a la salud, razón por la cual no ocupa un papel relevante en el presente texto.

2.3.1. Obligaciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad

Son las obligaciones que corresponden a cada uno de los elementos esenciales del derecho a la salud establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 14 (párr. 12). Su contenido específico es desarrollado en cada capítulo del libro.

2.3.2. Obligaciones de respeto, protección y cumplimiento

Son obligaciones que visibilizan la obligación que sustantivamente debe desarrollar el Estado como obligado principal en torno al derecho a la salud. En efecto, esta clasificación permite delimitar la conducta estatal, de tal forma que su proceder se concentre en una abstención, en la intervención sobre la conducta de terceros y en la asunción directa del compromiso de realizar el derecho. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 33) define estas obligaciones en la siguiente forma:

- **Obligaciones de respeto.** En este nivel, los Estados deben *abstenerse* de obstaculizar, directa o indirectamente, el disfrute del derecho a la salud tanto a nivel individual como colectivo. El respeto se dirige hacia la libertad de acción y el uso de los recursos propios de cada individuo o colectividad⁴⁷. Por ejemplo, el Estado debe abstenerse de adoptar políticas discriminatorias que impidan o limiten el acceso de ciertas personas a los elementos esenciales del derecho a la salud.

- **Obligaciones de protección.** Este tipo de obligaciones exige que los Estados adopten medidas para impedir que *terceros* interfieran u obstaculicen el disfrute del derecho a la salud. El Estado debe vigilar y controlar la actividad de los particulares encargados de la prestación de servicios de salud, así como de particulares cuya actividad genere efectos perjudiciales para la realización del derecho a la salud. Además, el Estado debe velar porque cierto tipo de costumbres o prácticas de orden familiar o comunitario no afecten la salud de las personas.

⁴⁷ Asbjørn Eide, "Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights", en Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht-Boston-Londres, 1995. Eide destaca que es el individuo el sujeto activo de todo desarrollo económico y social y, por tanto, es el primer obligado frente a los derechos sociales donde se aplica la tesis de la subsidiariedad.

▪ **Obligaciones de garantía, satisfacción o cumplimiento.** En este nivel, los Estados deben *adoptar medidas* de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud. Ello incluye la organización del servicio público correspondiente que haga posible el disfrute del derecho. Las obligaciones de cumplir incorporan obligaciones de **facilitar, proporcionar y promover**.

52

A lo largo del libro, se precisan en concreto las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento que existen frente a los cuatro elementos esenciales del derecho a la salud (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad). Por lo pronto, es preciso anotar que esta clasificación debe entenderse en el marco de una **cadena de obligados concurrente** frente al derecho a la salud, en la cual el Estado y todos los integrantes de la sociedad (–los particulares, los profesionales de la salud, las familias, las comunidades locales, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, las organizaciones de la sociedad civil, la empresa privada, etc) tienen responsabilidades en cuanto a la realización conjunta de este derecho⁴⁸.

Ahora bien, el Estado es el **obligado principal** frente al derecho a la salud. La salud es un derecho social que requiere, como condición de posibilidad, de un servicio público organizado que lo haga posible. Ciertamente, es necesaria una infraestructura para desarrollar las actividades de promoción, prevención y atención en salud. Sin ello, el resto de obligados frente a la salud (tanto las personas como las familias) no podrían asumir sus deberes hacia la realización del derecho. Ello significa que el Estado no actúa *subsidiariamente* en relación a la actuación de la familia o de la persona misma, como ocurre con otros derechos sociales (alimentación, por ejemplo) donde una parte de la actividad estatal surge, en gran medida, ante la incapacidad del individuo o de la familia para proveerse su propio sustento.

2.3.3. Obligaciones con efecto inmediato y de cumplimiento progresivo

La clasificación entre obligaciones con efecto inmediato y de cumplimiento progresivo da cuenta de las obligaciones relativas a los elementos esenciales del derecho a la salud

⁴⁸ Observación General 14, párr. 42.

(disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad) a partir de su grado de exigibilidad actual. Esta clasificación incorpora la tipología fundada en la distinción entre obligaciones de sobre respeto, protección y cumplimiento, toda vez que las obligaciones consistentes en abstenciones e intervención sobre la actividad de terceros se entienden como deberes que, por su naturaleza, son exigibles de inmediato. En cuanto a las obligaciones de cumplir, aquellas relacionadas con los niveles esenciales del derecho a la salud tienen efecto inmediato, mientras que aquellas que no se relacionan con los niveles esenciales son de cumplimiento progresivo y, por tanto, es exigible la prohibición de regresividad. Antes de analizar el fundamento de esta última tipología de obligaciones, se expone el sentido normativo de la obligación de adoptar medidas.

53

2.3.3.1. Obligación de adoptar medidas inmediatas

Esta obligación acompaña a todas las demás obligaciones y se deriva del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁹:

“Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Los artículos 1 y 2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador)⁵⁰ también establecen esta obligación, pero destacan que su cumplimiento debe tener en cuenta el grado de desarrollo del Estado y resaltan la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter cuando el ejercicio de los derechos establecidos en el Protocolo no esté garantizado en el derecho interno:

⁴⁹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976. Colombia lo ratificó el 29 de octubre de 1969.

⁵⁰ Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Entrada en vigor: 16 de noviembre de 1999. Colombia lo ratificó el 23 de diciembre de 1997.

“Artículo 1. Obligación de Adoptar Medidas. Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

54

Artículo 2. Obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos”.

De conformidad con lo anterior, Colombia está obligada a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, para el pleno ejercicio del derecho a la salud, hasta el máximo de los recursos de que disponga y teniendo en cuenta su grado de desarrollo.

El alcance e interpretación de la obligación consagrada en el artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales está descrita en los Principios de Limburgo sobre la aplicación de dicho Pacto⁵¹ (párrafos 16 a 20):

“16. Todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar **de inmediato** a adoptar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto.

17. Los Estados Partes utilizarán todos los medios apropiados a nivel nacional, incluyendo medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales, coherentes con la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.

⁵¹ Aprobados por un grupo de expertos en derecho internacional convocados en Maastricht del 2 al 6 de junio de 1986.

18. Las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir las obligaciones del Pacto. Sin embargo, se debe de notar que conforme al artículo 2 (1) a menudo será necesario adoptar medidas legislativas en casos en los que la legislación existente viola las obligaciones adquiridas bajo el Pacto.

19. Los Estados Partes proveerán de recursos efectivos incluyendo, cuando sea apropiado, los de tipo legal.

20. La adecuación de los medios a ser utilizados en un Estado particular será determinada por el Estado Parte de que se trate, y será sujeta a revisión por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas con el asesoramiento del Comité. Dicha revisión se realizará sin perjuicio de la competencia de otros órganos establecidos conforme a la Carta de las Naciones Unidas”.

55

La expresión “hasta el máximo de los recursos disponibles” califica la obligación de adoptar medidas inmediatas. Sin embargo, ello no desnaturaliza los compromisos internacionales en torno a los derechos sociales, supeditándolos a una mera decisión presupuestal de cada gobierno. Por el contrario, los Principios de Limburgo (párrafos 25 a 28) explican el alcance e interpretación de esta expresión:

“25. Los Estados Partes tienen la obligación, independientemente de su nivel de desarrollo económico, de garantizar el respeto de los derechos de subsistencia mínima de todas las personas.

26. “Los recursos de que disponga” se refieren a los recursos con que cuenta un Estado así como también los recursos provenientes de la comunidad internacional mediante la cooperación y asistencia internacionales.

27. Al determinar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, se tendrá en cuenta el acceso y uso equitativos y eficaces de los recursos disponibles.

28. En la utilización de los recursos disponibles, se dará la debida prioridad a la efectividad de los derechos previstos en el Pacto, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de sus necesidades de subsistencia y la prestación de servicios esenciales”.

Si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales. De allí la importancia de determinar si se han adoptado las medidas adecuadas y si estas se acompañan de la utilización eficaz y equitativa y la oportunidad de acceder a los recursos disponibles. Estas precisiones generales permiten avanzar hacia una distinción más específica: la clasificación entre obligaciones con efecto inmediato y de cumplimiento progresivo.

2.3.3.2. Obligaciones con efecto inmediato

56

Son obligaciones con efecto inmediato aquellas que pueden ser exigidas, actualmente con independencia de los problemas de carácter presupuestal u otro tipo de obstáculos que enfrente un determinado Estado. En su Observación General 14 (párr. 30), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha precisado que si bien el Pacto establece la aplicación progresiva de los derechos y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones con efecto inmediato. Con respecto al derecho a la salud, los Estados tienen las siguientes obligaciones inmediatas:

- Garantizar que el derecho a la salud será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2).
- Adoptar medidas deliberadas y concretas dirigidas a la plena realización del derecho a la salud (párrafo 1 del artículo 2).

Según la Declaración de Quito (párr. 29), pueden tenerse además como obligaciones inmediatas, entre otras, las siguientes:

a. La obligación de adecuar el marco legal: los Estados tienen la obligación de adecuar su marco legal a las disposiciones de las normas internacionales sobre salud.

b. La obligación de producir y publicitar información: el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en el área económica y social. También contribuye a la vigilancia por parte del propio Estado del grado de efectividad y obstáculos para la satisfacción del derecho a la salud. El Estado debe disponer los medios necesarios para garantizar el acceso en condiciones de igualdad a la información pública. Debe, además, producir información sobre el grado de efectividad del derecho a la salud, así como de los obstáculos o problemas que impidan su adecuada satisfacción y sobre los grupos en situación desfavorable.

c. La obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos: el Estado -y la comunidad internacional- deben asegurar recursos judiciales o de otro tipo, aptos para hacer exigible el derecho a la salud en caso de violación.

57

Ahora bien, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 14 (párr. 43), precisa que los Estados tienen la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la salud⁵². Frente a estos niveles esenciales, las obligaciones de los Estados son de efecto inmediato. La Declaración de Quito (párr. 29) precisa que esta obligación rige aún en períodos de limitaciones graves de recursos, causadas por procesos de ajuste, de recesión económica o por otros factores. En estas situaciones, el Estado debe fijar un orden de prioridades en la utilización de los recursos públicos, identificando a los grupos vulnerables que serán beneficiados a fin de efectuar un eficaz aprovechamiento de la totalidad de los recursos de que disponga.

Para el Comité, los **niveles mínimos esenciales**, que deben ser satisfechos en relación con el derecho a la salud, son los siguientes⁵³:

a) Garantizar el derecho de acceso sin discriminación a los centros, bienes y servicios de salud, especialmente en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados.

⁵² Esta obligación tiene como base los Principios de Limburgo (principio 25) así como la Observación General No. 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (párr. 10), Naciones Unidas. Documento E/1991/23.

⁵³ Observación General 14, párr. 43. Es importante anotar que en la sentencia C-671 de 2002, la Corte Constitucional precisó que el Estado tiene la obligación de garantizar unos contenidos mínimos en materia de salud.

b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre.

c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.

d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.

e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.

f) Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población. La estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados y revisados periódicamente sobre la base de un proceso participativo y transparente. Así mismo, deberán prever métodos, tales como indicadores y bases de referencia de la salud, que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados. El proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

A su vez, el Comité cataloga como obligaciones con una prioridad comparable las siguientes:

a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;

b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que afectan a la comunidad;

c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;

d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud de la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenirlos y combatirlos.

e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

De manera especial, corresponde a los Estados Partes, así como a otros actores que estén en situación de proporcionar ayuda, prestar “asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica” que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas.

Como lo ha destacado la Corte Constitucional⁵⁴ se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales si el Estado no aseguran este mínimo vital del derecho, salvo que existan poderosas razones que justifiquen el incumplimiento.

59

2.3.3.3. Obligaciones de cumplimiento progresivo

Según el Principio de Limburgo No 72, un Estado Parte viola los derechos económicos, sociales y culturales si, por ejemplo, no adopta una medida exigida por el Pacto; no remueve, a la mayor brevedad posible y cuando debe hacerlo, todos los obstáculos que impiden la realización inmediata de un derecho; no aplica con rapidez un derecho que el Pacto exige; no satisface intencionalmente una norma internacional mínima de realización, generalmente aceptada y para cuya satisfacción está capacitado; o adopta una limitación a un derecho reconocido en el Pacto por vías contrarias al mismo⁵⁵. Como se observa, el deber de realización progresiva de los derechos sociales prestacionales no significa que éstos no puedan ser vulnerados por omisiones o actuaciones insuficientes del Estado⁵⁶.

⁵⁴ Sentencia C-251 de 1997.

⁵⁵ En algunas ocasiones, la Corte Constitucional ha declarado la inexecutable de ciertas normas porque desconocen el mandato de ampliación progresiva de la seguridad social. En la sentencia C-1165 de 2000, por ejemplo, esa fue la conclusión respecto a una disminución de los recursos para el régimen subsidiado, debido a que, so pretexto de la “racionalización del gasto público”, se optó por disminuir en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, destinatarios obligados de la norma y directamente afectados por la misma (*infra* Capítulo I, 1.1.4).

⁵⁶ Sentencia C-251 de 1997.

En este sentido, la expresión “progresivamente” no puede ser interpretada de tal forma que las obligaciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo tengan que cumplirse una vez alcanzado un determinado desarrollo económico. La progresividad debe entenderse como la obligación de proceder lo más explícita y eficazmente posible con miras a obtener ese objetivo, aunque se reconoce que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta gradualidad. Así lo explica el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

60

“[S]i bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”⁵⁷.

Los Principios de Limburgo, párrafos 21 a 24, complementan esta interpretación sobre el carácter progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“21. La obligación de “lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos” requiere que los Estados Partes actúen con toda la rapidez posible para lograr la efectividad de los derechos. Bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto.

22. Algunas de las obligaciones previstas en el Pacto exigen la plena e inmediata aplicación por parte de cada uno de los Estados Parte, como la prohibición contra la discriminación estipulada en el artículo 2 (2) del Pacto.

23. La obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos. Requiere de una utilización eficaz de los recursos con los que se dispone.

⁵⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 3 (párr. 9).

24. Además del aumento de recursos, la obligación de desarrollo progresivo también puede lograrse por medio del desarrollo de los recursos dentro de la sociedad que sean necesarios para lograr la plena realización de los derechos consagrados en el Pacto”.

En lo relativo a la obligación de progresividad, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos recoge la mayor parte del contenido del artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

“*Artículo 26. Desarrollo Progresivo.* Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

61

Ahora bien, el contenido progresivo de los derechos sociales genera una **prohibición de regresividad**. Los Estados están obligados a mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales a través de medidas que sean deliberadas, concretas y orientadas hacia la plena efectividad de los derechos reconocidos. Por ello, el Estado no puede adoptar políticas, medidas, o normas jurídicas que, de modo irrazonable, empeoren la situación de estos derechos. Sobre el Estado pesa una **carga de la prueba** en relación con las medidas deliberadamente regresivas. Cualquier decisión debe producirse tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y a partir de una debida justificación frente al compromiso de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles.

Analizados estos aspectos metodológicos y generales, a continuación se desarrolla un análisis minucioso de los derechos que forman parte del contenido normativo del derecho a la salud y las obligaciones que frente a cada uno de ellos tiene a su cargo el Estado colombiano.

CAPÍTULO I:

LA DISPONIBILIDAD DE LA SALUD

Al presentar la disponibilidad como elemento esencial del derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 12), expresa:

“a) *Disponibilidad*. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”.

Este factor hace alusión a que deben existir establecimientos, bienes y servicios de salud disponibles para el servicio. La disponibilidad exige, entonces, la construcción, el mantenimiento y el desarrollo tanto de un sistema como de una infraestructura que hagan posible la efectividad del derecho a la salud a través de instituciones y procedimientos. Este sistema busca satisfacer la demanda de necesidades en salud y, en el caso colombiano, ello se desarrolla a través de una **oferta pública** y de una **oferta privada** que hacen posible la prestación del servicio público de salud.

Ahora bien, el Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia es el cauce principal a partir del cual se procura la disponibilidad de la salud. Sin embargo, y como se observa en el citado aparte de la Observación General 14, la disponibilidad no se

agota en un sistema o infraestructura. Implica, además, la necesidad de disponer de los factores determinantes de la salud. Por tal razón, la garantía del **derecho a la salud pública** constituye una necesaria dimensión de la disponibilidad.

La disponibilidad de la atención en salud propiamente dicha, puede analizarse a través del **derecho a la asistencia sanitaria**, cuyo principal objeto lo constituye la prestación de servicios que propenden por el restablecimiento de la salud.

Teniendo en cuenta dichos elementos, el presente capítulo analiza inicialmente la (1) la protección de la oferta pública y de la (2) oferta privada en salud, así como la (3) disponibilidad de información, aspecto relevante al diseñar una política pública que garantice la mencionada oferta. Posteriormente, se analiza la (4) disponibilidad de los factores determinantes de la salud, referentes que remiten a la dimensión colectiva de la salud (derecho a la salud pública) y la (5) disponibilidad de la atención en salud a nivel individual, esto es, el derecho a la asistencia sanitaria. Además, y como problema específico de disponibilidad, se estudia el (6) suministro de atención y servicios de salud sexual y reproductiva. Finalmente, se reseña la (7) disponibilidad de opciones para acceder a los servicios de salud (libre escogencia).

Cabe anotar que, por sí sola, la disponibilidad de los servicios de salud no constituye una condición suficiente para que estos cumplan con los lineamientos impuestos por las obligaciones en derechos humanos. En efecto, debe garantizarse el acceso a los servicios disponibles, la aceptabilidad de quienes los utilizan y que dichos servicios respondan a estándares de calidad muy precisos. En ningún momento debe perderse de vista el carácter interrelacionado e interdependiente de los elementos esenciales de la salud.

I. EL DERECHO A LA DISPONIBILIDAD DE LA SALUD

La Constitución Política compromete al Estado con el diseño de un sistema y una infraestructura que permitan el desarrollo de los principios de universalidad, solidaridad y eficacia en relación con el servicio público de salud. Al respecto, el texto constitucional establece:

“*Artículo 49.* La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. (...)”

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.

Artículo 300: Corresponde a las Asambleas Departamentales, por medio de ordenanzas:

10. Regular, en concurrencia con el municipio, el deporte, la educación y la salud en los términos que determina la Ley.

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

A continuación se analiza el contenido normativo de la disponibilidad de la salud a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

I.I. PROTECCIÓN DE LA OFERTA PÚBLICA. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LOS ESTABLECIMIENTOS, BIENES Y SERVICIOS DE SALUD DE CARÁCTER PÚBLICO Y LA ATENCIÓN BÁSICA EN SALUD

La protección de la oferta pública involucra aspectos generales como los siguientes: (i) las garantías en favor de una red pública hospitalaria, (ii) la cobertura de los estable-

cimientos, bienes, servicios y personal de la salud y (ii) el amparo de los recursos que permiten el desarrollo del servicio público de salud. A continuación se ofrecen los precedentes más importantes en torno a estos ejes temáticos.

1.1.1. Suministrar la atención básica en salud es una obligación del Estado

La Corte Constitucional ha destacado que “el Estado está obligado a prestar el Plan de Atención Básica (PAB) en salud y las EPS, especialmente deben prestar el Plan Obligatorio de Salud (POS) y el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado (POSS)”¹. En efecto, el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 señala que una de las facetas de la intervención del Estado consiste en establecer la atención básica en salud, la cual se ofrecerá en forma gratuita y obligatoria. Esta disposición refleja lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución en el aparte que establece: “La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria”.

De acuerdo con el artículo 165 de la Ley 100 de 1993, el PAB es un plan mínimo de salud de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado. Este plan se concentra en acciones de salud pública dirigidas a la colectividad o a los individuos cuando tienen altas externalidades, como ocurre en el caso de la información pública, la educación y fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmisibles como el SIDA, la tuberculosis y la lepra y de enfermedades tropicales como la malaria. El PAB busca entonces advertir a la población sobre los riesgos que existen para su salud, motivo por el cual incluye la realización, entre otros, de programas de educación, campañas publicitarias y jornadas de vacunación masiva, definidos y financiados por el Gobierno a través de los recursos para la salud previstos en el presupuesto.

La Ley 715 de 2001, que desarrolla el artículo 356 constitucional, define y precisa las competencias de los entes territoriales, con el fin de asegurar que los recursos se asignen con criterios de eficiencia y equidad. En la distribución general del Sistema

¹ Sentencia SU-480 de 1997, reiterada en las sentencias T-013 y T-033 de 1998.

de Participaciones, se asigna un porcentaje para la salud, parte del cual debe destinarse específicamente a la acción en salud pública, concretamente para atender lo relacionado con el PAB.

Lo anterior ha permitido que los enfermos de SIDA que carezcan de recursos propios y no tengan derecho a la atención médica a través del POS, puedan exigir al Estado el tratamiento respectivo a través del PAB². Así mismo, esta atención básica se ha desarrollado en leyes como la Ley 691 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud”, cuyo artículo 8 establece que, dentro del PAB, deberá incluirse una partida para un subsidio obligatorio alimentario de las mujeres indígenas gestantes y los menores de 5 años³.

1.1.2. El manejo de la planta de personal de la salud debe ser lo suficientemente flexible para respetar los derechos de estos trabajadores así como la sostenibilidad económica de los hospitales

La Corte Constitucional⁴ analizó una demanda contra el artículo 48 del Código Disciplinario Único, donde se consagra como falta gravísima la celebración de un contrato de prestación de servicios que, en realidad, implique una relación laboral. En opinión del accionante, como la normativa disciplinaria se concentra en los funcionarios públicos, la conducta proscrita generaría una discriminación en favor de las entidades particulares, las cuales podrían incurrir en tal proceder con el objeto de mejorar su gestión. En contra posición, las entidades estatales, por ejemplo los hospitales públicos, estarían en dificultades para contratar personal de la salud bajo la modalidad de prestación de servicios. La inclusión en la planta de personal de todos los trabajadores afectaría entonces la supervivencia institucional de las entidades que prestan servicios de Salud.

El alto tribunal consideró equivocadas estas apreciaciones. Destacó que las entidades estatales están autorizadas para contratar por prestación de servicios al personal que estimen pertinente, siempre y cuando se atienda a los requisitos legales. Lo que se prohíbe es que

² Sentencia SU-480 de 1997.

³ La Corte Constitucional analizó las objeciones presidenciales al proyecto de ley respectivo en la Sentencia C-088 de 2001.

⁴ Sentencia C-094 de 2003.

a través de los contratos de prestación de servicios se desempeñen funciones públicas, es decir, el ejercicio de potestad pública o autoridad estatal. En lo que tiene que ver con los profesionales de la salud, la Corte afirma que la preocupación por la sostenibilidad de los hospitales es infundada, porque precisamente como los contratos suscritos con el personal médico y paramédico son para la prestación del servicio de salud y no para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, no hacen parte del ámbito de prohibición. Esto sin desconocer que su suscripción irregular bien puede generar responsabilidad estatal ante una eventual demanda del contratista y también responsabilidad fiscal del servidor público que los suscriba para encubrir relaciones laborales. En conclusión, la norma acusada no favorece un trato discriminatorio entre las entidades públicas y privadas prestadoras del servicio de salud, porque el contrato de trabajo como contrato realidad, produce efectos indistintamente de que los servicios se hayan prestado a entidades públicas o a particulares y, por lo tanto, no es cierta la ventaja en que supuestamente se encuentran los particulares para la prestación de servicios de esa índole.

1.1.3. Con el objeto de fortalecer la cobertura del personal de la salud, es constitucional la creación de estímulos que no tengan el carácter de salario en favor de empleados de la salud que trabajen en las regiones con mayores necesidades y alejadas de los grandes centros urbanos

La Corte Constitucional⁵ analizó la constitucionalidad del artículo 193 de la Ley 100 de 1993 en relación con los incentivos a los trabajadores y profesionales de la salud. Entre sus consideraciones, el alto tribunal precisó que el Gobierno Nacional puede contar con facultades extraordinarias para manejar dichos estímulos, más aún cuando a través de ello se busca la realización de diversos objetivos del Sistema en relación con la universalidad en el acceso. Así mismo, no se vulneran las atribuciones de las asambleas departamentales y los concejos municipales, gobernadores y alcaldes, ya que una vez el gobierno nacional establece un proceso gradual para nivelar los límites mínimos de cada rango salarial entre las diferentes entidades territoriales, estas pueden señalar los salarios y emolumentos que les correspondan a los empleos de la respectiva sección territorial así como las escalas de remuneración en las cuales se ubican los empleos.

⁵ Sentencia C-054 de 1998.

1.1.4. Las normas legales que impliquen una disminución de recursos para el régimen subsidiado son inconstitucionales en tanto impiden la ampliación progresiva de la seguridad social en salud

La Corte Constitucional⁶ declaró la inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley 344 de 1996, donde se reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo. Las actividades de las autoridades públicas dentro del Estado Social de Derecho deben concretarse a través de la formulación de políticas positivas, a fin de que los derechos de contenido social y económico tengan cada vez mayor cubrimiento sobre los habitantes del país. De allí que las normas que buscan la racionalización del gasto público no pueden desconocer la prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación (art. 366 CP). Con todo, la Corte no desconoce que medidas como las demandadas podrían llegar a tomarse si la cobertura de la seguridad social en salud ya hubiera abarcado la totalidad de la población colombiana o si se encontrara demostrado que la disminución de los recursos ocurre como consecuencia de haber disminuido el número de personas que necesitan acudir al régimen subsidiado por no poder cotizar al régimen contributivo.

1.1.5. Tanto el privilegio del subsidio a la demanda como la existencia de entidades con función de intermediación para el desarrollo de la prestación de servicios de salud se ajustan al margen de configuración legal del servicio público de salud establecido constitucionalmente

Los artículos 215 y 216 de la Ley 100 de 1993, en donde se establece la intermediación obligatoria de las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) en la gestión del régimen subsidiado, fueron demandados. En opinión de los demandantes, la función de intermediación entre el giro de los recursos y el pago por la prestación de los servicios genera un desequilibrio financiero del sistema, situación que genera que la parte de los recursos del Sistema que corresponde a los gastos de administración sean destinados a gastos diferentes a los de prestación de servicios de salud. Lo anterior desconocería la prohibición constitucional de destinar recursos de las instituciones de la seguridad social hacia fines no relacionados con esta.

⁶ Sentencia C-1165 de 2000.

Al respecto, la Corte Constitucional consideró que la existencia de entidades intermedias para la administración del régimen subsidiado, como las ARS, no se encuentra prohibida por la Constitución y, por el contrario, se enmarca en el margen de configuración legal del que dispone el Congreso para regular la prestación del servicio público de salud⁷. En desarrollo de esta libertad de configuración, el Legislador optó por el subsidio a la demanda, sin que ello –en principio– merezca reproche constitucional alguno.

De otro lado, el alto tribunal estimó que el costo de tal intermediación no aparece como irracional ni innecesario, ya que lo que se pretende con la labor de las ARS y las EPS es combatir la ineficacia e inequidad del anterior sistema de salud. En este sentido, el modelo, en sí mismo, no implica un obstáculo para el logro de la universalidad. Además, la Corte destaca que existen normas que pretenden evitar que los dineros de administración se confundan con el presupuesto general de las ARS.

Finalmente, la Corte Constitucional destacó que esta regulación legal, aunque en abstracto resulta constitucional, podría tornarse inexecutable si ciertos desarrollos del sistema provocan el advenimiento de situaciones inconstitucionales que se derivan directamente de los diseños institucionales y de las regulaciones legales. Para los demandantes, esto era lo que ocurría, toda vez que los altos márgenes de intermediación de las ARS cooptaban casi el 30% de los aportes al régimen subsidiado, lo cual vulneraría el principio de eficacia e impediría la ampliación de la cobertura de la seguridad social. Sin embargo, el alto tribunal consideró que esta argumentación empírica no era suficiente para demostrar la inconstitucionalidad práctica de la presencia de las ARS en el régimen subsidiado, ya que otros reportes de diversas instituciones ofrecen información diferente y contradictoria. Ello se debe a que cada fuente de información responde a criterios de estudio diferentes, lo cual impide una comparación clara que arroje resultados confiables al respecto. Por lo tanto, no aparece de manera contundente que en el régimen subsidiado se concentren gastos administrativos desproporcionados por parte de las ARS. Además, en opinión de la Corte, lo que informan los demandantes constituye más un problema de ajuste del sistema que un defecto estructural del mismo, más aún cuando el nuevo modelo ha generado importantes logros en la cobertura de poblaciones que nunca habían sido objeto de aseguramiento.

⁷ Sentencia C-1489 de 2000.

1.1.6. La regulación del sector salud debe respetar el carácter de contribución parafiscal de los recursos de la seguridad social en salud, según el cual estos recursos no pueden ser destinados a un objeto diferente al que motiva su recaudo

La Corte Constitucional ha resaltado que los aportes de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud son contribuciones parafiscales⁸ y, por tanto, recursos con la destinación específica de usarse en la prestación de servicios de salud o entrega de bienes a los aportantes⁹. Al pertenecer a dicho sistema, los mencionados aportes no pertenecen ni a las EPS ni al presupuesto de la Nación o de las entidades territoriales. Cabe anotar que no es una característica de la parafiscalidad la de que los sujetos pasivos de la contribución sean exactamente y de manera individual quienes reciban los beneficios derivados de la reinversión de los recursos captados. La correspondencia que exige la parafiscalidad se establece entre sectores, no entre personas, de lo cual resulta que lo esencial no es que el contribuyente individualmente considerado reciba una retribución directa y proporcional al monto de su contribución, sino que el sector que contribuye sea simultáneamente aquél que se favorece con la destinación posterior de lo recaudado¹⁰. Así mismo, únicamente deben ser obligados a cancelar la tasa, aquellos destinatarios del ordenamiento a quienes válidamente se pueda prestar el servicio¹¹.

73

CAPÍTULO I

⁸ En las sentencias C-542 de 1998 y C-1707 de 2000, la Corte Constitucional consideró como contribuciones parafiscales los “aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones” que se efectúen dentro del sistema. Las contribuciones parafiscales son un instrumento para generar ingresos públicos. Estos recursos no entran a engrosar las arcas del presupuesto nacional ya que no constituyen un ingreso de la Nación. A su vez reúnen tres características: obligatoriedad, singularidad y destinación sectorial. La **obligatoriedad** se refiere a que el sujeto gravado no puede eximirse del deber de pagar la contribución; se habla de **singularidad** porque recae sobre un específico grupo de la sociedad y la **destinación sectorial** implica que la contribución mencionada se revierte en el sector del cual se ha extraído. Sobre la naturaleza de las contribuciones parafiscales veáanse, entre otras, las sentencias C-040 de 1993, C-308 de 1994 y C-546 de 1994.

⁹ Sentencia T-569 de 1999.

¹⁰ Sentencia C-183 de 1997. En este caso, al analizar la constitucionalidad del artículo 217 de la ley 100 de 1993 sobre la participación de las Cajas de Compensación Familiar en el Sistema, la Corte Constitucional estimó que la contribución parafiscal que establece este artículo no se queda en el reducido ámbito de los trabajadores que cotizan a las cajas sino que se proyecta hacia los beneficiarios del régimen subsidiado de salud, incluidos trabajadores independientes y no cotizantes en dichas entidades, sin que ello genere vicios de inconstitucionalidad. Por el contrario, a través de estas disposiciones se realiza el principio general de solidaridad.

¹¹ En la sentencia T-569 de 1999, la Corte ordenó el reembolso de los aportes (contribuciones parafiscales) que, por error de la administración, pagó una persona que había trabajado durante treinta y nueve años como administrador en una finca de su padre. Esta persona solicitó al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la que creía tener derecho, pero ésta le fue negada debido a la falta de prueba de la relación laboral pertinente.

La Corte Constitucional ha señalado que una ley que intervenga el sector de la salud, bajo ninguna circunstancia puede contravenir el mandato constitucional de destinación específica respecto de los recursos de la seguridad social, ni aún en aras de la reactivación económica¹². Por consiguiente, los recursos destinados a asegurar la efectividad del derecho a la salud no pueden ser objeto de acuerdos de pagos con acreedores que conduzcan a que tales recursos no lleguen al destino ordenado en la Carta. En la aplicación de los demás instrumentos de intervención previstos en la ley, debe respetarse estrictamente esta prohibición constitucional¹³.

La Corte retomó estos criterios al analizar un caso relacionado con problemas contractuales entre dos entidades del sistema. Una EPS solicitó por vía de tutela que se ordenara a una aseguradora en liquidación el reintegro inmediato -y no en el instante que la liquidadora indicara- de la totalidad de acreencias relacionadas con siniestros amparados por pólizas de reaseguro en enfermedades de alto costo. La EPS alegaba una presunta afectación de los recursos de la seguridad social -correspondientes a indemnizaciones destinadas a la atención de dichas enfermedades- necesarios para el cumplimiento de las obligaciones delegadas a la entidad promotora. El Alto Tribunal declaró improcedente la acción de tutela toda vez que los dineros reconocidos por siniestros de enfermedades de alto costo no tienen el carácter de contribución parafiscal¹⁴. Estos dineros se relacionan con el cumplimiento de un contrato de reaseguro. En este sentido, la Corporación consideró que lo que pretendía la EPS accionante era recuperar los dineros en forma preferente a la prevista por las normas legales pertinentes, para lo cual la acción de tutela no constituía el mecanismo procesal adecuado¹⁵.

¹² Sentencia C-867 de 2001. La Corte analizaba la constitucionalidad de la Ley 550 de 1999 sobre reactivación empresarial y reestructuración de los entes territoriales. La aplicación de esta ley se extiende a las entidades del sistema de seguridad social en salud.

¹³ Por tal motivo, en la sentencia C-828 de 2001, la Corte Constitucional decidió que un gravamen a movimientos financieros no podía aplicarse en relación con los recursos del sistema de seguridad social en salud destinados a la prestación del Plan Obligatorio de Salud.

¹⁴ Sentencia SU-508 de 2001.

¹⁵ La Corte estimó que no era aplicable en este caso la jurisprudencia contenida en la sentencia T-696 de 2000 donde se admitió la tutela para reclamación de depósitos consignados en entidades financieras, cuando tales depósitos no son entregados y esto afecta el sistema de la seguridad social. Dichos depósitos fueron considerados como contribuciones parafiscales. Dijo entonces la Corte: "los dineros recaudados con destinación al sector de la salud, que son recursos parafiscales, no se encuentran en la misma situación jurídica de los dineros de los ahorradores e inversionistas particulares, pues no pueden ser utilizados con

I.2. PROTECCIÓN DE LA OFERTA PRIVADA QUE CONTRIBUYE A LA REALIZACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA SALUD. EL DERECHO DE LOS PARTICULARES A CONCURRIR EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD

El servicio público de atención de la salud está a cargo del Estado. Sin embargo, y como ya se ha mencionado (*supra* Capítulo I, 1.1), algunas entidades de carácter privado pueden prestar dicho servicio por delegación del Estado. Según los artículos 49 y 365 de la Constitución, son obligaciones constitucionales del Estado¹⁶:

- a) Organizar, dirigir, regular, controlar y vigilar la prestación de los servicios públicos de salud.
- b) Disponer la manera como la responsabilidad por la prestación de los servicios de salud se distribuye entre el Estado, la comunidad y los particulares.
- c) Establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas.
- d) Ejercer la vigilancia y el control sobre las entidades privadas prestadoras de los servicios de salud.

La Corte Constitucional¹⁷ ha considerado que la propia Constitución permite que el Legislador establezca diversos mecanismos y diseños para desarrollar y materializar el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud. Como quiera que el artículo 48 de la Constitución expresa que la seguridad social puede ser prestada “por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”, el alto tribunal considera que la Carta Política no opta por un sistema de salud y seguridad social de carácter estrictamente público ni por

finés distintos para los cuales están destinados, ni ser objeto del giro ordinario de los negocios de las entidades financieras, ni formar parte de los bienes de dichos establecimientos, ni desviarse hacia objetivos diferentes, ni siquiera con motivo de su liquidación o intervención”. Por el contrario, en la sentencia SU-508 de 2001 la discusión giraba en torno a las indemnizaciones por enfermedades de alto costo, las cuáles no constituyen contribuciones parafiscales ni depósitos. Lo único que había entregado la EPS a la compañía de seguros eran las primas y reclamaba por tutela las indemnizaciones.

¹⁶ Sobre este punto, ver la sentencia C-616 de 2001.

¹⁷ Sentencia C-1489 de 2000.

un sistema puramente privado. La decisión sobre este asunto corresponde al Congreso de la República¹⁸.

El Legislador optó entonces por un sistema donde participan tanto el Estado como los particulares. Sin embargo, el alto tribunal¹⁹ ha establecido que esta libertad de configuración en cabeza del Legislador tiene unos límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma), como de carácter sustancial, que están determinados por los valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho (dignidad de la persona humana) y en las cláusulas económicas de la Constitución (intervención del Estado y planificación económica, propiedad privada y libertad de empresa e iniciativa privada). Esto supone que el Estado, en ejercicio de la potestad de regulación, debe fijar unos parámetros mínimos y ejercer inspección y vigilancia, pero debe, a su vez, brindar protección a los particulares que presten el servicio de salud.

A continuación se sintetizan los precedentes relacionados con la protección a la oferta privada en salud, es decir, la participación de los particulares en la prestación del servicio público de salud. Los pronunciamientos en torno a la inspección, vigilancia y control serán desarrollados en el capítulo IV del texto, como aspectos que pretenden garantizar la calidad de la salud.

1.2.1. El derecho de los particulares de concurrir en la prestación del servicio público de salud como ejercicio de la libertad económica

El artículo 333 de la Carta Política dispone:

¹⁸ Cabe anotar que en su Observación General No. 3, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisó que el Pacto Internacional es neutral respecto a sistemas políticos y económicos. En este sentido, los principios que gobiernan los derechos sociales no pueden entenderse como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el *laissez-faire*. De allí que los derechos reconocidos en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de una amplia variedad de sistemas económicos y políticos, a condición únicamente de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos (civiles y políticos/ económicos, sociales y culturales), se reconozcan y queden reflejadas en el sistema que se adopte.

¹⁹ Sentencia C-616 de 2001.

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

La libertad económica tiene como componentes la libertad de empresa y la protección de la libre competencia. En opinión de la Corte Constitucional, “la posibilidad que los particulares concurren a la prestación del servicio de salud en condiciones de competencia económica, no es incompatible con su carácter de interés público y su finalidad eminentemente social, pese a que se trata de sujetos que actúan motivados por intereses privados, que también gozan de la protección de la Constitución”²⁰. Con todo, el legislador debe controlar el ejercicio de la libertad económica en materia de salud, desarrollando una estricta regulación, vigilancia y control en el sector.

Para que la concurrencia de los particulares en la prestación del servicio de salud sea posible, deben garantizarse las condiciones propias de la libertad de empresa y de la libre competencia. Por esto, no es admisible que en el ámbito estrechamente regulado de participación privada se permitan, o peor aún, se establezcan, situaciones que impliquen prácticas restrictivas de la competencia o que se orienten a obstruir o restringir la libertad económica. Así mismo, es preciso destacar que la libre competencia en el Estado Social de

²⁰ Sentencias C-616 de 2001 y C-615 de 2002.

Derecho es aquella que se desarrolla en una economía social de mercado, donde “el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas”²¹.

1.2.2. La garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud por medio de sus IPS; siempre y cuando no se genere un abuso de posición dominante en la prestación de servicios de salud

Algunos apartados de los artículos 156, 177, 179, 181 y 183 de la Ley 100 de 1993, que otorgan a las EPS la facultad de prestar directamente el servicio de salud por medio de sus IPS, fueron demandados. El accionante consideraba que esta forma de prestación del servicio de salud limitaba la libertad económica debido a que las EPS, en razón de su posición dominante, podrían controlar el mercado, lo cual privilegiaría a sus propias IPS. Además, al ser las EPS quienes controlan y evalúan tanto a sus propias IPS como a las instituciones dependientes con las que contratan prestación de servicios, se desconocería la obligación estatal de intervenir el mercado con el objeto de garantizar la distribución equitativa de oportunidades.

Al declarar exequible lo demandado, la Corte Constitucional manifestó que la garantía de la libre empresa impide que se obstaculice o prohíba a las EPS la prestación directa del servicio asistencial de salud a través de sus IPS, por cuanto ello forma parte de la libertad económica. En este sentido, dentro del ámbito de configuración legislativa, el Congreso optó por un modelo que diferencia funcionalmente entre la administración por parte de las EPS y la prestación de los servicios asistenciales por las IPS. Con ello, se pretende una prestación eficiente y oportuna del servicio. Este diseño no es contrario a la Constitución. Tampoco lo es el que no se impida una integración que le permita a las EPS prestar los servicios a través de sus propias IPS, opción posible en el marco de posibilidades con las que cuenta el legislador²².

²¹ Sentencia T-533 de 1992.

²² Sentencia C-616 de 2001.

Así mismo, la libertad de configuración que posee el legislador respecto de la seguridad social en salud le permite establecer que las EPS y las IPS tengan la posibilidad de fijar las condiciones de contratación y las ventajas comerciales que les permitan buscar una mejor ubicación en el mercado. Esta posibilidad no implica que sea *en virtud de la ley* que las EPS tengan una posición dominante en el mercado, más aún cuando el sistema contempla la **libre elección de los usuarios**, tanto de las EPS, como, dentro de la oferta de éstas, de las IPS²³. Además, es el Gobierno quien regula y controla los precios. De otro lado, la Corte Constitucional destacó que en el sector salud las prácticas restrictivas de la competencia están absolutamente prohibidas, bien sea a través de acuerdos o convenios entre IPS, asociaciones del personal de la salud u otro tipo de maniobras que tiendan a “impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud” (Ley 100 de 1993, artículo 185). Por ello, cualquier desequilibrio que surja puede ser ventilado ante los organismos de control competentes.

Finalmente, se argumentó que las funciones de evaluación y control que ejercen las EPS no constituyen una competencia general de vigilancia y fiscalización de las personas e instituciones prestadoras de los servicios de salud, que permita descalificarlas frente a todo el sistema, sino que se trata de actividades que la ley les impone para garantizar la calidad del servicio que se presta a los usuarios.

1.2.3. Resulta inconstitucional la existencia de planes de inversión que se impongan como obligatorios a las empresas privadas que concurren a la prestación del servicio público de salud, así como cualquier otro tipo de restricciones desproporcionadas contra la libertad económica de dichos particulares

La Ley 715 de 2001 estableció que el Ministerio de Salud puede definir los bienes y servicios que se someten a un régimen de control especial de oferta. Este control se realizaría mediante unos planes bienales elaborados por las entidades departamentales y, posteriormente, serían aprobados por el Ministerio. Según esta ley, al Ministerio de Salud también le correspondía aprobar los proyectos de inversión, que dentro de los respectivos planes, presentarían las *entidades públicas o privadas*. Las instituciones *públicas o privadas* que, en las áreas de control de oferta, llevaran a cabo inversiones no sometidas a dicho control serían sancionadas.

²³ *Ibid.*

Al declarar inexecutable algunos apartes de las normas que consagran estos controles, la Corte Constitucional consideró que resultaba contrario a las garantías constitucionales de la libertad económica, la libre iniciativa privada y la libre competencia, que determinados proyectos de inversión de las Instituciones Prestadoras de Salud **privadas** se sometan, dentro de un régimen de control especial de oferta a cargo del Ministerio de Salud, a la previa aprobación de ese ministerio. En otras palabras, resulta inconstitucional la existencia de planes de inversión que se impongan como obligatorios a las empresas privadas que concurren a la prestación del servicio público de salud. Por el contrario, las inversiones que realicen las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud **públicas**, en las áreas que se definan como de control especial de oferta, deben someterse a la previa autorización del Ministerio de Salud y, si ello es desconocido, son admisibles las sanciones correspondientes²⁴.

Hasta el momento, se ha analizado la disponibilidad de la salud a partir de la protección de la oferta, tanto pública como privada, de establecimientos, bienes y servicios. Sin embargo, la disponibilidad no se agota en la infraestructura. Requiere de un sistema general que permita el funcionamiento del servicio y que también genere la información necesaria para su ajuste y perfeccionamiento. De allí que uno de los componentes de la disponibilidad lo constituya la existencia y suministro de información que permita efectuar la evaluación de las formas a través de las cuales el Estado realiza el derecho a la salud.

1.3. DISPONIBILIDAD DE INDICADORES E INFORMACIÓN EN SALUD

Los Estados tienen la obligación de vigilar el grado de efectividad de los derechos sociales. Para ello, se deben adoptar medidas inmediatas en relación con el suministro de información, la vigilancia efectiva y la formulación de planes de acción con base en dicha información. En su Observación General No. 1²⁵ (párr. 3 y 4), el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha considerado que la **producción de información** es una condición necesaria para desarrollar esa vigilancia, de allí que exista un deber de proveer información y garantizar el acceso a la misma en diversas materias.

²⁴ Sentencias C-615 de 2002 y C-974 de 2002.

²⁵ Naciones Unidas. Documento E/1989/22 de 1989.

En este mismo sentido, la Observación General 14 (párr. 43) de dicho Comité cataloga como uno de los niveles esenciales del derecho a la salud, el diseño de indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos en la realización de este derecho²⁶. Por su parte, en la Recomendación General 24, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer²⁷ se insiste en la necesidad de obtener información desagregada sobre la situación de la salud:

“9. Los Estados Partes son los que están en mejores condiciones de informar sobre las cuestiones de importancia crítica en materia de salud que afectan a las mujeres de cada país. Por lo tanto, a fin de que el Comité pueda evaluar si las medidas encaminadas a eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica son apropiadas, los Estados Partes deben basar su legislación y sus planes y políticas en materia de salud de la mujer en datos fidedignos sobre la incidencia y la gravedad de las enfermedades y las condiciones que ponen en peligro la salud y la nutrición de la mujer, así como la disponibilidad y eficacia en función del costo de las medidas preventivas y curativas (...)”.

A partir de premisas como las anteriores, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁸, en su informe de 1995 sobre Colombia, expresó lo siguiente en relación con la disponibilidad de información como elemento indispensable para la exigibilidad de los derechos:

²⁶ La Observación dedica los párrafos 57 y 58 al análisis de los indicadores y bases de referencia del derecho a la salud. El Comité considera que el objetivo de los indicadores debe permitir la vigilancia de las obligaciones asumidas por el Estado Parte en virtud del artículo 12. Una vez identificados los pertinentes indicadores del derecho a la salud, se pide a los Estados Parte que establezcan las bases nacionales de referencia apropiadas respecto de cada indicador.

²⁷ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1. La disponibilidad de información es fundamental para el desarrollo de estrategias en torno a problemas específicos y sujetos de especial protección. Frente al caso de las minorías étnicas, por ejemplo, instituciones como la Organización Mundial de la Salud han precisado que “(p)ara que los enfoques basados en la equidad en materia de salud tengan éxito, se precisa de información sanitaria y demográfica sistemática sobre todos los grupos marginados y en situación de desventaja, incluidos los pueblos indígenas y tribales”. Véase “Actividades de la Organización Mundial de la Salud (OMS) relacionadas con la salud de las poblaciones indígenas y tribales”. Naciones Unidas. Documento E/CN.19/2002/2/Add.8 del 9 de abril de 2002, presentado al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Primer período de sesiones. Nueva York, 3 a 24 de mayo de 2002.

²⁸ Naciones Unidas. Documento E/C.12/1995/18, párr. 201.

“201. El Comité considera que sería conveniente mejorar el sistema de estadísticas sociales basado en los indicadores pertinentes, para lograr que el Gobierno y todas las instituciones interesadas puedan evaluar objetivamente los problemas y los progresos efectuados en la esfera de los derechos económicos, sociales y culturales”.

Esta breve alusión a la disponibilidad de información debe complementarse con las obligaciones de garantizar el acceso a la misma (*infra* Capítulo II, 3.1.6). La protección de la oferta y el suministro de información hacen parte de la disponibilidad de la infraestructura que permite el ejercicio del derecho a la salud. Los siguientes segmentos se concentran en la disponibilidad de servicios, mediante el análisis de la existencia de los factores determinantes de la salud, los servicios de asistencia sanitaria y, como proyección de esto último, el suministro de servicios de salud sexual y reproductiva.

1.4. DISPONIBILIDAD DE LOS FACTORES DETERMINANTES DE LA SALUD. EL DERECHO A LA SALUD PÚBLICA

El derecho a la salud pública involucra diversos elementos que van más allá de la atención básica en salud que contempla la Ley 100 de 1993. La importancia de la salud pública para un entendimiento integral de la salud ha sido desarrollada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 11) al precisar que el “más alto nivel posible de salud física y mental” no se limita al derecho a la atención de la salud:

“11. El Comité interpreta el derecho a la salud, ... como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional”.

Los principales componentes de la salud pública son los factores determinantes de la salud (Observación General 14, párr. 4, 11, 12a y 36), aspectos que se centran en una intervención preventiva e integral frente a los dispositivos que generan la enfermedad o una deficiente calidad de vida. El derecho a la salud pública sólo puede ser entendido si se tiene como supuesto la idea de calidad de vida, noción que permite una aproximación a la capacidad de las personas para consolidar y disfrutar el derecho a una vida digna. Además, la noción de calidad de vida reconoce la íntima conexión existente entre los derechos humanos y el desarrollo humano.

El derecho a la salud pública implica, igualmente, el saneamiento del medio, toda vez que se trata de asegurar las mejores condiciones del ambiente para la protección de la salud. Estas condiciones involucran, entre varios aspectos, el abastecimiento de agua potable en condiciones de calidad, la correcta eliminación de los desechos líquidos y sólidos, el manejo adecuado de las basuras, el control de calidad de los alimentos, la conservación de los recursos naturales y el control de la contaminación de los recursos naturales de agua, suelo, fauna y flora, entre otros. La importancia del saneamiento del medio se fundamenta en la necesidad de eliminar, en lo posible, las enfermedades y condiciones sanitarias inadecuadas que alteran el nivel de vida apto para la conservación de la salud de cada uno de los individuos de la sociedad.

Como servicio, la salud pública es la actividad encaminada a mejorar la salud de la población. En esta perspectiva, la salud pública implica intervenciones salubristas que incluyen no sólo servicios médicos de atención, sino también las intervenciones sociales relacionadas con el medio ambiente, el control de la contaminación de los recursos naturales, la vivienda, y, en general, los aspectos relacionados con la mejora de las condiciones de vida de la población.

Conforme a lo anterior, esta sección del documento desarrolla una breve aproximación al contenido del derecho a la salud pública a través de los siguientes derechos: (1) el derecho a la prevención y lucha contra las enfermedades; (2) el derecho a la participación en las políticas públicas sobre salud; (3) la salud en el trabajo; (4) el derecho al medio ambiente sano; (5) el derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento básico; (6) el derecho a una vivienda saludable; (7) el derecho a una alimentación adecuada, y (8) el derecho al patrimonio cultural y ambiental.

Cada uno de los anteriores derechos justifica un documento aparte²⁹, dada su importancia y extensión. Por lo pronto, esta sección presenta los rasgos y elementos básicos de los derechos que componen el derecho a la salud pública, a fin de hacer visible la interdependencia de este derecho con otras garantías.

1.4.1. Derecho a la promoción de la salud y a la prevención, tratamiento y lucha contra las enfermedades

El apartado c) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, orienta la acción del Estado hacia:

“(...) c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas”.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 16), ello implica:

- Programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud relacionadas con el comportamiento:
 - VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual.
 - Enfermedades que afectan la salud sexual y genésica.
- Promoción de los factores sociales determinantes de la buena salud
 - Seguridad ambiental.
 - Educación.
 - Desarrollo económico.
 - Igualdad de género.

²⁹ El Programa de Seguimiento de Políticas Públicas en Derechos Humanos ProSeDHer publicará una serie de textos como el presente en relación con el derecho al agua, el derecho a la alimentación, el derecho a la vivienda y el derecho al trabajo.

- Derecho a tratamiento
 - Sistema de tratamiento de urgencias.
 - Prestación de socorro en casos de desastre.
 - Prestación de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia.

- Lucha contra las enfermedades
 - Tecnologías pertinentes.
 - Vigilancia epidemiológica.
 - Vacunación.
 - Lucha contra enfermedades infecciosas.

Como se observa, la salud pública requiere de una labor preventiva y proactiva en relación con los factores determinantes de la salud. Al respecto, en la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud³⁰ presenta las siguientes consideraciones:

“La promoción de la salud consiste en proporcionar a los pueblos los medios necesarios para mejorar su salud y ejercer un mayor control sobre la misma. Para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente. La salud se percibe pues, no como el objetivo, sino como la fuente de riqueza de la vida cotidiana. Se trata por tanto de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales así como las aptitudes físicas. Por consiguiente, dado que el concepto de salud como bienestar trasciende la idea de formas de vida sanas, la promoción de la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario”.

Así mismo, en este instrumento internacional la promoción de la salud se centra en alcanzar la equidad sanitaria. Se debe asegurar la igualdad de oportunidades y propor-

³⁰ Documento emitido por la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa el día 21 de noviembre de 1986. Esta conferencia ofreció una nueva concepción de la salud pública en la que se toma como punto de partida los progresos alcanzados como consecuencia de la Declaración de Alma Ata sobre la atención primaria, el documento “Los Objetivos de la Salud para Todos” de la Organización Mundial de la Salud y el debate sobre la acción intersectorial para la salud sostenido en la Asamblea Mundial de la Salud.

cionar los medios que permitan a toda la población desarrollar al máximo su salud potencial.

Los aspectos relacionados con el **derecho al tratamiento** serán abordados posteriormente, como componentes del derecho a la asistencia sanitaria (*infra* 1.5.2). Como se verá en relación con los demás componentes que hacen parte del derecho a la salud pública, la **promoción** de los factores sociales determinantes de la buena salud adquiere especial relevancia en tres ámbitos: el derecho a la salud en el trabajo, el derecho al medio ambiente y el derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento básico.

86

CAPÍTULO I

1.4.2. Derecho a la participación en las políticas públicas sobre salud

Como lo ha precisado la Declaración de Alma Ata³¹, las personas tienen el derecho y el deber de participar individual y colectivamente en la planificación e implementación de su atención sanitaria. Ello implica que la comunidad participe en la formulación, desarrollo y control de las políticas públicas sobre salud. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General 14 (párrs. 62, 63 y 64), al analizar las obligaciones de los actores que no son estados partes en el PIDESC, ha insistido en la necesidad de mantener los esfuerzos coordinados con la sociedad civil para dar efectividad al derecho a la salud. En este sentido, los estados tienen la obligación de respetar, proteger, facilitar y promover la labor realizada por los defensores de los derechos humanos y otros representantes de la sociedad civil dirigida a apoyar a los grupos vulnerables o marginados en el ejercicio de su derecho a la salud.

Así mismo, la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud insiste en el reforzamiento de la acción comunitaria como elemento decisivo en la realización de la salud. Expresamente se afirma:

“La promoción de la salud radica en la participación efectiva y concreta de la comunidad en la fijación de prioridades, la toma de decisiones y la elaboración

³¹ Adoptada en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, 6-12 de septiembre de 1978, y refrendada por la 32 Asamblea Mundial de la Salud en la resolución WHA32.20 (mayo de 1979).

y puesta en marcha de estrategias de planificación para alcanzar un mejor nivel de salud. (...) El desarrollo de la comunidad se basa en los recursos humanos y materiales con que cuenta la comunidad misma para estimular la independencia y el apoyo social, así como para desarrollar sistemas flexibles que refuercen la participación pública y el control de las cuestiones sanitarias. Esto requiere un total y constante acceso a la información y a la instrucción sanitaria, así como a la ayuda financiera”.

1.4.3. Derecho a la salud en el trabajo

El apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra la obligación de adoptar medidas para garantizar:

“ (...) b) El mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial”.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 15), este apartado incluye obligaciones de prevenir en relación con :

- Accidentes laborales y enfermedades profesionales.
- Exposición a sustancias nocivas (radiaciones y sustancias químicas nocivas) y fumigaciones.
- Higiene industrial (peligros por el medio ambiente laboral).
- Condiciones de trabajo higiénicas y seguras.
- Disuadir del uso indebido de alcohol, tabaco, consumo de estupefacientes y otras sustancias nocivas.

En términos generales, la salud en el trabajo abarca no sólo la ausencia de afecciones o de enfermedad sino, también, los elementos físicos y mentales que afectan a la salud y están directamente relacionados con la seguridad e higiene del trabajo³². Cabe anotar que la

³² Organización Internacional del Trabajo, *Resúmenes de Normas Internacionales del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1988, p. 65. Los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han desarrollado el contenido del derecho a la salud en el trabajo. Instrumentos jurídicos directamente relacionados con este tema son los siguientes: Convenio 81 sobre la Inspección del

Corte Constitucional ha considerado que la protección del derecho a la salud por vía de tutela comprende el amparo frente a prestaciones propias de los riesgos profesionales, cuando en el caso concreto se pruebe la conexidad del derecho a la seguridad social con otros derechos fundamentales³³.

1.4.4. Derecho al medio ambiente. Procedencia excepcional de la acción de tutela en razón a la conexidad del derecho a la salud con el derecho a un medio ambiente sano

El artículo 79 de la Constitución establece que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano y, por tanto, es un deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de dichos fines. En este sentido, el derecho a un medio ambiente sano se concibe como un conjunto de condiciones básicas que rodean a la persona y le permiten su supervivencia biológica e individual, lo cual garantiza, a su vez, su desempeño normal y su desarrollo integral en el medio social³⁴.

La salud ambiental constituye una función esencial de la salud pública que se refiere a las actividades de identificación, evaluación, control y prevención de los factores físicos, químicos, biológicos, sociales y psicosociales presentes en el ambiente que pueden afectar de manera adversa la salud humana. Una de las funciones de la salud pública es, entonces, el saneamiento del medio, con el propósito de asegurar las mejores condiciones del ambiente para la protección de la salud, a través de medidas como el abastecimiento de agua potable, el adecuado manejo de los desechos y el control de la contaminación del agua y del suelo, entre otros. La importancia del saneamiento del medio se deriva, precisa-

Trabajo e Higiene Industrial, Convenio 102 sobre Seguridad Social, Convenio 103 sobre Protección de la Maternidad, Convenio 120 sobre Higiene en el Comercio y las Oficinas, Convenio 121 sobre Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, Convenio 130 sobre Asistencia Médica y Prestaciones Monetarias de Enfermedad, Convenio 139 sobre Cáncer Profesional, Convenio 155 sobre Seguridad Social y Salud de los Trabajadores, Convenio 174 sobre la Prevención de Accidentes Industriales Mayores y Recomendación 181 sobre la Prevención de Accidentes Industriales Mayores. Sobre estos dos últimos instrumentos, puede consultarse la sentencia C-280 de 1997 de la Corte Constitucional.

³³ Sentencias T-384 de 1998 y T-993 de 2002.

³⁴ Sentencia SU-442 de 1997.

mente, de las múltiples enfermedades –incluso mortales– que ocasionan las condiciones sanitarias inadecuadas del ambiente.

El artículo 366 de la Constitución Política define una clara obligación del Estado frente a la salud ambiental, al establecer como objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable. Igualmente, en los Principios Universales del Desarrollo Sostenible contenidos en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992³⁵, se reconoce que “los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

El presente documento no procura dar cuenta del contenido normativo del derecho al medio ambiente. Tan sólo se busca resaltar su importancia como factor determinante de la salud. En este punto, vale la pena destacar que la Corte Constitucional ha permitido la procedencia excepcional de la acción de tutela en razón a la conexidad del derecho a la salud con el derecho a un medio ambiente sano. En estos casos, la acción de tutela prevalece sobre la acción popular, recurso judicial que ampara los derechos colectivos. Los siguientes son los criterios que el alto tribunal³⁶ ha establecido al respecto:

a. La naturaleza colectiva de un derecho no se pierde por la trascendencia que éste pueda tener en el ámbito de los derechos fundamentales. Por tanto, la protección de los derechos colectivos y de los intereses difusos, debe lograrse a través de la acción popular. Sin embargo, si de la vulneración de un derecho colectivo se desprenden graves consecuencias para derechos fundamentales procederá la acción de tutela.

b. Para que la tutela proceda y prevalezca en caso de afectación de un interés colectivo, es necesario que exista conexidad entre la vulneración de un derecho colectivo y la violación o amenaza a un derecho fundamental, de tal suerte que el daño o la amenaza del derecho fundamental sea consecuencia inmediata y directa de la perturbación del derecho colectivo.

³⁵ Proclamada el 14 de junio de 1992 en Río de Janeiro por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

³⁶ Sentencias T-1451 de 2000 y SU-1116 de 2001, reiteradas en la sentencias T-966 de 2002.

c. El peticionario debe ser la persona directa o realmente afectada en su derecho fundamental, toda vez que la acción de tutela es de naturaleza subjetiva.

d. La vulneración o la amenaza del derecho fundamental no deben ser hipotéticas. Deben aparecer expresamente probadas en el expediente.

e. La orden judicial debe buscar el restablecimiento del derecho fundamental afectado y no del derecho colectivo en sí mismo considerado, aunque con esa orden resulte protegido, igualmente, un derecho de esta naturaleza.

f. Que en el expediente aparezca claro que la acción popular no es idónea, en concreto, para amparar específicamente el derecho fundamental vulnerado en conexidad con el derecho colectivo.

1.4.5. Derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento básico

En su Observación General 15 sobre el derecho al agua, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Además, se destaca que un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, para reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y para satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica³⁷.

La calidad de vida, referente esencial del derecho a la salud pública, está directamente vinculada a la disponibilidad de agua potable y saneamiento básico. Diversos instrumentos internacionales mencionan este derecho. Por ejemplo, el artículo 14 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, incluye el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el **abastecimiento**

³⁷ Naciones Unidas. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 15 (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Documento E/C.12/2002/11 del 20 de enero de 2003, párr. 2.

de agua, el transporte y las comunicaciones”. Por su parte, el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que es una obligación de los Estados la de “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(...)”. Además, el artículo 11 del Protocolo de San Salvador destaca el derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con **servicios públicos básicos**. En su numeral VII, literal C, la Declaración de Alma Ata destaca que la atención primaria en salud incluye, como mínimo, el **adecuado suministro de agua potable y saneamiento básico**.

Sobre la interrelación del derecho al agua con otros derechos, el Comité (Observación General 15, párr. 6) ha precisado:

“El agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el Pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (el derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse un medio de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Sin embargo, **en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debería darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades**, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto” (negrilla fuera de texto).

Los Estados deben garantizar los siguientes factores indispensables para el disfrute del derecho al agua: la **disponibilidad** del agua, es decir, la garantía de un abastecimiento continuo y suficiente para los usos personales y domésticos; la **calidad** del agua, de tal forma que sea salubre, no contenga microorganismos o sustancias químicas o radiactivas

³⁸ *Ibid*, párr. 12.

³⁹ En este punto, el Comité (Observación General 15, párr. 28) retoma los criterios del Programa 21 de la Conferencia de Río sobre la Conservación y Gestión de los Recursos para el Desarrollo y el Plan de Aplicación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (2002).

que puedan amenazar la salud; y la **accesibilidad** física, económica, sin discriminación y el acceso a la información en torno al agua³⁸. El Comité enfatiza que el agua debe tratarse como un bien social y cultural y no exclusivamente como un bien económico. Por ello, las discusiones en torno al carácter adecuado del agua no deben restringirse a los debates sobre cantidades volumétricas y tecnologías. Además, los Estados deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre³⁹.

En relación con este tema, se destacan las siguientes subreglas jurisprudenciales⁴⁰:

– La debida prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo garantiza la realización del derecho a la salud pública y el mejoramiento de la calidad de vida de la población.

– La recolección, el tratamiento y la disposición de basuras o desechos implica la responsabilidad que tienen las administraciones de los municipios de llevar a cabo el manejo y disposición de basuras bajo criterios técnicos, a fin de proteger el medio ambiente y preservar la salubridad colectiva⁴¹.

– El Estado debe brindar a las personas que no puedan acceder a los servicios públicos de acueducto y alcantarillado los medios y condiciones adecuados para que satisfagan ellos mismos sus necesidades básicas y no puede generar obstáculos que determinen la inexistencia del servicio o impidan su prestación⁴².

– El derecho al suministro de agua potable es una condición para preservar y asegurar los derechos fundamentales a la salud y a la vida⁴³.

– El agua constituye fuente de vida y la falta del servicio de acueducto y alcantarillado atenta directamente con el derecho fundamental a la vida⁴⁴.

⁴⁰ Defensoría del Pueblo, *Contenido y Alcance del Derecho a Disponer de Agua Potable y Servicios de Saneamiento Básico*, Documento sin publicar de la Delegada para los Derechos Colectivos y el Ambiente. Versión ajustada, febrero de 2003.

⁴¹ Sentencia T-062 de 1995.

⁴² Sentencia T-570 de 1992.

⁴³ Sentencia T-379 de 1995.

⁴⁴ Sentencia T-578 de 1992 y T-523 de 1994.

– El derecho al agua potable es fundamental cuando el agua se destina al consumo humano, en cuanto contribuye a la salud, a la salubridad pública y, en últimas, a la vida. Por el contrario, no lo es cuando se destina a la explotación agropecuaria o a un terreno deshabitado⁴⁵.

– Todas las personas tienen derecho a tener agua en igualdad de oportunidades y proporciones, de conformidad con los principios de igualdad y no discriminación⁴⁶.

– La deficiente prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo quebranta los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la salubridad pública y al ambiente sano y genera, además, graves problemas ambientales⁴⁷.

93

CAPÍTULO I

1.4.6. Derecho a una vivienda adecuada y saludable

El concepto del “más alto nivel posible de salud”, tiene en cuenta las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona. Entre ellas, la vivienda adecuada es un elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado. Instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) precisan que el derecho a un nivel de vida adecuado debe asegurar la vivienda. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XI, insiste en que las medidas sanitarias y sociales a través de las cuales debe ser preservada la salud, deben incluir la vivienda.

En su Observación General 4 sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisa que los siguientes factores son esenciales para el disfrute de una vivienda adecuada: a) seguridad jurídica de la tenencia, b) disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, c) gastos soportables, d) habitabilidad, e) asequibilidad, f) lugar y g) adecuación cultural⁴⁸.

⁴⁵ Sentencia T-232 de 1995 y T-413 de 1995.

⁴⁶ Sentencia T-244 de 1994.

⁴⁷ Sentencia SU-442 de 1997.

⁴⁸ Naciones Unidas. Documento E/1992/23, párr 8.

La vivienda facilita el cumplimiento de un conjunto de funciones relacionadas con la vida individual y familiar tales como garantizar la seguridad y protección, facilitar el descanso, asegurar el almacenamiento, procesamiento y consumo de alimentos, suministrar agua potable y los recursos para la higiene personal, doméstica y el saneamiento, entre muchas otras⁴⁹. Dada la multiplicidad de funciones de la vivienda, las características que debe reunir, tanto en estructura como en compartimentos, espacios y equipamientos, deben ser compatibles con el desarrollo de esas funciones.

Se ha demostrado que la vivienda influye en la salud, toda vez que sus condiciones de ubicación, diseño, construcción, condiciones y equipamiento pueden constituirse en factores de riesgo o, por el contrario, en agentes que permiten mantener condiciones adecuadas para la salud. Así, la vivienda se constituye en objeto de interés en el campo de la salud ambiental en la medida en que puede considerarse como promotora de la salud de cada uno de los individuos y de la población.

Los impactos que en la salud generan las condiciones de la vivienda están generalmente vinculados con enfermedades y afecciones relacionadas con la calidad del agua potable y el saneamiento básico. La vivienda saludable y adecuada es aquella que brinda protección contra enfermedades transmisibles y también contra lesiones y factores de otro tipo que contribuyen a generar enfermedades o padecimientos crónicos. En consecuencia, la vivienda adecuada debe proveer acceso a los servicios esenciales de acueducto, alcantarillado y aseo, necesarios para fomentar un buen estado de salud.

1.4.7. Derecho a una alimentación nutritiva y adecuada

La Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición⁵⁰ consagra que todos los hombres, mujeres, niños y niñas tienen el derecho inalienable a no padecer de hambre y malnutrición con el fin de poderse desarrollar plenamente y conservar sus capacidades físicas y mentales. No es objetivo del presente documento profundizar en

⁴⁹ Organización Mundial de la Salud, Organización Panamericana de la Salud, División de Salud y Ambiente. Documento de referencia OPS sobre Políticas de Salud en la Vivienda, 1999.

⁵⁰ Aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación, convocada por la Asamblea General en su resolución 3180 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973; y que hizo suya la Asamblea General en su resolución 3348 (XXIX) de 17 de diciembre de 1974.

el contenido del derecho a la alimentación ni en los instrumentos internacionales que lo garantizan. Por lo pronto, y como se enfatiza en un segmento posterior (*infra* Capítulo I, 3.1.1), una alimentación mínima que sea nutritiva, adecuada y segura, constituye uno de los niveles esenciales de la salud. De allí que, tanto la alimentación adecuada como la seguridad alimentaria, sean relevantes para un entendimiento integral de la salud pública.

La Observación General 12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵¹, precisa que el derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. En esta Observación, el Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende la *disponibilidad* de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; y la *accesibilidad* de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos.

Por su parte, la definición de seguridad alimentaria que ofrece la Cumbre Mundial de la Alimentación, permite entender la notoria relación entre el derecho a la salud y el derecho a la alimentación:

“Existe seguridad alimentaria cuando todas las personas tienen en todo momento acceso físico y económico a suficientes alimentos inocuos y nutritivos para satisfacer sus necesidades alimenticias y sus preferencias alimenticias en cuanto a los alimentos, a fin de llevar una vida activa y sana”⁵².

1.4.8. Derecho al patrimonio cultural y ambiental

El patrimonio cultural se relaciona con el conjunto de bienes (patrimonio tangible o material) y valores culturales (patrimonio intangible o inmaterial) que expresan la nacio-

⁵¹ Naciones Unidas. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 12. El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11). Documento E/C.12/1999/5 del 12 de mayo de 1999, párrs. 6 y 8.

⁵² Primer párrafo del Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación, realizada en Roma del 13 al 17 de noviembre de 1996.

nalidad colombiana. Atendiendo a la interdependencia entre los diversos derechos humanos, la salud pública requiere de la preservación de áreas protegidas con reconocido valor cultural y natural. Sólo así es posible garantizar el bienestar integral que hace posible la calidad de vida. El Estado debe ofrecer protección a las formas de vida ambientalmente sostenibles e impulsar procesos de ordenamiento territorial que permitan orientar el desarrollo de forma que resulte ambiental y culturalmente sostenible⁵³.

En los ocho segmentos anteriores se ofrece una estructura básica para entender los elementos que incluye el derecho a la salud pública. Este derecho se concentra entonces en la **dimensión colectiva** del derecho a la salud. Sin embargo, como se insinuó al abordar el derecho a la prevención, tratamiento y lucha contra las enfermedades, la atención a los problemas de salud de cada individuo es un asunto de salud pública. En efecto, los problemas en la disponibilidad y calidad del servicio de salud al enfermo, revisten una preocupación que debe ser asumida colectivamente. El siguiente apartado se concentra en la **dimensión individual** de la salud, en punto a la asistencia sanitaria que requiere cada persona que ve afectada su salud. Con todo, es necesario precisar que ambas dimensiones (colectiva e individual) deben entenderse como interdependientes e inescindibles, como quiera que la salud es una e integral. Las dimensiones preventiva y asistencial necesariamente deben ir de la mano.

1.5. DISPONIBILIDAD DE LOS SERVICIOS Y ATENCIÓN INDIVIDUAL EN SALUD: DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

El **derecho a la asistencia sanitaria** es la facultad individual de obtener de los poderes públicos los auxilios de las ciencias médicas para la prevención, la curación, el alivio físico o el consuelo psico-afectivo eficaces en la enfermedad⁵⁴. Por enfermedad se entiende toda disminución de la capacidad de apropiación de sí mismo que produce un estado

⁵³ En el presente texto un expreso compromiso en torno al amparo del patrimonio cultural y ambiental como componente del derecho a la salud se analiza al dar cuenta de las obligaciones del Estado en relación con el respeto de la medicina tradicional desarrollada por los grupos étnicos (*infra* Capítulo III, 2.4 y 3.1.6).

⁵⁴ En relación con esta definición, véase el **Curso sistemático de derechos humanos** del Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África (IEPALA) en la página <http://www.iepala.es/DDHH/ddhh853.htm>. Consultada en marzo de 2002.

de desvalimiento y de falta de plenitud con repercusiones negativas sobre la dignidad humana. En otras palabras, la vida en un cuerpo enfermo es una vida menos plena que exige del auxilio exterior para realizarse. La asistencia sanitaria pretende superar la enfermedad a través de la curación del paciente. En otros casos, busca hacer más llevadera la enfermedad ante la imposibilidad científica de curarla.

Cabe anotar que en el presente documento se asume que la expresión “asistencia médica” -utilizada generalmente por los instrumentos internacionales y la jurisprudencia- resulta equívoca debido a que pareciera restringirse a la actividad estrictamente médica. Sin embargo, la atención en salud es una actividad en la que confluyen una diversidad de actividades que trascienden lo puramente médico. De allí que se prefiera la expresión “asistencia sanitaria”, en cuanto abarca un conjunto mayor de intervenciones.

La asistencia sanitaria implica, además, diversos aspectos de la salud pública. Por ejemplo, el tratamiento de algunas enfermedades va de la mano con programas de inmunización y vacunación. El punto donde mayor cercanía encuentran estos ámbitos de la salud es el suministro y manejo de medicamentos, ya que el control de calidad de los mismos es un asunto de salud pública pero, a su vez, cada tratamiento individual depende de la utilización de los mismos.

Los instrumentos internacionales regulan el derecho a la asistencia sanitaria de la siguiente manera:

“Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 25.1. Toda persona tiene derecho a...la **asistencia médica**...

Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre. Artículo 11. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a...la **asistencia médica**, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Artículo 5 e) iv). (...) Los Estados Partes se comprometen...a garantizar...

e) iv) El derecho a la salud pública, la **asistencia médica**...

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 12.2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

...

d) La creación de condiciones que aseguren a todos **asistencia médica** y servicios médicos en caso de enfermedad.

*Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social*⁵⁵. Parte II, Artículo 10 d). El progreso y el desarrollo en lo social debe encaminarse a...

d) El logro de los más altos niveles de salud y la **prestación de servicios de protección sanitarias** para toda la población, de ser posible en forma gratuita...”.

En el caso colombiano, el referente más importante para entender la asistencia sanitaria lo constituyen las sentencias de tutela proferidas por la Corte Constitucional en relación con la prestación de servicios de salud a nivel individual. Poco a poco, los precedentes jurisprudenciales han consolidado una serie de derechos que configuran el contenido normativo de este componente del derecho a la salud. Los múltiples fallos constitucionales sobre esta materia permiten concluir que el derecho a la asistencia sanitaria comporta los siguientes temas:

Asistencia Sanitaria	Diagnóstico Tratamiento Recuperación - Rehabilitación Atención de Urgencias	Continuidad
----------------------	--	-------------

⁵⁵ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2542, de 11 de Diciembre de 1969.

El contenido del derecho a la asistencia sanitaria está conformado por diversos derechos que involucran la prestación de servicios de salud a nivel individual. El recorrido es, si se quiere, un continuo que se inicia con el diagnóstico del problema y la concesión del tratamiento para luego proseguir con la atención médica y la recuperación. Sin embargo, no basta con garantizar estas prestaciones, el sistema debe disponer lo necesario para asegurar la *continuidad* de las mismas a lo largo de todo el proceso de atención. A continuación se analizan los precedentes más importantes en cada uno de estos temas.

1.5.1. Derecho al diagnóstico. Vulneran el derecho a la salud en conexidad con la vida digna aquellas situaciones donde la negligencia administrativa impide la realización de exámenes indispensables para establecer si un paciente padece enfermedades que puedan poner en peligro su vida

Debido a un sangrado en los oídos, una señora fue remitida por el Seguro Social a un otorrinolaringólogo, pero sólo fue atendida seis meses después. Pasados diecisiete meses, no se habían practicado los exámenes ordenados por el especialista. Frente a este caso, la Corte Constitucional consideró que la orden del Seguro, donde se exigía la realización de los exámenes, era insuficiente para superar la vulneración de los derechos fundamentales de la actora. Concretamente, se expresó lo siguiente:

“(E)l derecho a la seguridad social, ligado a la salud y a la vida de los afiliados al sistema y de sus beneficiarios, no solamente incluye el de reclamar atención médica, quirúrgica, hospitalaria y terapéutica, tratamientos y medicinas, sino que incorpora necesariamente el **derecho al diagnóstico**, es decir, 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” (negrilla fuera de texto)⁵⁶.

El literal 10 del artículo 4º del Decreto 1938 de 1994, define el diagnóstico como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a demostrar la

⁵⁶ Véanse las sentencias T-366 de 1999 y T-849 de 2001.

presencia de la enfermedad, su estado de evolución, sus complicaciones y consecuencias presentes y futuras para el paciente y la comunidad”. La Corte Constitucional ha precisado que **en aquellos casos donde la falta de diagnóstico genera una mayor complicación para la situación del paciente, ello implica una violación del derecho a la salud en conexidad con la vida y la integridad personal**. En este sentido, es imposible amparar estos derechos si se ignoran, al resolver sobre el tratamiento a seguir, las características presentes, técnicamente establecidas, del estado general o parcial del paciente. De allí que la entidad de seguridad social no puede descargar en los pacientes las razones de su incumplimiento, ni le es posible eludir las consecuencias jurídicas que se deriven de los daños sufridos por éstos, por causa o con motivo de falencias en la detección de los padecimientos o quebrantos que padezcan. Lo que es importante tener claro es que **tal responsabilidad no se agota en la existencia de órdenes internas dirigidas a la práctica de los exámenes**. Lo que restablece los derechos fundamentales afectados es la práctica inmediata e íntegra de los exámenes ordenados⁵⁷.

La falta de diagnóstico impide la realización de un tratamiento. A su vez, un diagnóstico equivocado genera un tratamiento indebido. El derecho al diagnóstico es el primer paso a seguir para garantizar la asistencia sanitaria. El tratamiento constituye la siguiente etapa. A continuación se ofrecen elementos en torno a su relevancia constitucional.

1.5.2. Derecho al tratamiento

El literal 11 del artículo 4º del Decreto 1938 de 1994 define el tratamiento como “todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a modificar, aminorar o hacer desaparecer los efectos inmediatos o mediatos de la enfermedad que alteran el normal funcionamiento laboral, familiar, individual y social del individuo”. En estas actividades, procedimientos e intervenciones se cuentan la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

Este apartado enfatiza la *provisión* del tratamiento mismo. El desarrollo de un tratamiento idóneo es un aspecto más relacionado con el derecho a una atención médica que evite la agravación del estado de salud del paciente, aspecto que será analizado en

⁵⁷ Sentencia T-367 de 1999.

el capítulo sobre calidad de la salud (*infra* Capítulo III, 1.3). Por lo pronto, se analiza la jurisprudencia que sustenta el otorgamiento o la negación de un tratamiento o medicamento específico, ya sea por su (i) exclusión del POS, (ii) el no cumplimiento de semanas mínimas de cotización, (iii) la incapacidad económica para asumir el costo de enfermedades de alto costo o catastróficas o la cuota de copago correspondiente y (iv) la necesidad de realizar el tratamiento en el exterior.

1.5.2.1. En casos donde surja una conexidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, la integridad personal o la dignidad, debe inaplicarse, bajo ciertos requisitos, la reglamentación sobre la exclusión de ciertas actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos del Plan Obligatorio de Salud (POS). Frente a similar conexidad de derechos, debe inaplicarse la exigencia legal de alcanzar unas semanas mínimas de cotización

101

CAPÍTULO I

El POS, es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos que toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el sistema está obligada a garantizar a sus afiliados. Este plan cubre la protección integral de las familias durante la maternidad y en caso de enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad. Con todo, el sistema ha **excluido** del POS una serie de prestaciones por considerar que la atención obligatoria debe concentrarse en las necesidades más importantes de la población.

Ahora bien, como la afiliación es determinante para la prestación de los servicios, el sistema ha fijado una serie de requisitos y formalidades que tienden a garantizar un acceso razonable e igualitario. De allí que existan **períodos mínimos de cotización**, a partir de los cuáles es posible exigir prestaciones propias de las enfermedades de alto costo. El artículo 26 del decreto 1938 de 1994 regula este campo en los siguientes términos:

“Artículo 26. **De los períodos mínimos de cotización.** Los criterios para definir los períodos mínimos de cotización al Sistema para tener derecho a la atención en salud en las enfermedades de alto costo son:

Grupo 1. Máximo cien (100) semanas de cotización para el tratamiento de las enfermedades definidas como catastróficas o ruinosas de nivel IV en el POS.

Grupo 2. Máximo cincuenta y dos (52) semanas de cotización para enfermedades que requieran manejo quirúrgico de tipo electivo, y que se encuentren catalogadas en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos MAPIPOS, como el grupo ocho (8) o superiores.

PARAGRAFO 1º Serán de atención inmediata sin someterse a períodos de espera las actividades, intervenciones y procedimientos de promoción y fomento de salud, prevención de la enfermedad, que se haga en el primer nivel de atención, incluido el tratamiento integral del embarazo, parto, puerperio, como también el tratamiento inicial y la estabilización del paciente en caso de una urgencia.

PARAGRAFO 2º Cuando el afiliado sujeto a períodos mínimos de cotización por alguna enfermedad presente al momento de la afiliación desee ser atendido antes de los plazos definidos en el artículo anterior, deberá pagar un porcentaje del valor total del tratamiento, correspondiente al porcentaje en semanas de cotización que le falten para completar los períodos mínimos contemplados en el presente artículo.

PARAGRAFO 3º Cuando se suspende la cotización al sistema por seis meses continuos, se pierde el derecho a la antigüedad acumulada para efectos de los dispuesto en el presente decreto”.

Mientras que no se haya cotizado ese mínimo de semanas, los afiliados al sistema se encuentran en un **periodo de carencia**, esto es, una época en la cuál les puede ser negado un tratamiento o un medicamento prescrito por el médico. Sin embargo, este tipo de restricciones no prevalecen por encima de los derechos fundamentales que, en cada caso concreto, pueden estar en juego. Aun cuando la exclusión de ciertos procedimientos y medicamentos del POS se explica por la necesidad de garantizar financieramente el sistema, en los casos concretos donde las restricciones impliquen el desconocimiento del derecho a la salud en conexidad con otros derechos fundamentales, éstas no pueden operar.

Gran cantidad de acciones de tutela en relación con el derecho a la salud tienen que ver con la negación, por parte de entidades del sistema, de medicamentos o tratamientos que se encuentran excluidos del POS. En otros casos, aun cuando las prestaciones se encuentran dentro del POS, el paciente no ha cotizado el número de semanas necesario para acceder a dichas prestaciones. Frente a estos dos eventos, la Corte Constitucional tiene establecido que: si (1) la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, o que no se suministre por no alcanzar el mínimo de semanas cotizadas amenaza los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad personal o la dignidad del interesado; y (2) se trata de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; y (3) el paciente realmente no puede sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y no puede acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.); y (4) el medicamento o tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante, entonces el medicamento o tratamiento requerido debe ser suministrado para impedir la violación de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal⁵⁸.

1.5.2.2. Derecho al tratamiento y enfermedades de alto costo o ruinosas. Si (1) la persona afiliada no ha cumplido los tiempos mínimos de cotización exigidos por la ley para la atención de enfermedades de alto costo, (2) debe ser atendido por la entidad de salud a la que esté afiliado pero con la condición de que pague una suma determinada. Sin embargo, (1) ante casos de urgencia, donde (2) el trabajador afiliado o sus beneficiarios se encuentran en situaciones que comprometen su mínimo vital (3) y carecen de recursos para sufragar el costo de los procedimientos o tratamientos, las EPS no pueden negar la atención que se requiera

La jurisprudencia se ha concentrado en dos componentes necesarios para la procedencia de la acción de tutela en relación con el tratamiento de enfermedades de alto costo o ruinosas⁵⁹:

⁵⁸ Sentencias SU-480 de 1997, T-283 de 1998, T-328 de 1998 y T-329 de 1998, entre otras.

⁵⁹ Sentencia T-350 de 2002.

i) **Urgencia.** La exigencia legal de semanas mínimas de cotización no debe aplicarse para los casos en los que el tratamiento sea urgente⁶⁰. La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del inciso segundo del artículo 164 de la Ley 100 de 1993. Este artículo dispone que el acceso a servicios médicos de alto costo puede supeditarse a períodos mínimos de cotización de 100 semanas y que las personas que no alcancen esta exigencia deben sufragar el tratamiento de acuerdo a su capacidad económica. El alto tribunal consideró que esta norma no desampara los derechos a la vida y a la salud de las personas que padecen el tipo de afecciones mencionado. Se afirmó entonces que sobre las personas que se afilian al sistema contributivo recae la presunción de su capacidad económica, en contraste con aquellas que están cubiertas por el régimen subsidiado. Esto explica que la norma requiera la contribución del paciente en el pago de los tratamientos de alto costo, cuando el afiliado no ha alcanzado los períodos mínimos de cotización y solicita que el tratamiento le sea prestado⁶¹.

En opinión del alto tribunal, no es que el tratamiento sea negado a las personas que no alcanzan las cien semanas, sino que se aplaza su prestación hasta que éstas sean completadas. Ahora bien, si el tratamiento es urgente, otras disposiciones de la ley permiten que la persona sea atendida sin que haya exigencia alguna en cuanto al número de semanas cotizadas. El artículo 168 de la Ley 100 dispone que la atención para casos de urgencia debe ser prestada por todas las entidades públicas y privadas, independientemente de la capacidad de pago de las personas. La institución correspondiente puede, posteriormente, repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), entidad que asume los costos del tratamiento. En consecuencia, el requisito de semanas mínimas de cotización no puede ser alegado en casos de urgencia, toda vez que, con ello, se vulneraría el derecho a la vida y la salud de los usuarios.

ii) **Carencia de recursos para sufragar el tratamiento.** La exigencia de una suma de dinero para la prestación de servicios de salud que garantizan la supervivencia a una persona afiliada cuya situación económica le impida concurrir con la EPS en el pago de una

⁶⁰ En relación con la urgencia de un caso, la Corte Constitucional ha considerado que los jueces de tutela no deben imponer cargas probatorias irrazonables en relación con la prueba de una urgencia. Se reprochó entonces la actitud de un juez que exigía de una accionante que demostrara la urgencia de la práctica de unos exámenes, a pesar de que ya existía una orden del médico especialista en relación con la práctica de los mismos (Sentencia T-978 de 2001).

⁶¹ Sentencia C-112 de 1998.

cuota para el tratamiento de la enfermedad que pone en riesgo su vida, desconoce sus derechos fundamentales⁶². En estas circunstancias, el derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, se convierte en un derecho fundamental. La EPS debe prestar el tratamiento adecuado y, como ya se mencionó, puede repetir contra el FOSYGA.

En suma, para la Corte⁶³, cuando la vida y la salud de las personas se encuentren grave y directamente comprometidas por causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc., bajo pretextos puramente económicos, aun contemplados en normas legales o reglamentarias, **cabe inaplicar dichas normas en el caso concreto en cuanto obstaculicen la protección solicitada**. La jurisprudencia constitucional ha manifestado⁶⁴:

“Generalmente, porque toda relación contractual implica un interés económico, dicha legislación estableció una serie de condiciones y excepciones para la prestación de los servicios del POS por particulares, con el fin de que no vieran afectado desproporcionadamente su patrimonio, pues existen dolencias humanas que, por razón de su gravedad, requieren tratamientos costosos y, en principio, es el Estado el principal obligado a asumirlos (artículo 49 de la Carta). Sin embargo, la solución dada por el legislador a este problema no fue la de excluir de la cobertura esas enfermedades, sino la de permitir su tratamiento sometido a ciertas condiciones, tales como el cobro de cuotas moderadoras, copagos y el cumplimiento de un mínimo de semanas cotizadas al sistema, regulado directamente por la legislación, también buscando que más personas se beneficien

⁶² Sentencia T-114 de 1997 (En este caso, a una paciente afiliada al régimen contributivo que padecía cáncer, la EPS le suspendió el tratamiento médico y el suministro de medicamentos, bajo el supuesto de que no contaba con el número necesario de semanas cotizadas para tener derecho a recibir estos servicios de manera gratuita). En el mismo sentido ver las sentencias T-670 de 2000 y T-1123 de 2000.

⁶³ Sentencia T-150 de 2000 (En este fallo se amparó el derecho a la salud y a la vida de una anciana de 67 años que requería una cirugía cardiovascular de carácter urgente, según las prescripciones de los médicos de la entidad a la que estaba afiliada. Sin embargo, la EPS se negaba a practicarla hasta tanto la paciente no pagara una suma de dinero en proporción correspondiente a las semanas que le faltaban por cotizar para tener acceso al servicio de acuerdo con el POS). Véase también Sentencia T-484 de 2000 (relacionada con una afiliada a quien, por no estar al día en sus aportes, el Seguro Social se negó a realizarle una histerectomía que permitiera afrontar los sangrados permanentes que sufría), donde la Corte consideró que, si bien es obligación de las personas afiliadas realizar el pago cumplido de los aportes en salud, en casos en los que peligra la vida es necesario practicar la intervención, cuyo costo -una vez realizada- puede exigirse al beneficiario o llegar a un acuerdo de pagos para corregir la mora.

⁶⁴ Sentencia T-328 de 1998.

de los aportes hechos al régimen contributivo, lo cual solamente se logra introduciendo en la cobertura del plan obligatorio aquellas dolencias físicas de mayor ocurrencia y menor costo, como regla general, dejando como excepción aquellas que afectan a unos pocos y que tienen alto costo.

El conflicto se presenta cuando aquellos que no tienen el dinero suficiente para cubrir las cuotas moderadoras, copagos o no han completado las semanas mínimas de cotización prescritas en la legislación para acceder a los tratamientos de alto costo, los requieren con tal urgencia que sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación señalada anteriormente, las EPS les niegan la atención médica necesaria.

No cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos”.

En consecuencia, una exigencia estricta e irrazonable de semanas mínimas de cotización frente a casos como el de enfermedades de alto costo, puede implicar el desconocimiento del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida⁶⁵, más aún cuando la Constitución de 1991 exige una protección reforzada de las personas que por su condición física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (CP, art. 13). Este es el trasfondo de la regulación de las enfermedades catastróficas y ruinosas, definidas por la Resolución 5261 de 1994 en los siguientes términos:

“Artículo 117. **Patologías de tipo catastrófico.** Son patologías catastróficas aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento. Se consideran dentro de este nivel, los siguientes procedimientos:

⁶⁵ Sentencia SU-508 de 2001. Sin embargo, en esta sentencia la Corte precisó la improcedencia de la tutela para el cobro de indemnizaciones provenientes de contrato de reaseguro de enfermedades de alto costo.

- Transporte renal.
- Diálisis.
- Neurocirugía, sistema nervioso.
- Cirugía cardíaca.
- Reemplazos articulares.
- Manejo del gran quemado.
- Manejo del trauma mayor.
- Manejo de pacientes infectados por VIH.
- Quimioterapia y radioterapia para el cáncer.
- Manejo de pacientes en unidad de cuidados intensivos.
- Tratamiento quirúrgico de enfermedades congénitas”.

En opinión de la Corte Constitucional, si bien estas enfermedades muchas veces son incurables, ello no quiere decir que no sean amparables constitucionalmente. Por ello, **la incurabilidad o cronicidad de la enfermedad no es obstáculo para la continuación de la prestación del servicio**⁶⁶. Además, una de las principales obligaciones del Estado y de la sociedad frente a estas enfermedades de alto costo es el adecuado tratamiento.

1.5.2.3. Derecho al tratamiento y remisión de pacientes al exterior. Como quiera que las EPS están obligadas a utilizar todos los recursos científicos a su alcance para el tratamiento de sus pacientes, con el fin de alcanzar el máximo posible de recuperación, la realización del derecho al tratamiento exige la remisión de pacientes al exterior bajo el cumplimiento de los requisitos correspondientes

Se solicitó un trasplante que no estaba incluido en el POS a un menor que padecía leucemia linfoblástica aguda. Al niño se le habían practicado quimioterapias a las que resultó refractario. Además, ante la existencia de incompatibilidades, se descartó la posibilidad de hacer un trasplante de médula con alguno de sus familiares, alternativa que si estaba incluida en el POS. El único procedimiento que podía tener éxito para superar la enfermedad era el recomendado por el médico tratante, cuya práctica debía realizarse en el exterior. Existía, sin embargo, un procedimiento experimental que podía realizarse en el país con relativo éxito. La EPS se negó a sufragar los gastos del traslado y la práctica de la operación en el exterior, razón por la cual fue interpuesta una acción de tutela.

⁶⁶ Sentencia T-020 de 1995.

Con fundamento en la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida, la Corte Constitucional concedió el amparo y ordenó a la EPS la constitución de un comité técnico científico en el que participara el médico tratante y un epidemiólogo para que presentara un informe sobre la validez terapéutica de todos los procedimientos presentados a los padres del menor para la curación de la enfermedad. Si del informe resultaba el concepto favorable sobre la validez del tratamiento en el exterior y el carácter experimental o contraindicado de las otras alternativas terapéuticas, la Corte ordenaría al Ministerio de Salud el cubrimiento de los gastos de traslado y estadía en el exterior para el respectivo tratamiento con cargo al FOSYGA. De esta suma se descontaría el valor de un procedimiento equivalente en el POS que corresponde sufragar a la EPS⁶⁷.

Para el alto tribunal, las EPS tienen una obligación de medio respecto a la salud de sus afiliados. Sin embargo, **están obligadas a utilizar todos los recursos científicos a su alcance** para el tratamiento de sus pacientes y alcanzar el máximo posible de recuperación. Por ello, no pueden dejarse de considerar alternativas razonables para la curación, como la consulta a especialistas –nacionales o extranjeros–, empleando los avances en comunicaciones hasta ahora alcanzados.

La jurisprudencia que permite el tratamiento de pacientes en el exterior ha establecido los siguientes requisitos para la procedencia de tal prestación⁶⁸:

- a) La convocatoria de un comité de remisión al exterior.
- b) Decisión favorable de una junta médica, que conceptúe sobre la enfermedad que padece el paciente y el tratamiento a llevar a cabo.

⁶⁷ Sentencia SU-819 de 1999. Con anterioridad, la jurisprudencia se había referido a la remisión de pacientes al exterior en algunos casos. Véanse las sentencias T-165 de 1995 (menor beneficiaria del Seguro Social que padecía leucemia y requería, como única posibilidad de recuperación, de un trasplante de médula ósea con paciente no relacionado, intervención que no se practicaba en Colombia por carencia de medios técnicos) y T-304 de 1998 (caso de un joven de 22 años de edad que había recibido heridas múltiples con arma de fuego que le condujeron a un estado de coma. Con el tiempo, el paciente logró un alto nivel de recuperación en el Centro Internacional de Restauración Neurológica (CIREN) en Cuba. La Corte ordenó el reconocimiento y pago de las sumas sufragadas por concepto del tratamiento recibido en el CIREN a partir de la fecha en la cual el Seguro Social suscribió un convenio con dicha institución para el tratamiento de ciertos traumatismos).

⁶⁸ Sentencia SU-819 de 1999.

- c) La realización del tratamiento en el país debe ser imposible.
- d) Los mecanismos alternativos que puedan practicarse en el país deben ser ineficaces o de carácter experimental.
- e) Si se trata de un menor de edad, la imposibilidad de los padres para sufragar los gastos que conlleva el tratamiento –o la imposibilidad del paciente, si es mayor de edad–.

1.5.3. Derecho a una atención médica de urgencias. En materia de urgencias, cualquier persona -sin importar su nivel económico- tiene derecho a exigir a los hospitales que lo atiendan de inmediato

Una persona fue víctima de un atraco en el que resultó herido con un arma cortopunzante. A pesar de sangrar profusamente, alcanzó a acudir a tres clínicas antes de ser atendido en un hospital, en donde se le prestaron los servicios que requería pero bajo la condición de que pagara por ellos con sus propios recursos. Los tres hospitales alegaron que la EPS a la que estaba vinculado el actor no pagaba cumplidamente los servicios prestados a sus afiliados.

De acuerdo con la Constitución y la Ley 100 de 1993, todas las instituciones que prestan servicios de salud están obligadas a atender de urgencia a todas las personas que lo necesiten, sin importar si tienen o no con qué cancelar los servicios o si están afiliadas o no a una EPS. Solo después de que hayan prestado el servicio pueden exigir que se les pague. Por esta razón, aunque la situación de urgencia ya había sido superada, la Corte Constitucional ordenó a la EPS involucrada cubrir la atención médica que recibió el actor la noche en que fue atacado. Además, advirtió a los hospitales que si se niegan a prestar atención médica de urgencias, deben responder ante la justicia por la vida e integridad de los pacientes⁶⁹.

⁶⁹ Sentencia T-111 de 1993.

1.5.4. Derecho a la recuperación y a la rehabilitación

Una persona a quien le habían sido amputadas sus extremidades inferiores, solicitó el suministro de las prótesis ortopédicas necesarias para volver a caminar. Sin embargo, tal prestación no se encontraba contemplada en el POS, razón por la cual fue negada. La Corte Constitucional consideró que un concepto restrictivo de protección a la vida, que desconozca el amparo de las condiciones dignas de vida (*infra* Capítulo IV, 1.5), llevaría automáticamente al absurdo de la negación del **derecho a la recuperación** y mejoramiento de las condiciones de salud y vida de las personas⁷⁰. Por tal motivo, las EPS están obligadas a proveer la rehabilitación necesaria para restablecer la existencia digna de las personas en debilidad manifiesta, más aún cuando se trata de personas en situación de discapacidad⁷¹.

En su artículo 4º (literal 12), el Decreto 1938 de 1994 define rehabilitación como todas aquellas actividades, procedimientos e intervenciones tendientes a restaurar la función física, psicológica o social resultante de una condición previa o crónica, modificando, aminorando o desapareciendo las consecuencias de la enfermedad, que puedan reducir o alterar la capacidad del paciente para desempeñarse adecuadamente en su ambiente familiar, social y laboral. En el capítulo sobre calidad (*infra* Capítulo IV, 2.2.2) se profundizará en la jurisprudencia sobre acceso a servicios de rehabilitación idóneos y cualificados frente a las personas con discapacidad.

Hasta este punto, se han analizado cuatro dimensiones de la asistencia sanitaria: diagnóstico, tratamiento, atención médica de calidad (que incluye la atención médica de urgencias) y recuperación. En el proceso de atención se debe garantizar, además, la continuidad de los servicios que se ofrezcan. De allí que, como elemento transversal al proceso de asistencia sanitaria, se analice a continuación el derecho a la continuidad.

⁷⁰ Sentencia T-941 de 2000.

⁷¹ La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre las garantías para alcanzar la recuperación en la sentencia T-376 de 1997, entre otras. El caso analizado era el de un reservista que se accidentó mientras se encontraba prestando el servicio militar, sufriendo lesiones físicas y psíquicas. Posteriormente, fue dado de baja por el Ejército al determinarse que quedó con una incapacidad permanente. La Corte destacó que cuando el retiro se produce en razón de una lesión o enfermedad adquirida con ocasión del servicio y que, de no ser atendida oportunamente, haría peligrar la vida y la salud del solicitante, el reservista tiene **derecho a ser asistido** médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéuticamente **mientras se logra su recuperación en las condiciones científicas que el caso requiera**, sin perjuicio de las prestaciones económicas a las que pudiera tener derecho.

1.5.5. Derecho a la continuidad en la prestación de servicios de salud

Una EPS interrumpió la prestación del servicio de salud de una persona en situación de discapacidad. Condicionó la continuación del tratamiento a la realización de una valoración médica por la División de Salud Ocupacional. Al revisar este caso, la Corte Constitucional afirmó⁷²:

“Es obligación primordial tanto de las entidades estatales como de los particulares que participen en la prestación del servicio público de salud, garantizar su continuidad. Primero debe ser la valoración médica y luego la exclusión del sistema, si es que da lugar a ello. Pero no al revés: quitarle el servicio y luego obligarla a trámites burocráticos para readquirirlo, ya que esto atenta contra la continuidad del servicio de salud. Como se rompió la continuidad, hay la amenaza contra los derechos fundamentales a la vida e integridad personal puesto que, si la actora tiene una incapacidad permanente y no se la atiende, pese a tener derecho a ello, surge la amenaza de violación a tales derechos. Para saber si tiene derecho o no a la atención médica por parte de (la EPS), la carga de la prueba para la suspensión del servicio le corresponde a quien lo suspende porque debe justificar la no prestación que se venía dando”.

Ahora bien, el alto tribunal ha destacado que los servicios de carácter permanente o constante requieren una **continuidad absoluta**, como ocurre en el caso de la **asistencia médica**, los servicios de agua, energía, etc. El servicio público de salud no puede ser **interrumpido en su prestación** por su carácter inherente a la existencia misma del ser humano y el respeto a su dignidad⁷³. De allí que no pueda suspenderse la prestación, salvo que exista alguna causa aceptable legal y constitucionalmente a partir de la cual sea posible desconocer la inmediatez inherente a la atención en salud.

La continuidad resalta entonces la necesaria disponibilidad de la asistencia sanitaria. Por ello, quienes están en la obligación de prestar el servicio no pueden incurrir en conductas u omisiones que comprometan esa continuidad⁷⁴. Además, se desconoce el

⁷² Sentencia T-060 de 1997.

⁷³ Sentencia T-406 de 1993.

⁷⁴ Sentencia T-978 de 2001.

derecho a la continuidad en la prestación del servicio de salud cuando se presenta desorden en los archivos y **negligencia administrativa** en la atención⁷⁵.

Sin importar la razón por la cual se extingue la vinculación entre una EPS y un paciente, estas entidades están obligadas a continuar con los tratamientos que han iniciado. Deben culminarlos si ello es posible o continuar la prestación hasta que el usuario adquiera cierta estabilidad que lo ponga a salvo de una posible vulneración de sus derechos fundamentales. No es entonces posible la suspensión abrupta de los servicios frente a un tratamiento imprescindible⁷⁶.

En el tema de continuidad, es importante destacar dos situaciones. La suspensión de un tratamiento en el marco de la medicina prepagada y la interrupción en razón de la mora patronal.

1.5.5.1. Continuidad de los servicios y medicina prepagada⁷⁷. Desconoce el derecho a la continuidad y el principio de buena fe, la modificación unilateral de un contrato de medicina prepagada a partir del cual se niega o se suspende una prestación en salud con base en la oposición de preexistencias

Un beneficiario de servicios de medicina prepagada solicitó la prestación de los servicios médicos necesarios para tratar la diabetes que sufría. La compañía de medicina prepagada correspondiente negó la atención alegando una preexistencia⁷⁸. Sin embargo,

⁷⁵ Sentencia T-262 de 2000.

⁷⁶ Sentencia T-829 de 1999.

⁷⁷ La medicina prepagada hace parte de los Planes de Atención Complementaria en Salud que pueden brindarse en el marco de la atención en salud. Estos planes son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago y a través de los cuales se garantiza la atención de actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el POS o que garantizan condiciones diferentes o adicionales al mismo. El Plan Complementario de Salud es independiente del POS, es libremente contratado por el afiliado, opera como adicional al plan obligatorio y debe ser pagado en su totalidad por el afiliado con recursos distintos a los de las cotizaciones obligatorias (sentencia T-533 de 1996). En la sentencia C-599 de 1998, la Corte analizó si, a través de la figura de los planes complementarios, el Estado podía sustraerse a la prestación de servicios dirigidos a la atención integral de la salud de los colombianos. Para el alto tribunal, las normas que establecen la posibilidad de ofrecer y recibir planes complementarios al POS, serán admisibles constitucionalmente siempre que ello “no implique una sustitución del Plan Obligatorio por el Complementario, ni el traslado de la responsabilidad propia de aquél a éste”.

⁷⁸ La “preexistencia” es la enfermedad o afección que ya venía aquejando al paciente al momento de suscribir el contrato y que, por tanto, no se incluye como objeto de los servicios. Las empresas prestatarias de

el actor no había declarado enfermedad preexistente alguna. Teniendo en cuenta que no se había practicado el respectivo examen de admisión o ingreso y no se había definido de manera expresa la preexistencia alegada, la Corte Constitucional consideró que la compañía de medicina prepagada no podía modificar unilateralmente los términos del contrato suscrito para desconocer el cumplimiento de la obligación inicialmente contraída⁷⁹.

El alto tribunal destacó que la medicina prepagada se funda en dos supuestos fundamentales: (1) El ejercicio del derecho a la libertad económica y a la iniciativa privada dentro del marco constitucional y legal; y (2) la prestación del servicio público de salud⁸⁰, lo cual exige la intervención, vigilancia y control del Estado, a través de la Superintendencia Nacional de Salud, para precisar sus fines, alcances y límites⁸¹. Esta Superintendencia aprueba los planes que son ofrecidos al público. Los criterios jurisprudenciales para la procedencia de la acción de tutela por desconocimiento del derecho a la continuidad en planes de medicina prepagada son los siguientes⁸²:

1) En el evento de que se alegue una preexistencia dentro del Plan de Medicina Prepaga, la controversia debe ser resuelta, en principio, por la justicia ordinaria, si se refiere exclusivamente a materias de índole puramente contractual. Sin embargo, cabe la tutela con efectos temporales -y aún definitivos- cuando las circunstancias del solicitante lo ameriten para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

2) En el desarrollo del contrato de medicina prepagada no es posible modificar unilateralmente los términos del mismo con base en dictámenes médicos posteriores donde

servicios médicos complementarios deben -al momento de realizar la afiliación de un particular al servicio ofrecido- señalar de manera taxativa, expresa y particular las exclusiones médicas respecto a las cuales no se dará cumplimiento médico alguno.

⁷⁹ Sentencia SU-1554 de 2000. A pesar de la procedencia de la acción de tutela, la Corte consideró que la entidad tenía el derecho de impugnar por la vía judicial ordinaria la validez del contrato suscrito con el demandante.

⁸⁰ Sentencia C-274 de 1996.

⁸¹ Sentencia SU-039 de 1998. En este fallo, la Corte precisó que "esta vigilancia se justifica ya que la modalidad del prepago implica mayores riesgos para los usuarios del sistema en tanto existe siempre el riesgo de que la persona abone la tarifa pero no pueda acceder al servicio de salud al cual tiene derecho según el contrato, pues si la entidad entra en crisis por no haber efectuado manejos financieros adecuados, el cliente queda desprotegido".

⁸² Sentencia SU-039 de 1998.

se afirme que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando, madurando o desarrollando desde antes de su celebración⁸³. No es constitucionalmente admisible la exclusión de una preexistencia no enunciada como tal ya que se presume la buena fe al momento de obligarse⁸⁴.

3) Bajo ninguna circunstancia, el plan complementario puede implicar el desconocimiento o la sustitución del plan obligatorio. Por ello, las entidades de medicina prepagada no pueden trasladar su responsabilidad por las obligaciones adquiridas, ni negarse a la prestación del POS haciendo prevalecer el pacto de preexistencias. Ello contradice el fundamento mismo del Plan Complementario.

A este respecto, la Corte Constitucional ha precisado⁸⁵:

“El contrato de medicina prepagada (1) se rige bajo los principios de libertad y buena fe contractual (art. 83 C.N.), en todos los estadios del proceso de contratación. Al suscribirse el contrato de afiliación al servicio (2) se deben especificar de manera expresa, taxativa y particular las enfermedades o afecciones –preexistencias– que, de acuerdo a la relación contractual, se van a excluir de la cobertura del seguro y de la obligación de prestación de determinados servicios, debido a que son preexistentes a la entrada en vigencia del negocio jurídico. Para garantizar lo anterior, (3) se necesita de exámenes lo suficientemente rigurosos como para establecer con exactitud las preexistencias respecto de las cuales no se dará cubrimiento médico alguno. A partir de todo esto, el individuo que suscribe el contrato, cuya intención es acceder a una serie de servicios, y la entidad que ofrece el plan de medicina, que tiene un interés económico, (4) deben actuar bajo el supuesto de una confianza mutua que permita que, desde el inicio de la relación jurídica, se establezcan las reglas que van a determinar todo el proceso de ejecución contractual. Esto permite brindar certeza y seguridad jurídica respecto

⁸³ Aunque las compañías de medicina prepagada se comprometen a prestar un conjunto de servicios que cobijan diferentes aspectos de la salud, operan con base en principios similares a los que inspiran el contrato de seguro. En efecto, como se trata de garantizar el cubrimiento de los percances y dolencias que afecten a los beneficiarios a partir de la celebración del contrato, están excluidos aquellos padecimientos anteriores al mismo.

⁸⁴ Sentencia T-059 de 1997. En esta sentencia se analiza la confianza mutua como supuesto que gobierna el acuerdo entre las partes del contrato de medicina prepagada.

⁸⁵ Sentencia SU-1554 de 2000.

del cumplimiento de los pactos convenidos y la satisfacción de la prestaciones acordadas”.

En consecuencia, no es posible que en el curso del contrato la compañía modifique, en contra del usuario, las reglas de juego pactadas y pretenda, con base en dictámenes médicos posteriores emanados de profesionales a su servicio, deducir unilateralmente que una enfermedad o dolencia detectada durante la ejecución del convenio se había venido gestando, madurando o desarrollando desde antes de su celebración y que, con base en ello, la excluya del cubrimiento del contrato de medicina prepagada⁸⁶. Se insiste entonces en que los exámenes deben ser lo suficientemente rigurosos como para establecer con exactitud las preexistencias respecto de las cuales no se dará cubrimiento médico alguno⁸⁷.

1.5.5.2. Continuidad de los servicios y mora patronal. En caso de mora patronal en el pago de los aportes a la salud, procede la acción de tutela cuando el trabajador afiliado o sus beneficiarios se encuentren en situaciones que comprometan su vida y la EPS a la que se encuentran afiliados niegue la atención médica en razón de la mora. El patrono debe entonces asumir la totalidad que le corresponda en relación con la atención médica. Si el patrono no puede hacerse cargo de la atención médica, la EPS debe hacerlo para luego repetir contra el patrono o, en su defecto, contra el Estado

El Seguro Social suspendió los servicios de salud que venía prestando a un adulto mayor que padecía de neurosis depresiva ansiosa y cuyo tratamiento requería de un tipo especial de medicamentos que por el paciente no estaba en capacidad de pagar. El Seguro tomó tal determinación ante la mora en el pago de los aportes en salud en que había incurrido la empresa de la cual era pensionado el actor. La Corte Constitucional amparó entonces el derecho a la salud en conexión con la vida digna de la persona, advirtiendo

⁸⁶ Sentencia T-533 de 1996, reiterada por las sentencias SU-039 de 1998 y la SU-1554 de 2000.

⁸⁷ Sentencia T-512 de 1998. Expresamente se afirma: “Las excepciones a la cobertura de los contratos no puede pactarse de manera general, excluyendo, por ejemplo, la atención de todas las enfermedades congénitas o para todas las preexistencias y, por tanto, se impone para ellas la obligación de determinar con exactitud, cuáles enfermedades congénitas y cuáles preexistencias no serán atendidas en relación con cada usuario, lo cual solamente puede hacerse a partir de un riguroso examen previo”.

que cuando los empleadores dejan de hacer los aportes en salud de sus trabajadores, aquellos tienen que asumir la responsabilidad de garantizar, por sus propios medios, el derecho a la salud de éstos, lo cual implica asumir el costo de los medicamentos o tratamientos que tengan que practicarse u ordenarse para la mejora de los trabajadores⁸⁸.

Estas consideraciones generales han sido desarrolladas en situaciones más específicas, como aquellas relacionadas con la suspensión colectiva de contratos laborales o en contextos de liquidación de empresas. En estos casos, las obligaciones relacionadas con el servicio de seguridad social constituyen un crédito privilegiado. Por este motivo, la Corte Constitucional ha considerado procedente la tutela a favor de trabajadores que demuestren la necesidad de asistencia médica pese a que el empleador o el liquidador hayan pagado los respectivos aportes durante varios años⁸⁹. La Corte también ha estimado que la responsabilidad subsidiaria de las EPS es exigible, como quiera que a estas entidades corresponde asumir la prestación del servicio de salud, independientemente del no pago de las cotizaciones. Además, el monto de las cotizaciones debe perseguirse por la vía de la ejecución coactiva contra la empresa empleadora. En consecuencia, **cuando hay suspensión de los contratos de trabajo, las obligaciones del empleador se suspenden sólo respecto del pago del salario; las demás, que tienen que ver con la seguridad social, siguen vigentes**. Por ello, el trabajador no debe resultar afectado por las acciones del empleador que no cotiza oportunamente.

El derecho a la continuidad en la prestación de servicios de salud se relaciona en gran medida con el **principio de buena fe**. El cotizante confía tanto en las actuaciones de su EPS, como en el pago oportuno de los aportes por parte del patrono. Ello sustenta la expectativa de un servicio integral y continuo. Por ello, en caso de mora patronal en el

⁸⁸ Sentencia T-101 de 2001.

⁸⁹ Sentencia SU-562 de 1999 (caso de una empresa en liquidación que había declarado la suspensión de los contratos de trabajo de numerosos trabajadores, alegando una situación de fuerza mayor para los efectos de su ejecución. La empresa había comunicado tal determinación a sus trabajadores, creyendo que con esto podía dejar de sufragar todas las obligaciones que se derivaban del contrato de trabajo). Las tesis consignadas en dicha unificación han sido reiteradas en las sentencias T-183 de 2000, T-261 de 2000, T-146 de 2000, T-499 de 2000 y T-417 de 2001. Se insiste, entonces, en que un empleador que se encuentre en mora en el pago de aportes, no puede excusarse en una situación de concordato o liquidación para suspender sus obligaciones en materia de seguridad social en salud de sus trabajadores. Por el contrario, como el empresario es quien tiene el poder de la dirección económica y obtiene los beneficios de la empresa, asume el riesgo económico que se encuentra en el trasfondo de los casos de concordato y liquidación.

pago de los aportes a la salud, procede la acción de tutela cuando el trabajador afiliado o sus beneficiarios se encuentren en situaciones que comprometan la vida y una EPS niegue la atención médica en razón de la mora. En estos casos, el patrono debe asumir la totalidad que le corresponda en relación con la atención médica. Sin embargo, cuando está de por medio un derecho fundamental y el juez considera que no es posible que el patrono esté imposibilitado para costear el servicio de salud necesario para evitar un perjuicio irremediable, puede ser procedente que se ordene a la EPS que atienda al trabajador y repita contra el patrono que ha incumplido⁹⁰.

Con todo, la jurisprudencia ha considerado ajustado a la Constitución que en casos de mora patronal **se autorice la interrupción** de los servicios que presta una EPS. Esta situación es distinta a la **suspensión de la afiliación**, la cual afecta la antigüedad del trabajador y, por ello, puede impedir su acceso a servicios sanitarios. En este sentido, mientras que la **suspensión** de la afiliación es desproporcionada, la **interrupción** de los servicios por parte de la EPS sólo implica el **desplazamiento hacia el patrono** de la responsabilidad de prestar los servicios médicos, lo cual no limita el acceso a las prestaciones de salud⁹¹.

Igualmente, la Corte ha considerado que, en aquellos eventos en que se verifique que es verdaderamente imposible que el patrono que ha incurrido en mora pueda responder por las prestaciones de salud, **la suspensión de la afiliación puede resultar inconstitucional incluso si no está en juego un derecho fundamental**. Ciertamente, en este caso el derecho a la salud del trabajador resultaría desproporcionadamente restringido, toda vez que éste habría cotizado las sumas exigidas por la ley y, pese a ello, no podría

⁹⁰ La atribución de responsabilidad a la EPS constituye la jurisprudencia vigente en la materia. En la sentencia C-177 de 1998, la Corte Constitucional resolvió las diferencias jurisprudenciales sobre este punto. A este respecto existían dos posiciones. La primera consideraba que, con base en los principios de continuidad de los servicios públicos y el derecho irrenunciable a la seguridad social, la EPS debía continuar prestando eficientemente el servicio médico a los afiliados y ejercer los mecanismos tendientes al cobro. La segunda tesis consideraba que si por descuido o dolo el empleador no realizaba los correspondientes traslados, a él correspondía prestar directamente los servicios médicos. Como se anotó, la primera posición es la prevalente.

⁹¹ Sentencia C-177 de 1998. Para la Corte, la regla prevista por la norma impugnada, según la cual la falta de pago de la cotización implica la suspensión de los servicios por parte de la EPS, es en principio válida, por cuanto de todos modos el patrono responde por las prestaciones de salud y el legislador tiene una amplia libertad para regular la materia.

reclamar los servicios a que tiene derecho. Por ende, en tales eventos, la Corte⁹² considera que el trabajador también podría exigir la prestación sanitaria a la EPS, la cual podrá repetir contra el patrono. Las EPS tienen entonces una responsabilidad subsidiaria a fin de proteger el derecho a la salud del trabajador, frente a la responsabilidad primaria que recae en el patrono⁹³.

Hasta aquí se ha analizado el contenido del derecho a la asistencia sanitaria. Su importancia en la disponibilidad del derecho a la salud es notoria, puesto que se refiere a prestaciones esenciales que necesita quien sufre una enfermedad. A continuación se ofrece una dimensión específica de la disponibilidad de servicios y atención individual en salud: el derecho a la atención en salud reproductiva.

I.6. DISPONIBILIDAD DE SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA: DERECHO A LA ATENCIÓN EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

En el capítulo VII del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo⁹⁴, se define la salud reproductiva como un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos. Ello implica el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y

⁹² *Ibid.* A su vez, la Corte destacó que, en situaciones de mora patronal, esta obligación de prestar los servicios de salud, ya sea directamente y en forma primaria por el patrono, o subsidiariamente por las EPS en determinados eventos, cubre también al grupo familiar del trabajador.

⁹³ La sentencia SU-592 de 1999 también se refirió al descuido de los Seguros Sociales en la reclamación de los aportes al empleador moroso. Con base en el principio de eficiencia –que exige una gestión adecuada de las acreencias a su favor-, y con el fin de fortalecer las posibilidades de cobro por parte de las EPS, se ha establecido la posibilidad del cobro coactivo para hacer efectivas las acreencias derivadas de la mora patronal. Por ende, las EPS cuentan con los instrumentos para cobrar los aportes y tienen el deber jurídico de administrar eficientemente los recursos. Existe pues una responsabilidad compartida entre la EPS y el patrono, por lo cual puede ser procedente que, en determinados casos, y según las particularidades de las diversas situaciones, los jueces de tutela ordenaran a uno o al otro el cumplimiento de las prestaciones de salud que eran necesarias para proteger un derecho fundamental. Ello refuerza a su vez la opción del trabajador para reclamar bien sea al empleador o a la EPS.

⁹⁴ En esta Conferencia, delegaciones de 179 Estados participaron en las negociaciones para dar forma definitiva a un Programa de Acción sobre población y desarrollo para los próximos 20 años. Sobre la Conferencia puede consultarse la página <http://www.un.org/spanish/conferences/accion2.htm>.

económicamente asequibles en materia de planificación de la familia. Así mismo, la salud sexual y reproductiva incluye el derecho a elegir métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos y el derecho de la mujer a tener acceso a servicios de atención de la salud que combatan los riesgos en embarazos y partos. La salud sexual y reproductiva implica entonces la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, la capacidad de procrear y la libertad para decidir hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.

El trayecto histórico de los instrumentos internacionales en torno a la salud sexual y reproductiva⁹⁵ es el siguiente:

Primera Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos (Teherán, 1968): “los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente y responsablemente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos y el derecho a la educación e información adecuadas para así decidirlo”.

Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979): “los Estados Partes [...] asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, [...] los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. En este punto, se consagran obligaciones en torno a la no discriminación en el acceso a la atención a la salud, incluidas la información y la asesoría sobre planificación familiar.

Conferencia Internacional sobre Población (CIP) (Ciudad de México, 1984): “todas las parejas e individuos tienen el derecho básico a decidir libre y responsablemente el número e intervalo de sus hijos y a tener información, educación y medios para así decidirlo [...]”.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río de Janeiro, 1992): reiteró el derecho a decidir el número e intervalo de los hijos e hijas.

⁹⁵ Al respecto, véase el texto del Centro Legal de Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP), **Derechos Reproductivos 2000: Hacia Adelante**, Nueva York, 2001, pp. 8-10.

Además, afirmó que los Estados deben proveer servicios públicos de salud, incluidos “servicios asequibles y accesibles, adecuados para la planeación responsable del tamaño de la familia”.

Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, 1993): se reconoce “sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación a todos los niveles”.

Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994): en esta conferencia se consolidan las bases más importantes en relación con los temas propios de la salud reproductiva (Capítulo VII, Programa de Acción).

Conferencia de Beijing (Declaración de Beijing y Plataforma de Acción de Beijing, 1995): se reafirman los principios aprobados en El Cairo. Además, se genera un importante avance con el reconocimiento del derecho de las mujeres a controlar su propia sexualidad y sus relaciones sexuales y a decidir sobre estas cuestiones en condiciones de igualdad con los hombres.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Tratado de Roma, 1998): reconoce que la violación y otras formas de violencia sexual se cuentan entre los crímenes más graves de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

A partir de estos instrumentos y de la doctrina autorizada en torno al tema, el contenido del derecho a la salud sexual y reproductiva puede sintetizarse de la siguiente manera:

Derecho a la Salud Sexual y reproductiva

Derecho a autodeterminación reproductiva

1. Derecho a planear la propia familia
2. Derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas
3. Derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afectan la salud sexual y reproductiva

Derecho a la atención en salud sexual y reproductiva

1. Derecho de la mujer embarazada a una protección especial antes, durante y después del parto
2. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de seguridad e higiene
3. Prevención y tratamiento del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual
4. Protección contra prácticas tradicionales nocivas

El contenido del derecho a la salud sexual y reproductiva abarca dos grandes componentes: el derecho a la atención en salud sexual y reproductiva y el derecho a la autodeterminación reproductiva. En el presente capítulo se analizará el primer aspecto, directamente relacionado con la disponibilidad de servicios en este campo. El derecho a la autodeterminación reproductiva será analizado como una de las libertades que involucra la aceptabilidad de la salud (*infra* Capítulo III, 1.6).

La atención de la salud reproductiva es el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Al respecto, el artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁹⁶ afirma:

“Artículo 12. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a **servicios de atención médica**, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

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

El derecho a la atención de la salud reproductiva se refiere a la obligación de garantizar el funcionamiento de servicios en este campo y de eliminar las barreras legales para acceder a los mismos. Esta atención debe incluir la promoción de una maternidad sin riesgos, la atención a las personas con VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, el manejo del aborto como problema de salud pública, la provisión de tratamientos contra la infertilidad y el suministro de anticoncepción de calidad (incluida la anticoncepción de emergencia). La Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁹⁷,

⁹⁶ Suscrita por Colombia, aprobada por la Ley 51 de 1981 y vigente en el país desde el 18 de febrero de 1982.

⁹⁷ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1, párr. 12.

ha insistido en que la atención médica para la mujer debe tener en cuenta las siguientes características y particularidades de la mujer en relación con el hombre:

a) **Factores biológicos** que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia. Otro ejemplo es el mayor riesgo que corre la mujer de resultar expuesta a enfermedades transmitidas por contacto sexual;

b) **Factores socioeconómicos** que son diferentes para la mujer en general y para algunos grupos de mujeres en particular. Por ejemplo, la desigual relación de poder entre la mujer y el hombre en el hogar y en el lugar de trabajo puede repercutir negativamente en la salud y la nutrición de la mujer. Las distintas formas de violencia de que ésta pueda ser objeto pueden afectar a su salud. Las niñas y las adolescentes con frecuencia están expuestas a abuso sexual por parte de familiares y hombres mayores; en consecuencia, corren el riesgo de sufrir daños físicos y psicológicos y embarazos indeseados o prematuros. Algunas prácticas culturales o tradicionales, como la mutilación genital de la mujer, conllevan también un elevado riesgo de muerte y discapacidad;

c) Entre los **factores psicosociales** que son diferentes para el hombre y la mujer figuran la depresión en general y la depresión en el período posterior al parto en particular, así como otros problemas psicológicos, como los que causan trastornos del apetito, tales como anorexia y bulimia;

d) La **falta de respeto del carácter confidencial de la información** afecta tanto al hombre como a la mujer, pero puede disuadir a la mujer de obtener asesoramiento y tratamiento y, por consiguiente, afectar negativamente su salud y bienestar. Por esa razón, la mujer estará menos dispuesta a obtener atención médica para tratar enfermedades de los órganos genitales, utilizar medios anticonceptivos o atender a casos de abortos incompletos, y en los casos en que haya sido víctima de violencia sexual o física”.

Sobre el derecho a la atención en salud reproductiva, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo⁹⁸ precisó:

⁹⁸ La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo se celebró en El Cairo (Egipto) del 5 al 13 de septiembre de 1994. Delegaciones de 179 Estados participaron en las negociaciones para dar forma definitiva a un Programa de Acción sobre población y desarrollo para los próximos 20 años.

“Esa atención debería incluir, entre otras cosas: asesoramiento, información, educación, comunicaciones y servicios en materia de planificación de la familia; educación y servicios de atención prenatal, partos sin riesgos, y atención después del parto, en particular la atención de la salud maternoinfantil y la promoción de la lactancia materna; prevención y tratamiento de la infertilidad, interrupción del embarazo, (...); tratamiento de las infecciones del aparato reproductor, las enfermedades de transmisión sexual y otras afecciones de la salud reproductiva, e información, educación y asesoramiento en materia de sexualidad humana, salud reproductiva y paternidad responsable”.

A su vez, la Conferencia recomendó la implementación de programas de atención de la salud reproductiva para atender las necesidades de las mujeres y las adolescentes, que involucren su participación en la dirección, planificación, adopción de decisiones, gestión, ejecución, organización y evaluación de los servicios. La Conferencia insiste en que deben elaborarse programas innovadores para que los adolescentes y los hombres adultos tengan acceso a información, asesoramiento y servicios de salud reproductiva. Esos programas deben educar y facultar al hombre para que comparta por igual las responsabilidades de la planificación de la familia, las labores domésticas y de crianza de los hijos y acepte la importante responsabilidad de prevenir las enfermedades de transmisión sexual.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 36) existe la obligación de garantizar que la infraestructura de la sanidad pública proporcione servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Esta preocupación en torno a la disponibilidad de la salud, será analizada a través del manejo dado a nivel internacional al suministro de servicios de aborto en condiciones salubres y dignas y al derecho a la prevención de enfermedades de transmisión sexual. La protección constitucional a la mujer embarazada será analizada en el aparte sobre sujetos de especial protección y derecho a la disponibilidad (*infra* Capítulo I, 2.2). A su vez, la protección contra prácticas tradicionales nocivas para la salud sexual y reproductiva, será trabajada en el segmento sobre obligaciones de aceptabilidad con efecto inmediato (*infra* Capítulo III, 3.1.5).

1.6.1. Derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en condiciones de seguridad e higiene. Las leyes restrictivas que generan abortos de riesgo violan los derechos reproductivos de la mujer

Según varias organizaciones internacionales de derechos humanos⁹⁹, las leyes que restringen el aborto violan los derechos reproductivos de la mujer, incluyendo el derecho a la salud, la vida, la libertad, la seguridad, la privacidad y la ausencia de discriminación por razón de género. La falta de servicios seguros y legales de aborto perjudica la salud de la mujer y va en contra de su derecho a la autodeterminación reproductiva (*infra* Capítulo III, 1.6). En el presente documento, esta temática es analizada como un problema de salud pública, habida cuenta de la alta tasa de mortalidad por abortos de alto riesgo. Para superar una situación que cada vez se hace más difícil, es esencial la disponibilidad de la atención en salud sexual y reproductiva.

Sobre el tema, la Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud¹⁰⁰ considera que, en la medida de lo posible, debería enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a este procedimiento. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en sus informes de 1995 y 1999 sobre Colombia, resaltó los problemas de salud pública que genera el aborto en condiciones insalubres y riesgosas. En las Observaciones finales al informe de Colombia presentado en 1995 se menciona lo siguiente:

“612. El Comité comentó negativamente el alto número de abortos espontáneos y la mortalidad materna derivada de ellos, lo que hacía pensar al Comité en la posible conveniencia de modificar la legislación vigente y en la necesidad de seguir avanzando en la difusión de la planificación familiar, sobre todo en las zonas rurales”¹⁰¹.

⁹⁹ Según el CRLP (Centro de Derechos Reproductivos), cuando la mujer enfrenta un embarazo no deseado, sólo ella puede decidir si llevará o no a término el embarazo. Se insiste entonces en que los Estados están obligados a respetar este derecho humano básico asegurando que las mujeres deben tener acceso a toda la gama de servicios de salud reproductiva de calidad, incluido el aborto. Ello implica que se eliminen las barreras legales a los servicios de aborto y se asegure el acceso a los mismos en condiciones de seguridad y calidad.

¹⁰⁰ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1, párr. 31.

¹⁰¹ Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a la Asamblea de Naciones Unidas, en el 50° período de sesiones. Observaciones finales al informe de Colombia. Naciones Unidas. Documento A/50/38 del 31 de mayo de 1995, párr. 612.

A su vez, en las Observaciones finales al informe de Colombia presentado en 1999 se expresa:

“393. El Comité observa con gran preocupación que el aborto, segunda causa del mortalidad materna en Colombia, es sancionado como conducta ilegal. No se permite excepción alguna a la prohibición del aborto, ni aun cuando esté en peligro la vida de la madre, o cuando tenga por objeto salvaguardar su salud física y mental o en casos de violación. Preocupa también al Comité el hecho de que las mujeres que soliciten tratamiento por haberse sometido a un aborto, las que recurran al aborto ilegal, así como el médico que las atiende, serán objeto de enjuiciamiento penal. El Comité considera que esta disposición jurídica relativa al aborto constituye no sólo una violación de los derechos de la mujer a la salud y a la vida, sino también una violación del artículo 12 de la Convención.

394. El Comité solicita al Gobierno de Colombia que evalúe la posibilidad de tomar medidas, de manera inmediata, para derogar esta ley. Además, el Comité invita al Gobierno de Colombia a suministrar periódicamente estadísticas sobre las tasas de mortalidad materna, desglosadas por región”¹⁰².

Como conducta punible, el aborto ha sido analizado en tres sentencias de la Corte Constitucional. El alto tribunal ha considerado que la penalización del aborto se ajusta a los parámetros constitucionales, toda vez que bajo el amparo de las libertades no es procedente legitimar conductas que conduzcan a la privación de la vida humana durante el proceso de gestación¹⁰³. Esta doctrina fue reiterada al analizar la constitucionalidad de aquellas normas que penalizan a la mujer que aborta como consecuencia de situaciones no consentidas (acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de transferencia de óvulo fecundado no consentida o de inseminación artificial sin consentimiento de la mujer)¹⁰⁴. En opinión de la Corte, la defensa de la vida humana en todos sus estadios es obligación y responsabilidad de las autoridades. En su última sentencia sobre el tema, el

¹⁰² Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer a la Asamblea General de Naciones Unidas, en el 54º período de sesiones. Observaciones finales al informe de Colombia. Naciones Unidas. Documento A/54/38, del 4 de febrero de 1999, párrs. 393 y 394.

¹⁰³ Sentencia C-133 de 1994.

¹⁰⁴ Sentencia C-013 de 1997.

alto tribunal¹⁰⁵ se expresó que, en ciertos casos de aborto, es posible la no aplicación de pena cuando se enfrentan las circunstancias no consentidas que se han mencionado. En este sentido, verificada la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, no deviene en forma automática la imposición de la pena.

1.6.2. Derecho a la prevención y tratamiento del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo¹⁰⁶ destaca que los estados tienen la obligación de adoptar medidas encaminadas a prevenir y reducir la incidencia de las enfermedades de transmisión sexual, entre ellas el VIH/SIDA, y a **proporcionar tratamiento para las mismas y las complicaciones que de ellas se derivan, como la infertilidad.**

Esta obligación está acompañada del deber de proporcionar formación especializada a todos los proveedores de servicios de salud en materia de prevención y diagnóstico de las enfermedades de transmisión sexual y de prestación de servicios de asesoramiento al respecto. Para ello, es a su vez necesario promover la distribución y utilización de preservativos de buena calidad como parte integrante de los servicios de atención de la salud reproductiva.

El párrafo 98 de la Plataforma de Acción de Beijing destaca que el VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual, cuyo contagio es a veces consecuencia de la violencia sexual, tienen efectos devastadores en la salud de la mujer, en particular de las adolescentes y jóvenes. Las mujeres no suelen tener el poder necesario para insistir en que se adopten prácticas sexuales libres de riesgo y tienen un acceso reducido a la información y a los servicios de prevención y tratamiento. En la Plataforma, también se expresó que las mujeres, que representan la mitad de los adultos que contraen el VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, han hecho hincapié en que su vulnerabilidad social y las relaciones de poder desiguales entre la mujer y el hombre constituyen obstáculos para el sexo libre de riesgos. Por todo ello, se concluyó sobre

¹⁰⁵ Sentencia C-647 de 2001.

¹⁰⁶ Literal C del capítulo VII.

la necesidad de examinar desde una perspectiva de género los efectos del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual en la sociedad, el desarrollo y la salud.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud¹⁰⁷, ha destacado que las cuestiones relativas al VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual tienen importancia vital para el derecho de las mujeres y las adolescentes a la salud sexual. En una tendencia similar a la Plataforma de Beijing, se precisó que, como consecuencia de las relaciones desiguales de poder basadas en el género, las mujeres adultas y las adolescentes a menudo no pueden negarse a tener relaciones sexuales ni insistir en prácticas sexuales responsables y sin riesgo. Además, se insistió en que prácticas tradicionales nocivas, como la mutilación genital de la mujer, la poligamia y la violación marital, también pueden exponer a las niñas y mujeres al riesgo de contraer VIH/SIDA y otras enfermedades transmitidas por contacto sexual.

127

CAPÍTULO I

1.7. DISPONIBILIDAD DE OPCIONES PARA ACCEDER A LOS SERVICIOS DE SALUD (LIBRE ESCOGENCIA)

Entre los fundamentos del servicio público de salud, el artículo 153 de la Ley 100 de 1993 establece el principio de libre escogencia:

“Artículo 153. (...) 4. Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas (...)”.

Como lo ha resaltado la Defensoría del Pueblo, el principio de libre escogencia se relaciona con el de disponibilidad toda vez que el ejercicio de la autonomía de la voluntad exige la existencia de opciones plurales para la utilización de instituciones prestadoras de

¹⁰⁷ Op. Cit. Párr. 18.

salud¹⁰⁸. La libre escogencia debe permitir, por ejemplo, la selección de médico general, médico especialista, IPS para cirugías, laboratorio clínico, IPS para imágenes diagnósticas, odontólogo, entre otro tipo de servicios de salud. Sin embargo, y como lo anota la mencionada institución, “en la medida en que se requieren servicios especializados disminuye la posibilidad de elegir”¹⁰⁹. Es necesario que la protección de la oferta privada (libre competencia) destinada a la realización del derecho a la salud (*supra* 1.2) garantice a su vez la libre escogencia¹¹⁰.

¹⁰⁸ Defensoría del Pueblo, *Evaluación de los Servicios de Salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud –Índice de vulneración o cumplimiento de los diferentes componentes del derecho a la salud en el Esquema de Aseguramiento-*, Bogotá, 2003, p. 41.

¹⁰⁹ *Ibid*, p. 42.

¹¹⁰ En la sentencia C-915 de 2002, la Corte Constitucional precisó que se debe respetar la concurrencia en términos de igualdad de agentes públicos y privados en la prestación del servicio público de salud. Dicha igualdad permite garantizar, entre otros, el principio de libre escogencia de los usuarios, quienes pueden ver afectadas sus posibilidades de elegir si se desarrolla una regulación irrazonable donde se restrinja la competencia entre las entidades del sistema, sean públicas o privadas.

2. Sujetos de Especial Protección Constitucional y Derecho a la Disponibilidad de la Salud

Cuando no se presentan las condiciones que hacen posible la disponibilidad de la salud, los principales perjudicados son los sujetos de especial protección constitucional. Por ejemplo, los problemas de cobertura a través de hospitales y clínicas restringen la posibilidad de atención médica para la gran mayoría de la población. Sin embargo, las personas en situación de debilidad serán aquellas que enfrenten mayores obstáculos para acceder a lo disponible. Un contexto desfavorable similar se presenta ante la carencia de medicamentos o frente a la ausencia de personal de la salud que asuma las necesidades básicas en el sector.

Aun cuando todos los sujetos de especial protección merecen especial atención en relación con la disponibilidad de la salud, en el presente aparte, el análisis se concentra en los problemas de disponibilidad que enfrentan las niñas y niños y en la protección especial de la mujer embarazada. En ambos casos, si bien son recurrentes los problemas de discriminación, se debe disponer de una infraestructura especial que permita el desarrollo de la infancia (por ejemplo, a través de programas de vacunación) y la atención de la mujer antes del parto y con posterioridad al mismo (por ejemplo, mediante instituciones que garanticen una atención oportuna y adecuada en salud sexual y reproductiva)¹¹¹.

2.1. DERECHO DE LAS NIÑAS Y LOS NIÑOS A DISPONER DE LO NECESARIO PARA UN DESARROLLO ARMÓNICO E INTEGRAL DE SU SALUD

De conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección¹¹². En relación con el derecho a la salud, los niños tienen derecho a la supervivencia y el desarrollo, a un nivel de vida

¹¹¹ Atendiendo a este mismo criterio frente a sujetos de especial protección, las personas con discapacidad constituyen otro grupo población de importancia frente a la disponibilidad de la salud. En efecto, los servicios de rehabilitación exigen de una infraestructura especial para su desarrollo. Sin embargo, y por tratarse de un asunto directamente relacionado con una **atención médica cualificada**, el derecho de las personas con discapacidad a la rehabilitación máxima posible es analizado en el capítulo sobre calidad (*infra* Capítulo IV, 2.2).

¹¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. **Condición jurídica y derechos humanos del niño**. Párr. 137.

adecuado, al mayor nivel posible de salud, a servicios de salud adecuados, a servicios e instituciones de seguridad social y a la atención infantil. En particular, los niños en situación de discapacidad requieren de una atención especial que asegure su dignidad, promueva su autosuficiencia y facilite su participación activa en la comunidad. A su vez, la pediatría de atención primaria debe concentrarse en el fomento del desarrollo integral de los niños a través de servicios sanitarios (educación, prevención, tratamiento y rehabilitación) que deben prestarse en la comunidad donde vive y crece el niño.

Estos postulados generales se han recogido de diversas formas en los instrumentos internacionales. El apartado a) del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone que entre las medidas que los Estados deben adoptar para asegurar la plena efectividad del derecho a la salud se encuentra:

“ (...) a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños”

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño establece los siguientes parámetros en relación con este tema¹¹³:

“Artículo 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;

¹¹³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989. En Colombia, la Ley 12 de 1991 aprobó el tratado y posteriormente fue ratificado el 28 de enero de 1991, para entrar en vigor el 27 de febrero del mismo año.

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**;

(...)

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 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 (...)

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.

Artículo 33. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas

Artículo 39. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la **recuperación** física y psicológica y la **reintegración social** de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”.

Los artículos transcritos de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconocen el **valor fundamental de la familia** y la obligación del Estado de ofrecerle su asistencia, sobre todo a los padres, en el cumplimiento de sus responsabilidades en la crianza del niño¹¹⁴. Ello debe conducir a la realización del derecho de las niñas y los niños a un nivel adecuado de vida, el cual opera como condición de posibilidad de su desarrollo pleno y armónico. **Un “nivel de vida adecuado” debe reflejarse en la nutrición, el vestido y la vivienda.** Este grupo de derechos llama la atención sobre los efectos negativos que tienen los problemas ambientales en el desarrollo de la infancia. Además, exige la eliminación de prácticas tradicionales que son perjudiciales para la salud del menor. En suma, los instrumentos internacionales insisten en la necesidad de **reforzar la salud de los niños** mediante medidas preventivas de atención de la salud, que buscan garantizar el desarrollo pleno y armónico del niño, incluido su desarrollo espiritual, moral y social¹¹⁵.

A su vez, la Constitución de 1991 consagra expresamente el derecho al desarrollo armónico e integral de las niñas y los niños. Los siguientes artículos demuestran la vocación garantista de la Carta Política en relación con la infancia:

“Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, **la salud y la seguridad social**, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno

¹¹⁴ Esta obligación va de la mano con el **principio de responsabilidad e intervención activa de los poderes públicos en la realización efectiva de los derechos y el bienestar del menor.**

¹¹⁵ Otra protección de carácter reforzado se predica de los niños portadores de VIH o enfermos de SIDA. Al respecto, véase Naciones Unidas, **Observación General 3 del Comité de los Derechos del Niño sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño**, Documento CRC/GC/2003/3 del 17 de marzo de 2003.

de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia”.

Como se observa, además del derecho fundamental a la salud, los niños también son titulares de los derechos fundamentales a la integridad personal, a la seguridad social y al desarrollo armónico e integral. La Convención sobre los Derechos del Niño insiste en este punto a través de las siguientes disposiciones:

“Artículo 6. (...) 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 18. 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Artículo 27. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda (...).”.

Ahora bien, la responsabilidad internacional del Estado colombiano en relación con el derecho a la salud de los niños debe analizarse a la luz del principio del interés superior del niño.

La expresión “interés superior” implica que **el desarrollo de la niña y del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de los menores de edad.** Así mismo, el principio de igualdad exige la adopción de reglas y medidas específicas que generen un trato diferente que tenga en cuenta las condiciones especiales de la infancia¹¹⁶. Para la Corte Constitucional:

“El interés superior del niño se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. Este principio reconoce los derechos prevalentes de los menores, y exige un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano en los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad”¹¹⁷.

Cabe anotar que el principio del interés superior del niño no se limita a las actividades públicas, sino que debe ser también la pauta de las instituciones privadas cuando realizan

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Párr. 137.

¹¹⁷ Sentencia T-408 de 1995. En la sentencia T-510 de 2003 (caso relacionado con la irrevocabilidad del consentimiento de una madre al dar en adopción a su hija), la Corte Constitucional precisó los siguientes criterios jurídicos para determinar el interés superior de un menor de edad: i) la garantía del desarrollo integral del menor; ii) la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; iv) el equilibrio con los derechos de los padres; v) la provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor; y vi) la necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

actividades relativas a los niños. Tanto la prevalencia del interés superior del niño como el derecho al desarrollo armónico, incluyen un conjunto de aspectos conectados con otros derechos analizados en el presente texto. Por ejemplo, la comunidad internacional ha consolidado obligaciones relacionadas con la erradicación de prácticas tradicionales nocivas para la salud de los niños y las niñas, tales como el matrimonio precoz, las mutilaciones sexuales femeninas y la alimentación y cuidado preferentes de los niños varones, las cuales violan los diversos derechos que hacen parte del derecho a la salud. Estas temáticas serán abordadas sistemáticamente en los diversos apartes sobre salud sexual y reproductiva.

A continuación se presenta la jurisprudencia constitucional más relevante en torno a la garantía del desarrollo armónico e integral de la infancia.

2.1.1. El amparo del núcleo esencial del derecho a la salud de los niños por vía de la acción de tutela, exige (1) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (2) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y (3) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización

Cuatrocientos dieciocho padres de familia, en nombre y representación de sus hijos menores de edad, interpusieron una acción de tutela contra el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá debido a que estas instituciones no les suministraban, en forma gratuita, la vacuna contra los virus que producen enfermedades relacionadas con la meningitis. Los menores eran hijos de madres cabeza de familia y de trabajadores del sector informal, que carecían de los recursos suficientes para sufragar la atención en salud que requerían sus hijos y no se encontraban vinculados a alguna institución prestadora del servicio público de seguridad social.

Al revisar el caso, la Corte Constitucional precisó que la consagración del derecho a la salud de los menores como derecho fundamental (CP, art. 44), no puede desconocer el principio democrático que encarga a las autoridades políticas la organización y distribución de los recursos. El juez constitucional, en consecuencia, no puede ordenar la atención en salud de un menor con desconocimiento de la legislación vigente que determina las cargas y los beneficiarios del sistema. Sin embargo, el respeto del principio

democrático no puede ser excusa para desconocer aquellos casos donde el derecho a la salud adquiere el carácter de derecho fundamental¹¹⁸.

Para armonizar los diversos intereses en conflicto, el alto tribunal precisó que **los derechos fundamentales de carácter prestacional** tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales. **El núcleo esencial de los derechos, que no es negociable políticamente es aquel que tiende a la satisfacción de las necesidades más básicas del titular de cada derecho.** Bajo estos presupuestos, un atentado grave contra la salud de los niños que no puede ser evitado de ninguna manera y que pone en alto riesgo su vida, sus capacidades físicas o psíquicas o su proceso de aprendizaje o socialización, compromete el núcleo esencial del derecho. El Estado debe garantizar este núcleo esencial, así no exista reglamentación alguna, siempre y cuando la familia del menor no se encuentre capacidad económica de hacerlo. Ahora bien, si el Estado demuestra que ha adoptado de manera activa y eficiente las medidas necesarias para dar solución al problema que aqueja a los menores y que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha, cesa su obligación respecto a las niñas y los niños. Debido a que en el caso las características de la enfermedad ponían en grave peligro la integridad y la vida de los menores, sus familiares no tenían capacidad económica para sufragar los gastos de la vacuna y el Estado no había enfrentado el problema de manera tal que se pudiera lograr una pronta solución, la Corte amparó el derecho a la salud de los menores¹¹⁹.

¹¹⁸ Sentencia SU-225 de 1998.

¹¹⁹ *Ibidem*. Para la Corte, esta restricción constitucional al principio democrático se justifica, entre otras razones, porque “dicho principio no puede oponerse a la reclamación de pretensiones esenciales de un grupo de la población que no está en capacidad de participar del debate público y que, por lo tanto, no tiene voz propia en la adopción de las decisiones políticas que lo afectan. En este caso, alegar que el núcleo esencial de los derechos fundamentales prestacionales del artículo 44 no es de aplicación directa sino que, en todo caso, debe ser mediado por una decisión política - legislativa o administrativa -, significa someter la satisfacción de las necesidades básicas de los niños, en nombre de la participación, a un proceso del cual se encuentran completamente marginados. En otras palabras, la razón que justifica la aplicación preferente del principio democrático a la hora de adscribir derechos prestacionales, resulta impertinente en tratándose de derechos fundamentales de los menores”. Fundamento Jurídico 12. Lo anterior determina que la intervención del juez deba limitarse a exigir el cumplimiento efectivo del núcleo esencial del derecho prestacional fundamental, más allá de lo cuál sólo puede actuar si media la respectiva decisión política.

Así mismo, la Corte Constitucional ha destacado el amparo especial que requiere el derecho a la salud de la infancia:

“En ausencia de una específica obligación legal, reglamentaria o contractual de la “cobertura” familiar, por vínculos jurídicos y económicos entre entidades de seguridad social y los trabajadores y empleadores, o ante la falta de cualquiera otro plan o régimen de seguridad social, o de compensación familiar o prestacional, público, privado o mixto, prepagado o subsidiado, directo o indirecto que comprenda a los menores, éstos tienen el derecho constitucional fundamental de ser atendidos por el Estado en casos de afección a su salud e integridad física, y a gozar de la seguridad social que les brinde la protección integral que haga falta”¹²⁰.

137

Ahora bien, la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer el ámbito familiar, a través de las diversas medidas que éste requiera para el mejor cumplimiento de su función¹²¹. La Corte Constitucional ha considerado que el principio de subsidiariedad de la asistencia estatal, impone al legislador la obligación de regular la responsabilidad de la familia y la sociedad, las cuales, en principio, deben atender los derechos sociales fundamentales del menor. No obstante, **si el núcleo familiar no está en capacidad fáctica de satisfacer las carencias más elementales de los niños a su cuidado, compete al Estado, subsidiariamente, asumir la respectiva obligación**¹²².

CAPÍTULO I

Para exonerarse de su responsabilidad constitucional, la autoridad pública comprometida debe demostrar que (1) pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir y; (3)

¹²⁰ Sentencia SU-043 de 1995. En esta sentencia se protegió el derecho a la salud de una menor que sufría de esclerosis tuberosa o enfermedad de Bounerille y de enfermedad renal quística con diagnóstico de incurable. Se consideró entonces que era procedente una expansión de la cobertura de la seguridad social más allá de lo prescrito por la reglamentación administrativa, con el ánimo de proteger los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la menor.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. **Condición jurídica y derechos humanos del niño**. Párr. 137.

¹²² Sentencia SU-225 de 1998.

pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha¹²³.

2.1.2. La obligación de suministrar a menores de edad medicamentos excluidos del POS recae en primer lugar sobre los padres. Solo si éstos demuestran su insolvencia económica, la obligación recaería en la EPS correspondiente. Por ello, en los padres del menor recae la carga de la prueba de no estar en capacidad económica para suministrar un medicamento

Una niña de 14 años tenía problemas de retardo en el crecimiento y, por ello, necesitaba el suministro diario de la hormona del crecimiento. El suministro de esta droga no fue autorizado por la EPS debido a que no hacía parte del POS y no era esencial para garantizar el derecho a la vida. En consecuencia, el padre de la niña tuvo que adquirir con sus propios recursos el medicamento. Teniendo en cuenta la mejoría de su hija y la necesidad de continuar con el tratamiento, el padre de la menor solicitó por vía de tutela que se ordenara el suministro de la hormona.

La Corte denegó el amparo, por cuanto no aparecía demostrada la incapacidad económica de los padres de la menor¹²⁴. En este sentido, aún en el caso de las niñas y los niños, la procedencia de la acción de tutela se subordina al cumplimiento de los requisitos necesarios¹²⁵. La jurisprudencia ha precisado los siguientes criterios en relación con la necesidad de acreditar la incapacidad de pago de los servicios que se soliciten por vía de tutela¹²⁶:

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

¹²³ *Ibid.* Fundamento jurídico 17.

¹²⁴ Sentencia T-421 de 2001.

¹²⁵ La Corte no desconocía que el costo de la medicina requerida era elevado para cualquier patrimonio (\$46.500 pesos diarios en el año 2001) y que su suministro era indispensable para que la menor lograra un desarrollo que le permitiera vivir con dignidad. Empero, se resaltó que esta necesidad no es el único requisito que debe cumplir quien pretende acudir al Sistema en demanda de un tratamiento no incluido en el POS. Esta eventualidad se reserva para quienes, además, no tengan capacidad de pago.

¹²⁶ Sentencia SU-819 de 1999.

entiende no sólo la ausencia de recursos personales, sino también, la carencia de mecanismos alternativos de protección como pólizas de seguro o contratos de medicina preparada.

ii) Se debe solicitar a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago. Para la Corte, ello es necesario porque “se están utilizando los recursos de la sociedad, limitados y normalmente escasos”, lo cual puede poner en riesgo el equilibrio del sistema. En este sentido, al fallador le corresponde desplegar una actividad diligente y encaminada a la prueba de la capacidad económica.

139

2.1.3. El trabajo infantil es una explotación de los niños que viola sus derechos a la educación y a la salud

El artículo 3 del Convenio N° 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo establece que en los trabajos que, por su naturaleza o las condiciones en que se realicen, pongan en riesgo la salud, la seguridad o la moralidad de los menores, la edad mínima de admisión no podrá ser inferior a los 18 años. Sin embargo, en Colombia, uno de los principales obstáculos que encuentra el derecho a un desarrollo armónico se relaciona con el trabajo infantil. El Informe sobre los Derechos Humanos de la Niñez en Colombia durante el año 2001¹²⁷ presenta estadísticas sobre el trabajo infantil en Colombia, que se transcriben a continuación:

“En Colombia más de 2.700.000 niños trabajan en condiciones de alto riesgo para su salud física y mental.

De estos, 800.000 son menores de 11 años y la mitad no recibe ningún tipo de remuneración por su trabajo. Los demás, obtienen un salario que apenas alcanza entre el 25 y el 80 por ciento de un salario mínimo legal diario (entre 2.500 y 8.000 pesos diarios).

¹²⁷ Defensoría del Pueblo, **Informe sobre los Derechos Humanos de la Niñez en Colombia durante el año 2001**, Bogotá.

Además, de diez niños y niñas que trabajan, solamente tres asisten a la escuela. (...)

Más de 25.000 niños y niñas ejercen la prostitución en Colombia. (...)

En Colombia hay cerca de 6.000 niños y niñas vinculados, directa o indirectamente, con los grupos armados al margen de la ley que participan en el conflicto armado interno.

Adicionalmente, 200.000 niños y niñas están vinculados con los cultivos ilícitos en zonas de conflicto armado”.

140

CAPÍTULO I

La gravedad de esta situación exige detenerse en el **derecho del menor de edad a estar protegido contra la explotación económica**. Sobre este específico punto la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

“Artículo 32. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.

La explotación económica hace alusión a todo trabajo efectuado por niños en condiciones inferiores a las que establecen las convenciones de las Naciones Unidas o los convenios de la Organización Internacional del Trabajo¹²⁸.

Esta breve alusión al trabajo infantil busca destacar su papel como factor que vulnera el derecho a la salud de la infancia. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, al analizar en 1999 el caso colombiano¹²⁹, si bien acogió con beneplácito medidas preventivas adoptadas por Colombia, tales como la fijación

¹²⁸ Un análisis más detallado del derecho internacional de los derechos humanos en relación con el trabajo infantil, puede consultarse en la página de la Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/whatare/cld_papr.htm#fb1.

¹²⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 20° período de sesiones. Sesiones 422ª y 423ª, celebradas el 3 de febrero de 1999 (Naciones Unidas. Documento CEDAW/C.SR.422 y 423). Observaciones finales Colombia (Naciones Unidas. Documento CEDAW/C/COL/4).

de una edad mínima para trabajar, expresó su preocupación por la generalización del trabajo infantil, que propicia la explotación de los niños y la violación de sus derechos a la salud, a la educación y a futuras oportunidades.

A continuación se estudia a la mujer embarazada como sujeto de especial protección constitucional en materia de disponibilidad de atención en salud.

2.2. DERECHO DE LA MUJER EMBARAZADA A UNA PROTECCIÓN Y ATENCIÓN ESPECIAL EN SALUD

El derecho a la atención en salud reproductiva incluye la protección especial de la mujer embarazada, la cual está garantizada por la Constitución y los instrumentos internacionales. Esta protección implica la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia, el desarrollo de programas para reducir la incidencia de los embarazos de alto riesgo, la prevención de la morbilidad y la mortalidad y la promoción de la lactancia materna para favorecer el espaciamiento de los nacimientos. A este respecto, la Constitución establece:

“Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer determina:

“2. (...) (L)os Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

A continuación se explican los más importantes precedentes jurisprudenciales en relación con la protección especial del derecho a la salud de la mujer embarazada. Cabe anotar que la subregla específica sobre la necesidad de incluir el estado de embarazo como criterio relevante en la selección de los beneficiarios del régimen subsidiado, será analizada en el capítulo sobre acceso (*infra* Capítulo II, 1.1.1).

2.2.1. Con fundamento en la protección constitucional que ampara a la mujer embarazada, el Estado debe asegurar a ésta, durante el embarazo y después del parto, la asignación de un subsidio alimentario si se encuentra desempleada o desamparada¹³⁰

La Corte Constitucional ha distinguido entre los derechos de la mujer embarazada que tiene la calidad de trabajadora dependiente y la mujer embarazada que se encuentra desempleada o desamparada¹³¹. En el primer caso, toda mujer que trabaja tiene derecho a las prestaciones consagradas en el Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo, tales como el descanso remunerado en la época del parto (art. 236), descanso remunerado en caso de aborto (art. 237), descanso remunerado durante la lactancia (art. 238), prohibición de despido (art. 239), permiso para el despido (art. 240), nulidad del despido (art. 241), trabajos prohibidos e indemnización por incumplimiento (art. 243). Estas prestaciones son debidas tanto por el Estado como por los particulares que tienen la calidad de empleadores. En el caso de la mujer embarazada desempleada o desamparada, el Estado está obligado a prestarle asistencia, protección y un subsidio alimentario siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que se encuentre desempleada. Lo anterior también debe aplicarse a la mujer que trabaja en forma independiente pero cuyo sustento es muy precario y no es suficiente para sufragar los gastos adicionales del embarazo.

b) Que se encuentre desamparada. Es decir, que no cuente con el apoyo de su esposo, compañero o padre de la criatura y no posea ningún tipo de seguridad social.

La atención médica de la mujer embarazada se funda tanto en el derecho a la salud como en el derecho a la maternidad.

Ahora bien, según la Corte Constitucional, la atención efectiva de las necesidades del menor y de su madre en debilidad, no puede entenderse como argumento válido para eludir la búsqueda del padre y la utilización de los medios legales existentes para que

¹³⁰ Sentencias T-106 de 1996, reiterada en las sentencias T-694 de 1996, C-710 de 1996, T-662 de 1997 y T-844 de 2002.

¹³¹ Sentencia T-179 de 1993.

asuma los deberes, las cargas y las obligaciones económicas y morales que le incumben. En este sentido, la acción de tutela procede para exigirle al padre cumplir el compromiso de suplir las necesidades de salud, sufragar los costos del control médico prenatal y las medicinas y exámenes de laboratorio¹³².

2.2.2. En casos donde la mujer embarazada necesita conocer información relevante sobre los riesgos de su condición o la de su hijo, cuenta con el derecho a la información mínima vital

La información sobre hechos trascendentales de la existencia, tales como el nacimiento y la muerte de los seres humanos, resulta necesaria para el disfrute de otros derechos constitucionales fundamentales. Por ello, la Corte Constitucional ha considerado que se desconoce el principio de dignidad humana (CP, art. 1) cuando se priva a una persona de información sobre sí misma que le permite llevar una vida autónoma, libre del dolor y de la impotencia que genera el desconocimiento de hechos cruciales para su proyecto vital, su armonía afectiva y su salud mental¹³³.

En el marco del derecho a la salud, el alto tribunal ha tenido que resolver casos donde surgen conflictos entre los riesgos para la vida y la realización del derecho a la información¹³⁴. En otras palabras, se enfrenta el dilema entre la necesidad de realizar exámenes que permitan conocer cuáles son los problemas que enfrenta un proceso de gestación y los riesgos que la realización de dichas pruebas puedan generar. La ponderación correspondiente ha dado cuenta del derecho fundamental a la información

¹³² Sentencia T-106 de 1996.

¹³³ Por ejemplo, en la sentencia T-443 de 1994 se analizó el caso de una madre que quería conocer la suerte de su hijo, toda vez que a partir del momento del parto no tenía conocimiento real sobre lo ocurrido, salvo la indicación que había muerto. Ver así mismo la sentencia SU-014 de 2001.

¹³⁴ Sentencia T-960 de 2001. En este caso la demandante esperaba un menor del cual se sospechaba que padecía el síndrome de Turner. La madre no tenía medio distinto al del examen diagnóstico para conocer la situación real del feto. El conocimiento de dicha información –certeza sobre el estado del feto- no tiene utilidad distinta, según se informó a la Corte, de confirmar el diagnóstico inicial y preparar a la madre (y al padre) para enfrentar la enfermedad de la menor. Por ello, el Alto Tribunal consideró que **la negativa de la entidad en practicar el examen no genera peligro alguno para la vida de la madre o del feto. Así mismo, se pudo establecer que el procedimiento en sí mismo supone un riesgo para la pareja.** Por ello se concluyó que no procedía la tutela.

mínima vital. Frente al caso de la mujer embarazada, este derecho hace alusión a la información sobre la situación del feto.

En razón de la especial protección constitucional de la mujer durante el embarazo, ésta debe ser rodeada de las condiciones necesarias, sean materiales o psicológicas, para poder gestar en las mejores condiciones posibles. El desconocimiento de la situación del feto es una causa de angustia, máxime cuando existe la posibilidad de que el feto nazca con alguna clase de anomalía, sea congénita o no. Para la Corte, el embarazo en condiciones de incertidumbre, sumado a los cambios propios de dicho estado, se convierte en una enorme carga que limita las posibilidades de acción de la madre, en cuanto sus condiciones psicológicas resultan seriamente afectadas.

En consecuencia, la Corte Constitucional precisó que dicho estado de desinformación no es admisible constitucionalmente, toda vez que implica una clara violación del deber de protección que se debe brindar a la mujer durante el embarazo y una violación al derecho fundamental a la información mínima vital. Sin embargo, en algunos casos, la desinformación puede mantenerse cuando sea mayor el riesgo que implica un determinado examen y los datos que arroje posiblemente no sean útiles para mejorar las condiciones de la embarazada o del feto en el caso concreto. Ello no implica que la madre quede en situación de desamparo; por el contrario, la entidad debe ofrecer la información que ella y el padre requieran para enfrentar la posibilidad de la enfermedad del hijo por nacer, así como información suplementaria que se pueda obtener sobre la condición de éste por medios distintos.

2.2.3. La protección especial de la mujer embarazada privada de la libertad implica que toda institución hospitalaria del país está en la obligación de recibir y atender, por el tiempo que señale el funcionario judicial competente, a la mujer a quien se le ordene permanecer allí bajo detención domiciliaria

Una mujer joven y mayor de edad, fue capturada cuando contaba con cinco meses y medio de embarazo. Una vez definida su situación jurídica, le fue dictada medida de aseguramiento consistente en detención preventiva. Solicitó entonces la suspensión de la medida de aseguramiento en razón de su estado de embarazo. A pesar de que su situación médica fue evaluada, la Dirección Regional de Fiscalías dilató cualquier decisión al respecto. La acción de tutela se interpuso ante la inminencia del parto y fue

negada en primera instancia. Sin embargo, se ordenó la detención hospitalaria de la joven, disposición que no fue acatada por falta de recursos. Por ello, la madre tuvo que dar a luz y, posteriormente, asumir el cuidado de su hija dentro de la prisión. Al revisar el caso, la Corte Constitucional destacó que la mujer embarazada privada de la libertad cuenta con todos los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. Por ello, la actora no debió permanecer en la cárcel, ni lo debió hacer su hija; debieron permanecer en una institución hospitalaria de la misma ciudad, como lo ordenó la autoridad competente¹³⁵.

Sobre este punto, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos se pronuncian en los siguientes términos¹³⁶:

“23. 1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento.

2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres”.

¹³⁵ Sentencia T-437 de 1993.

¹³⁶ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

3. Obligaciones de Disponibilidad que garantizan el Derecho a la Salud

Este tipo de obligaciones hace referencia a la existencia de infraestructura hospitalaria y sanitaria, personal de la salud y medicamentos esenciales suficientes. Además, incluye las obligaciones en relación con los factores determinantes de la salud, en tanto condiciones que posibilitan los demás elementos esenciales del derecho a la salud.

En este capítulo se asumen como obligaciones con efecto inmediato aquellas que se relacionan con los niveles esenciales del derecho a la salud establecidos en la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De otro lado, también tienen efecto inmediato las obligaciones de respeto y de protección que, por tratarse de abstenciones del Estado y de intervención sobre la actuación de terceros (*supra* Introducción, 2.3.2), pueden ser exigidas inmediatamente.

3.1. OBLIGACIONES DE DISPONIBILIDAD CON EFECTO INMEDIATO

En materia de disponibilidad, los **niveles esenciales** del derecho a la salud consagrados en la Observación General 14 (párr. 43) son los siguientes:

- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre¹³⁷.
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable.
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS.
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud.

¹³⁷ A pesar de que se habla del "acceso a una alimentación esencial mínima" y del "acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas", estas obligaciones deben entenderse como deberes correlativos frente al derecho a la salud pública (disponibilidad de los factores determinantes de la salud, *supra* 1.4). Por esta razón, el presente texto analiza dichas obligaciones como obligaciones de disponibilidad.

f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población(...).

La Observación destaca como **obligaciones de prioridad comparable** (párr. 44) las siguientes:

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil.
- b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad.
- c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas.

147

CAPÍTULO I

Así mismo, en materia de disponibilidad existen **obligaciones de respeto** (párr. 34):

- Abstenerse de comercializar medicamentos peligrosos.
- Abstenerse de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra, por ejemplo mediante los desechos industriales de las instalaciones propiedad del Estado.
- Abstenerse de utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano.

Las **obligaciones de proteger** (párr. 35) relacionadas con disponibilidad, son las siguientes:

- Velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud

Finalmente, las **obligaciones de cumplir** relativas a la disponibilidad del derecho a la salud (párr. 36 y 37) que, por su relación con los niveles esenciales de la salud, tienen efecto inmediato, son las siguientes:

- Adoptar una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.
- Garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas.
- Proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales.
- Establecer un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos.
- Adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos.
- Formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina.
- Formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales.
- Formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud.

A continuación se analizan estas obligaciones a partir de su agrupación temática. En este sentido, se ofrece un conjunto de deberes correlativos generales que sintetizan los compromisos que tienen los obligados frente a los derechos y sujetos de especial protección relacionados con la disponibilidad de la salud. La propuesta busca consolidar una aproximación temática a la responsabilidad del Estado en el campo del derecho a la salud.

3.1.1. Obligación de utilizar el máximo de los recursos disponibles para dar efectividad al derecho a la salud, incluidos los de cooperación internacional

En su Observación General 14 (párr. 47) el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales precisa que un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 del PIDESC. Además, el Comité destaca que si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones impuestas por el Pacto, dicho Estado tendrá que justificar que ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones relacionadas con los niveles esenciales y de prioridad comparable. Sin embargo, el Comité expresa que un Estado Parte “no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas, que son inderogables”. En el mismo sentido, y al referirse a las obligaciones del Estado colombiano frente al Protocolo de San Salvador, la Corte Constitucional expresó que si se constata que los recursos no han sido adecuadamente utilizados para la realización de un derecho social como el derecho a la salud, también se puede considerar que el Estado está incumpliendo sus obligaciones internacionales¹³⁸.

Ahora bien, cabe anotar que en su Observación General 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes en el PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales manifestó que la expresión “hasta el máximo de los recursos de que disponga” se refiere tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales (*infra* Capítulo I, 3.2.3).

3.1.2. Obligación de adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública

Como ya se anotó, la obligación de garantizar niveles mínimos de realización del derecho a la salud comprende la obligación de adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública. A este respecto, se busca salvaguardar tanto la promoción como la atención de enfermedades.

¹³⁸ Sentencia C-251 de 1997.

El plan nacional de salud pública debe abordar, como mínimo, los elementos que fueron precisados en este documento al dar cuenta de la disponibilidad de los factores determinantes de la salud (*supra* 1.4).

Esta obligación se deriva de instrumentos como el Protocolo de San Salvador, que establece:

“Artículo 10. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia médica esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad (...).”

En relación con las políticas públicas en salud, la Declaración de Alma Ata¹³⁹ establece:

“VIII. Todos los gobiernos deberían formular políticas nacionales, estrategias y planes de acción para establecer y mantener la atención primaria sanitaria como parte de un sistema nacional de salud integrado y en coordinación con otros sectores. Para este fin, será necesario ejercitar voluntades políticas, a fin de movilizar los recursos del país y utilizar racionalmente los recursos externos disponibles”.

Sobre este particular, es pertinente insistir en que la Declaración de Alma Ata señala que la atención primaria de salud debe dirigirse hacia los principales problemas sanitarios de la comunidad¹⁴⁰. Para ello, deben proporcionarse y promoverse servicios preventivos, además de los curativos y rehabilitadores.

¹³⁹ Adoptada en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, 6-12 de septiembre de 1978, y refrendada por la 32 Asamblea Mundial de la Salud en la resolución WHA32.20 (mayo de 1979).

¹⁴⁰ A pesar de que la Declaración de Alma Ata contempla como uno de sus principales elementos conceptuales el de atención primaria en salud, cabe anotar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales rechaza la clasificación entre atención primaria, secundaria y terciaria. Afirma al respecto: “En las publicaciones y la práctica acerca del derecho a la salud, se mencionan con frecuencia tres niveles de atención de la salud, a saber: la atención primaria de la salud, que versa esencialmente sobre las enfermedades

La atención primaria en salud incluye, como mínimo, la educación sobre los problemas sanitarios y los métodos para prevenirlos y controlarlos, las acciones de promoción del suministro de alimentación y de correcta nutrición y el adecuado suministro de agua potable y saneamiento básico. Son responsables de este nivel de atención no sólo las entidades del sector sanitario, sino todos los sectores relacionados con el mismo, entre ellos los vinculados al desarrollo comunitario, a la vivienda y a los servicios públicos.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que constituye una obligación de cumplir la de formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud¹⁴¹. En el marco específico de la salud pública, la estrategia y el plan de acción nacional deberán ser elaborados y revisados periódicamente, sobre la base de un proceso participativo y transparente y deberán prever métodos que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados. El proceso de concepción de la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de los mismos, deberá prestar especial atención a los grupos vulnerables o marginados¹⁴².

La obligación de adoptar una estrategia y un plan de acción nacional involucra obligaciones más específicas que también hacen parte de esos mínimos niveles esenciales del derecho a la salud.

comunes y relativamente leves y es prestada por los profesionales de la salud y/o los médicos generalmente capacitados que prestan servicios dentro de la comunidad a un precio relativamente bajo; la atención secundaria de la salud prestada en centros, por lo general hospitales, que se relaciona esencialmente con enfermedades leves o enfermedades graves relativamente comunes que no se pueden tratar en el plano comunitario y requieren la intervención de profesionales de la salud y médicos especialmente capacitados, equipo especial y, en ocasiones, atenciones hospitalarias de los pacientes a un costo relativamente más alto; la atención terciaria de la salud dispensada en unos pocos centros, que se ocupa esencialmente de un número reducido de enfermedades leves o graves que requieren la intervención de profesionales y médicos especialmente capacitados, así como equipo especial, y es con frecuencia relativamente cara. Puesto que las modalidades de atención primaria, secundaria y terciaria de la salud se superponen con frecuencia y están a menudo interrelacionadas entre sí, el uso de esta tipología no facilita invariablemente criterios de distinción suficientes que sean de utilidad para evaluar los niveles de atención de la salud que los Estados Partes deben garantizar, por lo que es de escasa utilidad para comprender el contenido normativo del artículo 12". Observación General No. 14, nota 9.

¹⁴¹ Observación General No. 14, párr. 36.

¹⁴² *Ibid.* Párr. 43, lit. f.

3.1.2.1. Obligación de adoptar medidas para proporcionar inmunización contra las enfermedades infecciosas y prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas

Uno de los componentes más importantes del derecho a la salud pública lo constituye la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas para prevenir y luchar contra las enfermedades. El Protocolo de San Salvador se pronuncia sobre este tema en la siguiente forma:

“Artículo 10. 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

(...) c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;

(...) d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;”

3.1.2.2. Obligación de asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y que garantice que nadie padezca hambre

Los problemas nutricionales y el padecimiento de hambre constituyen factores propicios para el surgimiento y desarrollo de enfermedades. Por ello, en diversos instrumentos internacionales el problema de la salud es articulado con el derecho a la alimentación. Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos destaca:

“Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la *alimentación*, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Así mismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se pronuncia en estos términos:

“Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

En el Sistema Interamericano, el Protocolo de San Salvador también protege el derecho a la alimentación, aunque en un artículo diferente al relacionado con el derecho a la salud:

“Artículo 12. Derecho a la Alimentación. 1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados partes se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia”.

La Declaración Universal sobre la Erradicación del Hambre y la Malnutrición¹⁴³, ha precisado que los gobiernos tienen la responsabilidad fundamental de colaborar entre sí para conseguir una mayor producción alimentaria y una distribución más equitativa y eficaz de alimentos entre los países y dentro de ellos. Lo anterior implica una lucha concertada más intensa contra la malnutrición crónica y las enfermedades producidas por la carencia de alimentos que afectan a los grupos vulnerables y de ingresos más bajos.

3.1.2.3. Obligación de abstenerse de contaminar ilegalmente la atmósfera, el agua y la tierra

La contaminación impide disponer de uno de los factores determinantes de la salud: el medio ambiente sano. La Comisión de Derechos Humanos, en su Resolución 2000/

¹⁴³ Aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación, convocada por la Asamblea General en su resolución 3180 (XXVIII) de 17 de diciembre de 1973. Fue adoptada por la Asamblea General en su resolución 3348 (XXIX) de 17 de diciembre de 1974.

72¹⁴⁴ sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, precisó que el tráfico y el vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos constituye una grave amenaza para los derechos humanos a la vida, la salud y un medio ambiente sano. Por ello, se recomendó la adopción de medidas legislativas y otras medidas adecuadas a fin de impedir el tráfico internacional ilícito de productos y desechos tóxicos y peligrosos.

De otro lado, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 36) señala diversas obligaciones de adoptar medidas relacionadas con el medio ambiente:

- Adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos.
- Formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina.

3.1.2.1. Obligación de abstenerse de utilizar o ensayar armas nucleares, biológicas o químicas si, como resultado de esos ensayos, se liberan sustancias nocivas para la salud del ser humano

La Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de las Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción (Convención sobre Armas Biológicas) entró en vigor en 1975 convirtiéndose, así, en el primer tratado de desarme multilateral que prohíbe la producción y el empleo de ciertas armas¹⁴⁵.

¹⁴⁴ 66ª sesión, 26 de abril de 2000.

¹⁴⁵ Colombia es Estado Parte de esta Convención. Para mayor información, ver la página <http://www.un.org/spanish/Depts/dda/bwc/>. La Convención sobre Armas Biológicas entró en vigor en 1975, pero la ausencia de regímenes formales de verificación para controlar su cumplimiento ha limitado su efectividad. Reconociendo la necesidad de reforzar la Convención sobre Armas Biológicas, en la Tercera Conferencia encargada del Examen de la Convención sobre Armas Biológicas de 1991 se estableció un grupo de expertos gubernamentales para identificar y examinar posibles medidas de verificación desde un punto de vista científico y técnico.

La Convención forma parte de los instrumentos de derecho internacional destinados a prevenir los sufrimientos causados por la guerra. Su objetivo último es excluir completamente la posibilidad de que los agentes bacteriológicos (biológicos) y las toxinas se utilicen como armas (preámbulo). La prohibición del empleo de armas bacteriológicas se estipula en el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre la prohibición en la guerra del empleo de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos. La Convención es complementaria del Protocolo, puesto que prohíbe el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición, la retención y la transferencia de armas bacteriológicas y, además, exige su destrucción.

Aunque la Convención no proscribe expresamente el empleo de armas bacteriológicas, la Conferencia de las Partes encargada del examen de la Convención (la Conferencia de Examen) declaró que tal empleo no sólo contraviene los objetivos de ésta, sino que también constituye una violación de la prohibición absoluta de almacenar y producir armas bacteriológicas, puesto que el empleo presupone la posesión.

Las obligaciones fundamentales de los Estados Partes en la Convención se concentran en los siguientes artículos:

“Artículo 1. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no desarrollar, producir, almacenar o de otra forma adquirir o retener, nunca ni en ninguna circunstancia: 1. Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos; 2. Armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados.

Artículo 2. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a destruir o a desviar hacia fines pacíficos lo antes posible, y, en todo caso, dentro de un plazo de nueve meses contado a partir de la entrada en vigor de la Convención, todos los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores especificados en el artículo 1 de la Convención que estén en su poder o bajo su jurisdicción o control. Al aplicar lo dispuesto en el presente artículo deberán adoptarse todas las medidas de precaución necesarias para proteger a las poblaciones y el medio.

Artículo 3. Cada Estado Parte en la presente Convención se compromete a no traspasar a nadie, sea directa o indirectamente, ninguno de los agentes, toxinas, armas, equipos o vectores especificados en el artículo 1 de la Convención, y a no ayudar, alentar o inducir en forma alguna a ningún Estado, grupo de Estados u organizaciones internacionales a fabricarlos o adquirirlos de otra manera.

Artículo 4. Cada Estado Parte en la presente Convención adoptará, en conformidad con sus procedimientos constitucionales, las medidas necesarias para prohibir y prevenir el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición o la retención de los agentes, toxinas, armas, equipos y vectores especificados en el artículo 1 de la Convención en el territorio de dicho Estado, bajo su jurisdicción o bajo su control en cualquier lugar”.

En particular, cada Estado deberá prohibir y reprimir en su legislación penal toda actividad proscrita en la Convención que se realice en su territorio o en cualquier lugar que esté bajo su jurisdicción o su control. Además, los Estados Partes deberán prever la aplicación extraterritorial de medidas penales con respecto a sus ciudadanos.

Es preciso destacar que la Constitución de 1991 se pronuncia sobre el tema de la siguiente forma:

“Artículo 81. Queda prohibida la fabricación, importación, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

El Estado regulará el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés nacional”.

3.1.3. Obligación de garantizar la exigibilidad judicial del derecho a la salud

En su Observación General 3 sobre la índole de las obligaciones de los Estados Partes en el PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado que, entre las medidas apropiadas que deben adoptarse para la realización del derecho a la salud, se encuentra la de “ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables” (párr. 5). Así mismo, la Observación General 9 (párr. 7) del mencionado Comité, precisa que se

debe asegurar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales como medida necesaria para la vigencia del Pacto Internacional en el ordenamiento jurídico interno de los Estados partes.

Por su parte, la Observación General 14 (párr. 59) ha insistido en que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Si bien es cierto que el reconocimiento legal del derecho a la salud no asegura su disfrute, sí crea un marco de referencia para exigirlo, toda vez que supone obligaciones para el Estado. En este sentido, la justiciabilidad es un elemento indispensable para asegurar la realización del derecho a la salud¹⁴⁶.

157

CAPÍTULO I

3.1.4. Obligación de facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS

Para el Comité de Expertos de la Organización Mundial de la Salud en Medicamentos Esenciales¹⁴⁷, éstos son aquellos que sirven para satisfacer las necesidades de atención de la salud de la mayoría de la población y que, por tanto, deben estar disponibles en todo momento en las cantidades adecuadas, en las formas farmacéuticas que se requieran y a un precio asequible para las personas y la comunidad.

¹⁴⁶ En la sentencia C-251 de 1997, la Corte Constitucional destacó que la obligación de tomar medidas legislativas no significa que algunas de las cláusulas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no sean directamente auto ejecutables, toda vez que algunos derechos son de aplicación inmediata. Para la Corte, tampoco debe pensarse que estos derechos sociales prestacionales son puramente programáticos, puesto que, en determinados contextos y dadas ciertas condiciones, derechos sociales prestacionales como el derecho a la salud pueden ser protegidos por diferentes vías judiciales, como las acciones de nulidad e inconstitucionalidad, las acciones populares y la acción de tutela. En este sentido, las decisiones judiciales deben incluirse dentro de los medios jurídicos idóneos para la realización de los derechos sociales prestacionales.

¹⁴⁷ http://www.who.int/m/topics/essential_drugs_medicines/es/. El Programa de Medicamentos Esenciales y Política Farmacéutica de la OMS trabaja en el ámbito mundial, regional y nacional para resolver los problemas de acceso, uso racional y calidad de los medicamentos. El objetivo es ayudar a salvar vidas y mejorar la asistencia reduciendo el enorme abismo existente entre las posibilidades que ofrecen los medicamentos esenciales y la realidad de que millones de personas, en particular los pobres y desfavorecidos, no tienen acceso a los medicamentos, éstos no están a su alcance, son inocuos o se utilizan de modo incorrecto.

El concepto de medicamentos esenciales incorpora (1) la necesidad de actualizar sistemáticamente la selección de los medicamentos a fin de tener en cuenta las nuevas opciones terapéuticas y la evolución de las necesidades terapéuticas; (2) la necesidad de garantizar la calidad de los medicamentos; y (3) la necesidad del desarrollo continuado de mejores medicamentos, de medicamentos para las enfermedades emergentes y de medicamentos para afrontar las cambiantes pautas de resistencia.

Los medicamentos esenciales son uno de los elementos más eficaces para reducir el costo de la moderna atención en salud y es notable su potencial repercusión sanitaria. Sólo en el año 2001 se calculó un aproximado de 40 millones de defunciones en los países en desarrollo, de las cuales una tercera parte correspondió a niños menores de cinco años. Diez millones de estas muertes están asociadas a enfermedades para las que existen medicamentos esenciales y poco costosos, tales como infecciones agudas de las vías respiratorias, enfermedades diarreicas, tuberculosis y paludismo. En efecto, preparaciones sencillas de hierro y folato pueden reducir la mortalidad de la madre y el niño por anemia en el embarazo; el tratamiento de las enfermedades de transmisión sexual disminuye la transmisión del virus del SIDA; y el tratamiento de la hipertensión reduce los ataques cardíacos y los accidentes cerebrovasculares¹⁴⁸.

El artículo 10 del Protocolo de San Salvador se refiere a este tema en la siguiente forma:

“Artículo 10. (...) 2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud, los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- c. La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. La prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; (...)”

¹⁴⁸ El suministro de medicamentos esenciales constituye un desafío frente a la precaria situación que atraviesan diversos países en desarrollo. Por ejemplo, según el Informe sobre la Salud en el Mundo del año 2001, aproximadamente un 25% de los países no disponen de los tres medicamentos más frecuentemente prescritos para tratar la esquizofrenia, la depresión y la epilepsia en el nivel de atención primaria. Al respecto, el informe contempla la posibilidad de exigir a las aseguradoras, tanto públicas como privadas, que incluyan determinados servicios de salud mental en el paquete básico ofrecido a todos los clientes.

A su vez, la Declaración de Alma Ata precisa que el suministro de medicamentos esenciales hace parte de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con la atención primaria en salud¹⁴⁹:

“VII. La atención primaria de salud. C. Incluye como mínimo: educación sobre los problemas sanitarios más prevalentes y los métodos para prevenirlos y controlarlos; promoción sobre el suministro de alimentación y de correcta nutrición; adecuado suministro de agua potable y saneamiento básico; asistencia materna e infantil, incluyendo la planificación familiar; inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; prevención y control de las enfermedades endémicas locales; apropiado tratamiento de las enfermedades comunes y los traumatismos, y **provisión de los medicamentos esenciales** (negrilla fuera de texto)”.

159

CAPÍTULO I

La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos sobre acceso a la medicación en el contexto de pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo¹⁵⁰,

“4. Insta asimismo a los Estados a que establezcan políticas, de conformidad con el derecho internacional aplicable, en particular los acuerdos internacionales a los que se hayan adherido, para promover:

- a) La disponibilidad en cantidades suficientes de los productos farmacéuticos y las tecnologías médicas utilizados para tratar pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo o las infecciones oportunistas más frecuentes que las acompañan;
- b) El acceso de todos sin discriminación, incluso de los sectores más vulnerables o socialmente menos favorecidos de la población, a esos productos farmacéuticos y esas tecnologías médicas y la asequibilidad económica de tales productos y tecnologías para todos, en particular para los grupos socialmente menos favorecidos, utilizados para tratar pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo o las infecciones oportunistas más frecuentes que las acompañan;

¹⁴⁹ El concepto de Atención Primaria en Salud que maneja esta Declaración, tiene fuertes implicaciones sociopolíticas. Destaca la necesidad de una **estrategia de salud integral** que no sólo abarque los servicios de salud, sino que afronte las causas sociales, económicas y políticas de la falta de salud. Además, dicha estrategia debe promover una distribución más justa de los recursos.

¹⁵⁰ Naciones Unidas. Documento E/CN.4/2003/L.33 del 11 de abril de 2003, adoptado por la Comisión de Derechos Humanos en su 59º período de sesiones.

c) La garantía de que los productos farmacéuticos o las tecnologías médicas utilizados para tratar pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo o las infecciones oportunistas más frecuentes que las acompañan, independientemente de su procedencia y país de origen, sean adecuados desde el punto de vista científico y médico y de buena calidad;

5. Insta a los Estados a que, en el plano nacional y sin discriminación alguna, de conformidad con el derecho internacional aplicable, incluidos los acuerdos internacionales a los que se hayan adherido:

a) Se abstengan de adoptar medidas que puedan negar o limitar el acceso de todos en igualdad de condiciones a los productos farmacéuticos o tecnologías médicas de prevención, cura o alivio, utilizados para tratar pandemias como las de VIH/SIDA, tuberculosis y paludismo, o las infecciones oportunistas más frecuentes que las acompañan;

b) Promulguen y apliquen leyes o adopten otras medidas, de conformidad con el derecho internacional aplicable, inclusive acuerdos internacionales a los que se hayan adherido, para proteger el acceso a estos productos farmacéuticos o tecnologías médicas de prevención, cura o alivio, contra toda limitación impuesta por terceros;

c) Adopten todas las medidas apropiadas, utilizando al máximo los recursos asignados a este fin, para promover el acceso efectivo a estos productos farmacéuticos o tecnologías médicas de prevención, cura o alivio; (...)"

3.1.5. Obligación de velar por la atención de la salud genésica¹⁵¹, materna (prenatal y postnatal) e infantil

Entre las obligaciones de cumplir a las que está comprometido el estado colombiano en relación con el derecho a la salud, se precisa que la infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad

¹⁵¹ "La salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de

segura, sobre todo en las zonas rurales¹⁵². Así mismo, es una obligación de proteger la de velar porque las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten el acceso a la atención anterior y posterior al parto ni la planificación de la familia¹⁵³.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refieren al tema en los siguientes términos:

“Artículo 12. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; (...)”

En este punto, es necesario retomar la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo¹⁵⁴. En relación con la salud genésica, el Programa de Acción incluye objetivos en relación con la educación, especialmente de las niñas, y con el logro de una mayor reducción de los niveles de mortalidad infantil y materno-infantil. También se abordan cuestiones relacionadas con la población, el medio ambiente y las modalidades de consumo; la familia; la migración interna e internacional; la prevención y la lucha contra la pandemia del VIH/SIDA; la información, la educación y la comunicación, y la tecnología, la investigación y el desarrollo.

3.1.6. Obligación de velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud

La Observación General 14 (párr. 35) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla, entre las obligaciones de proteger, la obligación de velar porque

acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, nota 12.

¹⁵² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, párr. 36.

¹⁵³ *Ibid*, párr. 35.

¹⁵⁴ Capítulos VI, VII y VIII.

los procesos de privatización en el sector salud no afecten la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la salud.

Por su parte, La Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁵⁵, ha manifestado su preocupación por el hecho de que “cada vez se da más el caso de que los Estados renuncian a cumplir (sus) obligaciones, ya que transfieren a organismos privados funciones estatales en materia de salud”. De allí que se insista en que los Estados no pueden eximirse de sus responsabilidades mediante una delegación o transferencia de facultades a organismos del sector privado.

162

CAPÍTULO I

3.2. OBLIGACIONES DE DISPONIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO

En este aparte se analizan aquellas **obligaciones de cumplir** relacionadas con disponibilidad que no hacen alusión directa a los niveles esenciales de la salud. Por este motivo, su cumplimiento se subordina a los recursos con los que cuenta el Estado para su realización. Sin embargo, en relación con estas obligaciones, es exigible su desarrollo progresivo y se aplica la prohibición de regresividad.

3.2.1. Obligación de contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud distribuidos equitativamente

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General 14, párrs. 12 y 36) afirma que cada Estado Parte deberá contar con un número **suficiente** de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud, de centros de atención de la salud y de programas sanitarios. Con todo, la naturaleza de estos establecimientos, bienes y servicios dependerá de factores tales como el nivel de desarrollo del Estado Parte.

¹⁵⁵ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1. Párr. 17.

3.2.2. Obligación de contar con suficiente personal de la salud

Como lo destaca el Informe Preliminar del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho de Toda Persona al Disfrute del Más Alto Nivel Posible de Salud Física y Mental¹⁵⁶, el personal de la salud desempeña un papel indispensable en la promoción y protección del derecho a la salud. El Relator destaca que las condiciones deficientes de empleo afectan la disponibilidad suficiente de personal de la salud. Estas condiciones son la principal causa del “éxodo de cerebros”; es decir, la migración de profesionales médicos, sobre todo del Sur al Norte, pero también de las zonas rurales a los medios urbanos en los distintos países. Ello genera escasez de profesionales de la salud, falta de compensación y disminución de la atención médica. Además, señala el Relator Especial, las malas condiciones de trabajo propician otros problemas, entre los cuales cabe destacar el hecho de que los profesionales médicos más capacitados trabajan para el sector privado en condiciones más favorables y, por ello, abandonan los sistemas de salud pública. Esta situación afecta la disponibilidad de la oferta pública.

3.2.3. Obligación de prestar asistencia y cooperación internacional, en especial económica y técnica

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 38), existen obligaciones que los Estados deben asumir en relación con los demás Estados en el marco de la acción colectiva de la comunidad internacional. Ello implica que los Estados tienen como obligación reconocer el papel fundamental de la cooperación internacional y cumplir su compromiso de adoptar medidas conjuntas o individuales para dar plena efectividad al derecho a la salud.

Entre estas obligaciones de cooperación internacional cabe destacar las siguientes:

- Respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países e impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre esos

¹⁵⁶ Naciones Unidas, **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos**. 13 de febrero de 2003, Documento E/CN.4/2003/58, párr. 95-98.

terceros por medios legales o políticos, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable.

- Velar porque en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho a la salud y, con tal fin, los Estados deben considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos legales.

- Adoptar medidas para que los acuerdos internacionales que concerten los Estados no afecten adversamente el derecho a la salud.

- Velar porque las acciones de los Estados, en cuanto miembros de organizaciones internacionales, tengan debidamente en cuenta el derecho a la salud.

- Los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, particularmente del Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, deben prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud influyendo en las políticas y acuerdos crediticios y las medidas internacionales adoptadas por esas instituciones¹⁵⁷.

- Obligación individual y solidaria de cooperar en la prestación de ayuda en casos de desastre y de asistencia humanitaria en situaciones de emergencia, incluida la prestación de asistencia a refugiados y desplazados dentro del país. Los Estados deben contribuir a esta misión hasta el máximo de su capacidad, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables o marginados de la población.

¹⁵⁷ Al dar cuenta de las obligaciones de actores que no sean estados partes del Pacto, el Comité (Observación General 14, párr. 64) destaca que organismos como la Organización Mundial de la Salud, la Organización Internacional del Trabajo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la UNICEF, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, el Banco Mundial, los bancos regionales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y otros órganos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas deberán cooperar eficazmente con los Estados Partes, aprovechando sus respectivos conocimientos especializados y respetando debidamente sus distintos mandatos, para dar efectividad al derecho a la salud en el plano nacional. En particular, las instituciones financieras internacionales, especialmente el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, deberán prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud en sus políticas de concesión de préstamos, acuerdos crediticios y programas de ajuste estructural.

- Colaborar solidariamente –como comunidad internacional- en el esfuerzo por solucionar enfermedades que son fácilmente transmisibles más allá de las fronteras de un Estado. Los Estados Partes económicamente desarrollados tienen una responsabilidad y un interés especiales en ayudar a los Estados más pobres.
- Abstenerse en todo momento de imponer embargos o medidas análogas que restrinjan el suministro a otro Estado de medicamentos y equipo médico adecuados.

CAPÍTULO II.

EL ACCESO A LA SALUD

Al presentar la accesibilidad como elemento esencial del derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 12), expresa:

“b) *Accesibilidad*. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación (...) ii) Accesibilidad física (...) iii) Accesibilidad económica (asequibilidad) (...) y iv) Acceso a la información (...)”.

El Estado colombiano tiene la obligación de garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean accesibles a todos. Aunque se ofrezcan avances en la infraestructura sanitaria y se mejoren las condiciones de oferta, ello no implica mayor progreso si la mayoría de la población encuentra dificultades para disfrutar de los servicios en salud.

La ley y la jurisprudencia han dotado de un contenido específico al derecho de acceso, en cuanto se han establecido condiciones y requisitos para acceder a los servicios. Como se verá en los siguientes apartes, los grupos poblacionales vulnerables y los sujetos de especial protección constitucional revisten de particular interés al analizar el acceso a los servicios de salud, ya que existe una gran preocupación respecto a los diversos obstáculos que pueden encontrar para satisfacer sus necesidades básicas en salud.

El presente análisis sobre el derecho de acceso toma como referente la Constitución y la jurisprudencia constitucional y luego se concentra en el derecho a la salud de los sujetos de especial protección. Finalmente, se analizan las obligaciones generales del

Estado relativas al acceso sin discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información.

1. El derecho de acceso a los servicios de salud

La Carta Política consagra expresamente la obligación de garantizar el acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud:

“Artículo 49. La atención de 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 (...).

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Artículo 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

Artículo 64. Es deber del Estado promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos”.

El Sistema de Seguridad Social en Salud (Ley 100 de 1993 y normatividad complementaria) ofrece dos regímenes diferentes para garantizar el acceso a los servicios de salud: (1) el régimen contributivo, al cual pertenecen las personas vinculadas laboralmente tanto al sector público como al privado y sus familias, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago; y (2) el régimen subsidiado, al cual se afilia la población más pobre del país sin capacidad de pago para acceder al régimen contributivo. A su vez, la legislación contempla la existencia de participantes vinculados, los cuales no pertenecen a ninguno de los regímenes precitados pero a quienes se les debe ofrecer los servicios atendiendo a la gravedad y urgencia de sus necesidades. Esta última posibilidad es temporal, hasta tanto los regímenes contributivo y subsidiado alcancen cobertura universal.

En directa relación con el derecho de acceso, la Ley 100 de 1993 contempla entre sus principios rectores los de **universalidad** y **equidad**. De conformidad con estos principios, el Estado debe amparar el derecho a la salud de todas las personas sin discriminación ni restricciones irrazonables¹. Además, el sistema debe proveer gradualmente servicios de salud de igual calidad a todos los habitantes de Colombia, independientemente de su capacidad de pago. Para evitar la discriminación por capacidad de pago o riesgo, el sistema ofrece financiamiento especial para aquella población más pobre y vulnerable, a través del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud. A continuación se analizan algunas subreglas que la jurisprudencia constitucional ha establecido en torno del acceso a los servicios de salud.

I.I. DERECHO DE ACCESO AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD A TRAVÉS DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO

El régimen subsidiado es el conjunto de normas que rigen la vinculación al sistema a través de una cotización subsidiada, total o parcialmente, con recursos fiscales o de solidaridad. A este régimen deben ser afiliadas aquellas personas sin capacidad de pago, de tal forma que sea posible cubrir el monto total de las cotizaciones a su cargo. Con este mecanismo, el Estado pretende favorecer el ingreso al sistema de las personas con escasos recursos y en una situación de vulnerabilidad. Dentro de esta población tienen particular importancia las madres durante el embarazo, parto, postparto y lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los artistas y deportistas, los trabajadores y profesionales independientes, los toreros y sus subalternos, los periodistas independientes, los maestros de obra de construcción, los albañiles, los taxistas, los electricistas, los desempleados y las demás personas sin capacidad de pago (Ley 100 de 1993, art. 157).

¹ Al respecto, veáse la sentencia T-730 de 1999. Esta sentencia destacó que, como desarrollo del principio de universalidad, el objetivo del Sistema es ampliar la cobertura y no restringirla. Por ello, es obligatorio que los empleadores incluyan a sus trabajadores en el sistema y que el Estado no expulse del mismo a ninguna persona, salvo que haya razón legal para ello y previo un procedimiento que respete el debido proceso.

La atención médica requerida por los vinculados al régimen subsidiado es prestada por las empresas administradoras del régimen subsidiado (ARS), las cuales pueden ser Empresas Promotoras de Salud, Empresas Solidarias de Salud y Cajas de Compensación Familiar. Las ARS están obligadas a suministrar los beneficios del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS). Cuando el servicio de salud requerido se encuentra excluido del POSS, la atención a los vinculados al régimen subsidiado debe efectuarse por los hospitales públicos o aquellos privados que tengan contrato con el Estado, de acuerdo con su capacidad de oferta (Decreto 806 de 1998, arts. 31 y 33).

Para ser beneficiario de este régimen, una persona debe estar clasificada en los niveles I y II del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN). El SISBEN es un conjunto de reglas, normas y procedimientos que permite obtener información socioeconómica acerca de los sectores más vulnerables de la población. Este sistema permite el manejo integrado de los tres mecanismos principales de focalización del gasto social: la focalización geográfica, la focalización individual y la focalización por programas. La clasificación se efectúa con base en las entrevistas que el SISBEN diseña y realiza con las familias de los estratos más bajos en las áreas rural y urbana. A continuación se analiza la jurisprudencia constitucional en torno al acceso al régimen subsidiado a través del SISBEN (1.1.1) y respecto a la atención en salud que no está cobijada por el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado –POS-S- (1.1.2).

1.1.1. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho de acceso al régimen subsidiado a través del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN)

El acceso a través del régimen subsidiado tiene como trasfondo el dilema propio de la distribución de bienes escasos. La situación de pobreza que vive Colombia hace que los recursos disponibles para la asistencia social sean insuficientes para atender a toda la población económicamente desfavorecida y, por ello, la inversión de los recursos públicos debe concentrarse en la población más necesitada. Como se analiza en los siguientes párrafos, los principales problemas sobre los que la jurisprudencia se ha pronunciado en torno al acceso al régimen subsidiado se concentran en las dificultades para realizar las entrevistas, las deficiencias en las mismas y el prolongado lapso de tiempo transcurrido después de la entrevista sin que se haga efectivo el acceso a los servicios. En algunos ca-

sos, se ha ordenado que los enfermos graves o algunos sujetos de especial protección sean vinculados inmediatamente al régimen subsidiado. En otros eventos, se ha ordenado que el SISBEN agilice la encuesta y/o la inclusión del afectado en la lista de candidatos que esperan su afiliación.

1.1.1.1. Derecho a la reclasificación en el SISBEN conforme a datos reales. Las situaciones de vulnerabilidad, como el estado de embarazo, y las circunstancias de debilidad manifiesta, deben ser tenidas en cuenta como elementos relevantes para focalizar los beneficios del régimen subsidiado

Una mujer embarazada fue clasificada en el nivel III del SISBEN, lo cual le impedía el acceso al régimen subsidiado. Sin embargo, interpuso una acción de tutela con el objeto de ser clasificada en un nivel más bajo, por cuanto la falta de atención médica ponía en peligro su salud y la de su hijo por nacer. Precisó entonces que al momento de ser realizada la encuesta, ella se encontraba temporalmente en la residencia de un familiar, razón por la cual no se tuvo en cuenta que ella vivía con sus padres (clasificados en estrato II) y se encontraba desempleada. Para la entidad accionada, la clasificación fue el producto de los datos que la señora aceptó como ciertos en la encuesta. Así mismo, el estado de embarazo no se incluyó como factor relevante para determinar la clasificación de la señora.

La Corte Constitucional concedió la tutela, pero sólo en el sentido de ordenar a la entidad encargada realizar una nueva entrevista para actualizar los datos de la encuesta. Adicionalmente, ordenó al Gobierno Nacional y al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud incluir dentro de los criterios relevantes para la selección de los beneficiarios del régimen subsidiado el estado de embarazo de las personas encuestadas. En opinión de la Corte, los recursos destinados a la prestación de servicios sociales escasos deben ajustarse a procesos de asignación objetivos, públicos y transparentes, diseñados por el legislador y la administración, de tal forma que garanticen el acceso en igualdad de condiciones a las personas de escasos recursos económicos. En palabras del alto tribunal:

“La realización del principio de igualdad en la asignación de recursos escasos consiste en garantizar, a los posibles beneficiarios, el acceso, en condiciones de igualdad, a los procedimientos por medio de los cuales las instituciones distribuyen esos recursos. Si bien la elección de los principios y procedimientos

particulares de distribución que cada entidad establece - con base en la ley - forman parte de su autonomía operativa, éstos no pueden contrariar los parámetros que se derivan de los principios y valores constitucionales: todos los posibles beneficiarios deben tener iguales oportunidades de acceso; el procedimiento no puede favorecer ningún grupo de beneficiarios en particular; los mecanismos de selección no pueden conducir a discriminaciones contrarias a la Carta, etc. En este orden de ideas, por lo menos en las dos situaciones siguientes, es innegable la dimensión constitucional de la controversia: (1) cuando el procedimiento es constitucionalmente adecuado, pero alguna de sus etapas o requisitos se violan o pretermiten y esto determina que un beneficiario sea excluido del subsidio, al cual habría accedido si el procedimiento se hubiera cumplido a cabalidad; (2) el procedimiento se observa, no obstante su diseño contraría las normas constitucionales, por ejemplo, se descubre que los mecanismos aplicados implican una exclusión sistemática de personas caracterizadas por algún factor relacionado con la raza, el sexo o la edad”².

De otro lado, la Corte consideró que las encuestas socioeconómicas deben realizarse en el lugar de residencia de las personas para confirmar sus condiciones económicas. No es razonable que a una persona se le realice la encuesta teniendo en cuenta las condiciones habitacionales del lugar en el que sólo se encuentra transitoriamente. Adicionalmente, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias vigentes sobre la materia, las personas tienen **derecho a actualizar la información que se recopila en las encuestas socioeconómicas para su clasificación** en el SISBEN. Esta actualización, cuando corresponda, debe ordenarse con el fin de evitar la vulneración de los derechos fundamentales de los encuestados. De otra parte, la omisión consistente en no evaluar dentro de las encuestas la situación de embarazo como criterio relevante para acceder al beneficio, atenta contra la especial protección constitucional para las mujeres en dicho estado³.

² Sentencia T-499 de 1995, relacionada con el acceso a subsidios ofrecidos por la Red de Solidaridad Social. Esta doctrina constitucional fue reiterada en la sentencia T-1083 de 2000 (caso de una mujer soltera, embarazada y desempleada que fue excluida del SISBEN debido a que se tuvo en cuenta sólo la información recaudada en un lugar de habitación en el que se encontraba de paso). En este fallo, la Corte Constitucional consideró que se vulneraban diversos derechos fundamentales debido a las inconsistencias que se presentan en el diseño de las encuestas y el procedimiento de recolección de datos que hacen posible el acceso al SISBEN.

³ Además del estado de embarazo, la Corte Constitucional ha considerado que otras circunstancias de debilidad manifiesta, como la infección por VIH/SIDA, deben ser tenidas en cuenta como criterio de acceso al SISBEN. En la sentencia T-185 de 2000, el alto tribunal ordenó a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que efectuara la encuesta socioeconómica del SISBEN a un enfermo de SIDA que la demandó en acción de

1.1.1.2. El derecho al *habeas data* resulta vulnerado cuando la administración es negligente en la recolección de datos para la clasificación en el SISBEN

Una madre cabeza de familia, con cinco hijas a cargo y escasos recursos económicos, interpuso una acción de tutela contra la alcaldía del municipio donde residía, puesto que no se le había expedido ninguna certificación que la acreditara como beneficiaria del régimen subsidiado. La actora llevaba más de cuatro años adelantando solicitudes verbales y hacía mucho tiempo que le había sido efectuada la encuesta socioeconómica. La entidad accionada afirmaba no contar con registro alguno de la actora.

La Corte Constitucional consideró que existe violación de los derechos de petición, igualdad y *habeas data* cuando, a pesar de las reiteradas solicitudes de las personas para conocer, actualizar, rectificar e incorporar informaciones en el banco de datos del SISBEN, la autoridad no actúa para recopilar los datos necesarios que permitan identificar a una persona como beneficiaria del régimen subsidiado⁴. En consecuencia, ordenó la inclusión de la información relativa a la actora en el banco de datos del SISBEN, previa realización de la encuesta socioeconómica y, además, dispuso que se informara a la accionante si, de acuerdo con el resultado obtenido, tenía derecho a gozar de los beneficios del régimen subsidiado.

La Corte destacó que la inexistencia de reglas sobre el acceso, conocimiento, rectificación y actualización del banco de datos que opera el SISBEN vulnera el derecho al *habeas data*. Por esta razón, y aunque la competencia correspondiente es del legislador, en esta sentencia se dispuso que el Departamento Nacional de Planeación diseñara

tutela. Adicionalmente, ordenó que se incluyera esta información dentro del banco de datos de ese sistema y se informara al peticionario si, de acuerdo con el resultado obtenido, tenía derecho a beneficiarse del régimen subsidiado de salud. A la persona se le habían suspendido los servicios médicos que venía recibiendo como beneficiario de este régimen, debido a que sus datos no estaban registrados dentro del sistema, aún a pesar de que fue objeto de encuesta socioeconómica que lo calificó en el nivel uno, lo que lo hacía merecedor de atención médica gratuita. Se amparó el derecho del enfermo porque, según la sentencia, el sistema presentaba fallas y deficiencias en la detección de las personas que, sin tener capacidad de pago y estando en condiciones apremiantes, se ven excluidas del servicio por no ser clasificadas en el nivel 1 y 2 del SISBEN. Además, la Corte encontró que el derecho al *habeas data* aditivo había sido vulnerado, toda vez que la entidad encargada del registro no tenía certeza de la clasificación de la persona, puesto que su información no aparecía en el banco de datos. Esto evidenciaba la incapacidad del sistema para detectar y definir el grupo poblacional que debe ser beneficiado por el sistema subsidiado de salud. Lo anterior fue reiterado en la sentencia T-1210 de 2001.

⁴ Sentencia T-307 de 1999.

un instructivo nacional para garantizar el derecho de todas las personas a insertar, conocer, actualizar y rectificar las informaciones que les conciernen y que se encuentren o puedan encontrarse en el banco de datos del SISBEN, así como para asegurar que en la recolección, tratamiento y circulación de tales datos se respeten la libertad, la igualdad, la publicidad y, en general, las demás garantías consagradas en la Constitución.

1.1.1.3. Deber de las autoridades encargadas del SISBEN de comunicar a los beneficiarios los cambios que se presentan en la clasificación en categorías y en la prestación de los servicios de salud

La Corte Constitucional definió como vulneración del debido proceso la suspensión de los servicios médicos prestados a una señora, beneficiaria del régimen subsidiado de seguridad social en salud que padecía de artritis crónica degenerativa,. La decisión fue tomada tras la revisión de la atención en salud que se venía prestando en el municipio, a partir de la cual se estableció que la señora debía ser clasificada en el nivel tres de atención y, por ello, sólo tenía el derecho de acceder a una parte del tratamiento y no a la integridad del mismo. Para el alto tribunal, cuando se realicen procesos de revisión de los niveles del SISBEN en que se encuentran situadas las personas y se ajusten las prestaciones que deben proporcionarse a cada una de las categorías, con el fin de focalizar la atención en las personas de menores recursos, la autoridad está obligada a informar de los cambios a los afectados, para proteger sus derechos de defensa y participación. Para ello, debe realizar una nueva encuesta socioeconómica que permita determinar de manera objetiva quienes deben ser los nuevos beneficiarios del sistema. Bajo estos presupuestos, la Corte ordenó que se restableciera la prestación del servicio de salud a la demandante y, sólo cuando fuera imperioso modificar dicha atención para adjudicar de manera equitativa los recursos disponibles, se revisara la situación socioeconómica de los beneficiarios del SISBEN en ese municipio⁵.

⁵ Sentencia T-003 de 2000.

1.1.1.4. En situaciones de urgencia que ponen en riesgo la vida de las personas, deben agilizarse los trámites administrativos necesarios para acceder a los servicios médicos del régimen subsidiado de salud

La Corte Constitucional ordenó la carnetización inmediata de una persona que requería de atención médica urgente, como consecuencia de una agresión física que puso en riesgo su vida. El ciudadano había sido encuestado por el SISBEN y clasificado en el primer nivel, sin que se le hubiera suministrado el carné correspondiente por carencia de cupos autorizados para la región. El carné era necesario para darle traslado a otra ciudad y practicarle la intervención quirúrgica necesaria para mantenerlo con vida. La Corte consideró que si bien las entidades municipales deben ajustarse a las prescripciones legales y reglamentarias en materia de número y cupos para expedir el carné del SISBEN, la protección urgente de la vida exige que se de un trámite inmediato a la expedición del carné para que las personas tengan acceso a los servicios médicos correspondientes⁶.

1.1.1.5. El carné de afiliado al SISBEN no es el que otorga el derecho a la atención médica en casos donde se configura la situación de hecho generadora de derechos

A una mujer le fueron detectados dos tumores en el cráneo, para cuyo tratamiento debía someterse a una delicada operación. Aunque se encontraba vinculada al SISBEN a través de la encuesta correspondiente, no había sido carnetizada. Por esta razón, le fue negada la intervención quirúrgica. Al ordenar la realización de la operación, la Corte Constitucional insistió en que el carné de afiliado al SISBEN no es el que otorga el derecho a los servicios de salud. En efecto, si bien deben agotarse las etapas administrativas necesarias para la carnetización, una declaración de un funcionario público o privado no es necesaria para proteger un derecho fundamental. Lo anterior significa que la inclusión de una persona en un registro constituye una prueba, mas no es requisito indispensable para la atención si está de por medio la violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida⁷.

⁶ Sentencia T-723 de 2000.

⁷ Sentencia T-961 de 2001. En esta sentencia, la Corte retomó su doctrina sobre situaciones de hecho generadoras de derechos. Las situaciones de hecho llamadas a generar derechos no necesitan, como requisito indispensable, de la declaración de una entidad para configurarse. Cuestión diferente es la existencia de procedimientos para registrar una información que permite el acceso a determinados servicios.

El alto tribunal también destacó la **confianza legítima** con que cuenta quien ingresa al SISBEN como *potencial beneficiario*. Al respecto, se retomó un fallo donde se concedió una tutela y se ordenó practicar una cirugía pese a que ni siquiera se había iniciado la tramitación para ingresar al SISBEN⁸. Sobre este particular, se consideró inadmisibles que la ineficiencia institucional, la desidia o el aplazamiento voluntario del servicio por parte de una entidad se convirtieran en el mecanismo para desconocer los derechos fundamentales de afiliados y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud. En conclusión, una persona que ya está vinculada, así se le diga que es potencialmente beneficiaria, tiene derecho a que a través del SISBEN sea posible su atención médica. El tratamiento iniciado no puede suspenderse, puesto que ello también atentaría contra la buena fe del beneficiario o potencial beneficiario (*supra* Capítulo I, 1.5.5).

1.1.2. Jurisprudencia constitucional sobre la atención en salud que no está cobijada por el Plan Obligatorio de Salud del régimen subsidiado –POS-S-

Una de las diferencias entre el régimen contributivo y el régimen subsidiado se relaciona con la prestación de los servicios que no se encuentran en el plan obligatorio de salud que corresponde a cada régimen. En efecto, los servicios de mayor complejidad (enfermedades catastróficas, por ejemplo) no son prestados por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS) sino por el Estado, mientras que en el régimen contributivo las EPS están en la obligación de garantizar dicha atención con la posibilidad de repetir contra el Fosyga. En el régimen subsidiado, las ARS tienen la obligación de informar y acompañar a quienes requieran de la atención no contemplada en el POS-S (*infra* Capítulo II, 3.1.6.2). Sin embargo, y frente al caso de los niños, éstos deben recibir la misma protección en ambos regímenes⁹. A continuación se presentan algunos criterios jurisprudenciales en torno a este punto.

⁸ Sentencia T-387 de 2001.

⁹ Sentencia T-972 de 2001. En esta sentencia la Corte afirma que “cuando un menor afiliado al régimen subsidiado de salud, que cumpla todos los requisitos para exigir una protección, padezca una grave patología para la cual se necesite, en forma oportuna, de un tratamiento no contemplado en el POS-S, ordenado por los médicos tratantes, tiene derecho a que la EPS a la cual está afiliado financie el tratamiento requerido, quedando dicha entidad facultada para repetir contra el Fosyga”.

1.1.2.1. Cuando se necesite un servicio de salud que se encuentra excluido del POSS, la correspondiente atención debe efectuarse por los hospitales públicos o aquellos privados que tengan contrato con el Estado de acuerdo con su capacidad de oferta. Por lo tanto, los servicios excluidos del POSS no obligan a la ARS

Un afiliado al régimen subsidiado sufrió un asalto que le produjo lesiones cerebrales que requerían intervención quirúrgica. Los médicos del hospital departamental correspondiente consideraron que ese centro no estaba en capacidad logística de atender la dolencia del actor. Por este motivo, el actor fue trasladado a un hospital de carácter privado, donde se le diagnosticó la urgencia de una cirugía encefálica. No obstante, el centro médico privado se negó a autorizar la intervención quirúrgica, puesto que no había suscrito un contrato de prestación de servicios con el departamento, entidad encargada de la atención en salud del actor.

La Corte Constitucional consideró que el actor podía exigir la protección de su derecho a la vida por vía de tutela, en cuanto la negativa de practicar la cirugía de cerebro afectaba su derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida. Sin embargo, el hospital privado demandado no era la institución que debía asumir la carga. Se determinó que la atención médica debía ser asumida en forma directa por la secretaría de salud o el servicio de salud del departamento, desde donde se debía remitir al paciente al centro hospitalario que estuviera en capacidad de atenderlo eficazmente. Por tanto, es deber de la ARS informar al actor qué instituciones públicas o privadas que tengan contrato con el Estado tienen capacidad para prestar el servicio médico que necesita¹⁰.

1.2. DERECHO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD COMO PARTICIPANTE VINCULADO

Los participantes vinculados son aquellas personas que, por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, tienen derecho a recibir los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. Esta forma de acceso es transitoria, motivo

¹⁰ Sentencia T-1331 de 2000, reiterada en la sentencia T-1096 de 2002, entre otras. Este criterio jurisprudencial se inicia en la sentencia T-478 de 1995.

por el cual, el artículo 157 de la Ley 100 establece que, a partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en los cuales progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el POS. A continuación se hace referencia a algunos criterios jurisprudenciales sobre este tema.

1.2.1. Los departamentos están obligados a garantizar el acceso al servicio de salud de quienes no se encuentran ni en el régimen contributivo ni en el subsidiado

El artículo 33 del Decreto 806 de 1998 determina que las personas vinculadas al sistema “tendrán acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, de conformidad con la capacidad de oferta de estas instituciones y de acuerdo con las normas sobre cuotas de recuperación vigentes”. Así mismo, el artículo 49 del Acuerdo N° 77 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad en Salud reitera lo anterior en los siguientes términos:

“Las personas, sin capacidad de pago, que no hayan podido afiliarse al régimen subsidiado por disponibilidad de recursos para subsidios a la demanda, deberán ser atendidas, en calidad de vinculados, en las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas o Empresas Sociales del Estado o IPS privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto, con cargo a los recursos del subsidio a la oferta”.

A este respecto, la Corte Constitucional ha precisado:

“Una persona que requiera indispensablemente atención médica y el acceso a ella esté garantizado por una entidad territorial, tiene el derecho a: (i) recibir de ésta información sobre el servicio de salud, los beneficios con que cuenta y lo que debe hacer para recibir la atención que requiera; (ii) a que ésta le indique específicamente la institución encargada de prestarle el servicio y (iii) a que le acompañe en el proceso que culmine con la atención, de tal forma que se le garantice el goce efectivo de sus derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y a acceder a los servicios de salud”¹¹.

¹¹ Sentencia T-053 de 2002.

Vale la pena aclarar que los participantes vinculantes no constituyen un tercer régimen de acceso al sistema. Tan sólo constituyen “sujetos protegidos” temporalmente, que pueden acceder a los servicios de salud sin que se encuentren afiliados a alguno de los dos regímenes establecidos¹².

1.2.2. Las personas que ya están incluidas en el SISBEN como “personas vinculadas”, aún sin la designación de una ARS, tienen acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas que estén en condiciones de subsidiar los servicios de salud que requieren y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, mientras logran su afiliación al régimen subsidiado

182

CAPÍTULO 2

Una señora interpuso acción de tutela contra la Secretaría de Salud Departamental por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud y a una vida digna. La accionante, quien requería ser tratada por una enfermedad muy grave, estaba registrada en el SISBEN pero no había sido afiliada a una ARS. El juzgado de instancia negó la tutela al considerar que no se demostró la vulneración de derechos fundamentales, bajo el argumento de que no era la Secretaría de Salud Departamental la entidad encargada de gestionar la vinculación de personas a las ARS. La Corte Constitucional aclaró que las personas vinculadas tienen acceso a los servicios de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado, entre las cuales se encuentran las Instituciones Prestadoras de Salud IPS, mientras logran su afiliación al régimen subsidiado¹³. En este sentido, aun cuando la asignación de una ARS está sometida a procedimientos administrativos que no pueden ser desconocidos, si la persona ya se encuentra dentro del SISBEN como participante vinculado, puede exigir, aún sin la asignación de una ARS, la prestación de los servicios de salud a las entidades públicas que están en condiciones de subsidiar los servicios de salud que requiera¹⁴. Además, el tratamiento iniciado no puede ser interrumpido, porque esto atentaría contra la buena fe del beneficiario o potencial beneficiario¹⁵.

¹² Sentencia C-130 de 2002.

¹³ Sentencia T-841 de 2002. Con todo, la tutela fue negada porque no se demostró que la demandada hubiera vulnerado algún derecho ni que la demandante hubiera pedido alguna información sobre su situación.

¹⁴ Sentencias T-1208 de 2001, T-143 de 2002 y T-272 de 2002.

¹⁵ Sentencia T-961 de 2001.

2. Sujetos de Especial Protección Constitucional y Derecho de Acceso a la salud

La Constitución y los tratados internacionales protegen de manera especial el derecho a la salud de ciertos sujetos que, en razón de una herencia histórica discriminatoria o de sus condiciones de debilidad manifiesta, ven seriamente limitado su derecho de acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud. Al respecto, el párrafo 10 de la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos relativa a la no discriminación¹⁶, precisa que el principio de igualdad exige la adopción de disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este sentido, el Estado tiene la obligación de restablecer las condiciones de igualdad de grupos o personas que se encuentren en situaciones desfavorables como resultado de circunstancias de debilidad o discriminación. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que el principio de igualdad y no discriminación es *jus cogens* puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Por ello, es un principio imperativo del derecho internacional general¹⁷.

En este apartado se analizan ciertas medidas de acción afirmativa en salud. Sobre este tipo de medidas, la Corte Constitucional ha manifestado:

“Con la expresión acciones afirmativas se designan políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un

¹⁶ Aprobada en el 37° periodo de sesiones, 1989.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18 de 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, septiembre 17 de 2003, párr. 101. En palabras de la Corte Interamericana “(h)oy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”.

grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación. Los subsidios en los servicios públicos, las becas y ayudas financieras para estudiantes con recursos escasos o el apoyo económico a pequeños productores, son acciones afirmativas. Pero también lo son, aquellas medidas que ordinariamente se denominan de discriminación inversa o positiva, y que se diferencian de las otras citadas por dos razones: 1) porque toman en consideración aspectos como el sexo o la raza, que son considerados como criterios sospechosos o potencialmente prohibidos, y 2) porque la discriminación inversa se produce en una situación de especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras”¹⁸.

Esta sección se concentra en el derecho de acceso a la salud de algunos sujetos de especial protección constitucional. Se analiza (2.1) el derecho a la atención preferente y especializada de las niñas, niños y personas con pronóstico no favorable de curación, (2.2) el acceso a la salud sexual y reproductiva de la mujer, (2.3) el derecho de acceso a la salud de las minorías étnicas, (2.4) el derecho de acceso a la salud de los adultos mayores, (2.5.) el derecho de acceso a la salud de las personas en situación de discapacidad (2.6) el derecho de acceso a la salud de los enfermos de SIDA, (2.7) el derecho de acceso a la salud de las minorías sexuales, (2.8) el derecho de acceso a la salud de las personas privadas de la libertad, (2.9) el derecho de acceso a la salud de las personas en situación de desplazamiento forzoso, (2.10) el derecho de acceso a la salud de las personas en situación de indigencia, (2.11) el derecho de acceso a la salud de los trabajadores migratorios, y (2.12) el derecho de acceso a la salud de los refugiados y apátridas.

2.1. DERECHO A LA ATENCIÓN PREFERENTE Y ESPECIALIZADA DE NIÑAS, NIÑOS Y MAYORES DE EDAD CON PRONÓSTICO NO FAVORABLE DE CURACIÓN

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en manifestar que no es admisible constitucionalmente la suspensión de la atención médica de los menores de edad con pronóstico no favorable de curación. Muchos de los casos relacionados con menores de edad con pronóstico no favorable de curación se relacionan con la suspensión o terminación abrupta de programas de rehabilitación integral a menores afectados con parálisis cerebral.

¹⁸ Sentencia C-371 de 2000.

En 1993, la jurisprudencia de la Corte Constitucional le dio prevalencia a la normatividad que no comprometía a las EPS con la atención de este tipo de casos¹⁹. En 1994, esta jurisprudencia cambió radicalmente a partir de una lectura amplia del concepto “curación”. En efecto, el alto tribunal precisó que el vocablo “curación” significa, además del restablecimiento de la salud, el conjunto de procedimientos para tratar una enfermedad o afección²⁰. Así mismo, no es posible excluir de protección en salud en los casos donde, pese a la falta de certidumbre sobre el total y pleno restablecimiento de la salud del paciente, éste puede mejorar de manera apreciable gracias al tratamiento y al suministro de la droga que necesita²¹.

A partir de 1995, la jurisprudencia constitucional ha insistido vigorosamente en la atención médica integral, preferente y especializada que es exigible por parte de los enfermos con pronóstico no favorable de curación. La Corte Constitucional²² reiteró la noción amplia de curación y resaltó la vigencia del artículo 163 de la ley 100 de 1993 y los artículos 11 y 15 del Decreto 1938 de 1994, donde se establece la **cobertura familiar**

¹⁹ Sentencia T-200 de 1993 (caso de un menor de edad afectado por parálisis cerebral a quien el Seguro Social le suspendió el tratamiento de rehabilitación que venía recibiendo). Aunque la Corte ordenó la atención del menor –a cargo de instituciones del Estado–, señaló que el Seguro no tenía la obligación de prestar el servicio. Tal conclusión tenía como base jurídica el artículo 26 del Decreto 770 de 1975, el cual señala que el Seguro Social se encargará de los servicios de rehabilitación de los hijos de los asegurados bajo la condición de que exista pronóstico favorable de curación. Como se analiza a continuación, esta jurisprudencia fue modificada.

²⁰ Sentencia T-067 de 1994 (caso de un menor de edad que padecía de “defectos neurológicos” producidos por una lesión paraencefálica. El Seguro Social le negaba al niño la continuación del tratamiento integral que requería, con fundamento en el artículo 26 del Decreto 770 de 1975). Cabe anotar que, en este caso, el tratamiento había generado progresos evidentes en la condición del menor, situación que hacía inadmisibles su interrupción. En la sentencia T-068 de 1994 (caso de una niña que necesitaba que el Seguro Social continuara con el tratamiento que requería su afección endocrinológica) la Corte precisó que el mencionado artículo no se podía aplicar en detrimento del derecho fundamental a la salud y a la calidad de vida de los menores de edad.

²¹ Sentencias T-067 de 1994, T-204 de 1994, T-430 de 1994, T-432 de 1992 y T-001 de 1995. En esta última se señala que el genuino alcance del término “curación” “no necesariamente implica erradicación total de los padecimientos, sino que involucra las posibilidades de mejoría para el paciente, así como los cuidados indispensables para impedir que su salud se deteriore o disminuya de manera ostensible, afectando su calidad de vida”. Además, se resalta que el Decreto 770 de 1975 había dejado de regir con la expedición de la Ley 100 de 1993.

²² Sentencia T-020 de 1995 (tutela en nombre de 234 niños que padecían diferentes enfermedades “incurables” tales como Síndrome de Down, hidrocefalia, parálisis cerebral y otras dolencias frente a las cuales el Seguro Social se negó a prorrogar la atención médica en razón del pronóstico no favorable de curación).

en servicios de salud. Estas normas incluyen como beneficiarios de los servicios de salud a los hijos de los afiliados que sean menores de 18 años y a los mayores de edad que padezcan de incapacidad. Además, la normatividad impone el deber de atención a los menores que sufren de una enfermedad incurable, cuando menos con el fin de brindarles soporte psicológico, terapia paliativa para el dolor, la disfuncionalidad y la incomodidad, terapia de mantenimiento e, incluso, si es del caso y es necesario y recomendable clínicamente, la realización de intervenciones quirúrgicas²³. En este sentido, el plan de cobertura familiar no establece ninguna excepción para la prestación efectiva de los servicios médico-asistenciales a los hijos de los afiliados, ya sean éstos menores de edad o mayores con alguna incapacidad²⁴.

Posteriormente²⁵, la Corte resolvió inaplicar las normas sobre exclusiones contempladas en el POS en casos de menores con discapacidad. El Seguro Social se negó a suministrar a un menor con retardo sicomotor algunos elementos recetados por los médicos tratantes porque estaban excluidos de la lista de elementos que debían ser proporcionados por las EPS. La Corte ordenó a la EPS el suministro de los elementos solicitados. Según el alto tribunal, las autoridades públicas están obligadas a garantizar el desarrollo armónico e integral de menores en situación de indefensión. Por ello, cuando las normas de rango legal y reglamentario contravienen normas constitucionales que protegen los derechos fundamentales de los niños a la salud, la integridad personal, la seguridad social y la igualdad real y efectiva, es preciso inaplicarlas y ordenar a la entidad prestadora de servicios la entrega de los elementos que se soliciten. Además, la Corporación ha insistido en que **la omisión de un tratamiento especial y adecuado**

²³ Sentencia SU-043 de 1995 (caso de una menor que padecía males congénitos de carácter incurable). En este fallo, la Corte destacó que “existe concepto médico autorizado, según el cual no obstante ser incurable la dolencia de la menor, su afección es controlable, lo cual habilita para que se le dé tratamiento de soporte, mantenimiento y control para evitar el deterioro de su salud, desde luego indeseable y proscrito a la luz de la Constitución y de la ley”.

²⁴ Lo dicho significa que las entidades, públicas o privadas, encargadas de prestar al afiliado y a su familia los beneficios del POS no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente (Sentencia T-001 de 1995). Estos argumentos se reiteraron en la sentencia T-131 de 1995, relativa a unos menores con Síndrome de Down y parálisis cerebral a quienes el ISS decidió suspenderles el tratamiento.

²⁵ Sentencias T-640 de 1997, T- 514 de 1998 y T-556 de 1998.

para un niño que tiene problemas sicomotores afecta su calidad de vida futura y su dignidad como ser humano²⁶.

Finalmente, la línea jurisprudencial se consolidó en la sentencia de tutela donde la Corte Constitucional analizó el caso de cinco niños que presentaban un retardo mental severo, diagnosticado como incurable. Todos ellos recibían del Seguro Social un tratamiento de rehabilitación integral, pero éste les fue suspendido luego de que el Seguro determinara, a través de una evaluación que, en el caso de estos menores, se debía recurrir a terapias con sus respectivas familias, por cuanto los cuadros médicos de los niños no demostraban un grado de rehabilitación importante. Por ello, el Seguro recomendó para los niños “un plan casero con un control trimestral por el departamento de calidad del Seguro Social a la institución contratada y en los hogares de los niños.” De esta forma, el Instituto se negó a continuar prestándole a los niños el tratamiento de rehabilitación integral, dado que su caso no tenía un carácter sanitario sino educativo y pedagógico, con lo cual quedaba excluido de las obligaciones del Seguro como EPS.

La Corte señaló que el principio de la atención integral implica el derecho a recibir los servicios de promoción y fomento de la salud y de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, con el objeto de que las personas en situación de discapacidad mejoren sus condiciones de vida²⁷. En cuanto los peticionarios

²⁶ Sentencia T-338 de 1999 (caso de un menor que, desde su nacimiento, sufría de retardo sicomotor y requería educación especial. El Seguro Social se rehusó a brindarle este servicio con el argumento de que el POS excluía “las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos necesarios estrictamente para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas”). La Corte Constitucional, teniendo en cuenta un peritazgo donde se dictaminaba que el niño podría recibir muchos beneficios del tratamiento solicitado, ordenó al Seguro que emitiera “una nueva valoración funcional del menor y le proporcionara todas las terapias físicas y psicológicas especiales, que [fueran] ordenadas por los médicos tratantes, en el supuesto de ser consideradas como estrictamente necesarias para el manejo médico de la patología que afecta al menor”.

²⁷ Sentencia T-179 de 2000. El Seguro Social había contratado la atención del Centro para Limitados Visuales y Auditivos. Para las madres de los menores de edad afectados, allí se ofrecía un tratamiento adecuado que producía resultados factibles dentro de la gravedad de las enfermedades que tenían los niños. Eran cinco los especialistas que, durante unas horas al día, los trataban en la búsqueda inmediata de mecanismos de autodefensa para los niños y en la proyección del mejoramiento de la calidad de vida. El Seguro Social dio por finalizado el contrato aludido, por motivos económicos y no médicos. Adicionalmente, esta EPS adujo que el tratamiento era de carácter pedagógico y que, por ello, no quedaba incluido dentro del POS.

se encontraban en una **situación de debilidad manifiesta**, la atención dispensada no podía reducirse a un plan casero. En estos casos, la medicina debe intentar ofrecer una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse²⁸.

La Corte ha extendido estos beneficios no sólo a menores de edad sino también a **mayores de edad en situación de discapacidad**. El alto tribunal precisó que si aunque según su edad biológica estas personas son mayores de edad, de acuerdo a los médicos tratantes su edad mental corresponde a la de un infante²⁹. En este sentido, los mayores de edad con discapacidades especialmente graves se encuentran en similar situación de debilidad manifiesta que menores de edad con pronóstico no favorable de curación, razón por la cual su acceso a servicios de atención y rehabilitación debe estar plenamente garantizado.

2.2. DERECHO DE ACCESO DE LA MUJER A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA Y DERECHO A NO SER DISCRIMINADA POR SU CONDICIÓN DE MADRE

Como lo ha destacado la Organización Panamericana de la Salud (OPS) las infecciones del aparato reproductor y las enfermedades de transmisión sexual constituyen la causa principal de morbilidad de las mujeres de las Américas. La infección por el VIH/SIDA, ha afectado de manera particular a las mujeres, lo cual constituye un ejemplo de cómo la biología y el género interactúan y exponen a la mujeres a un riesgo mayor de transmisión del VIH. De otro lado, en América Latina se presentan altas tasas de cáncer cervicouterino, que son causa de un promedio de tres defunciones por día; tasas ascendentes de cáncer de mama; y un acceso limitado a los recursos tecnológicos para la prevención e intervención³⁰.

²⁸ *Ibid.* La Corte concedió la tutela y ordenó al Seguro Social que procediera a “prestar la asistencia integral y especializada que requieran los menores...” Sin embargo, añadió que el juez no era la persona indicada para determinar cuál tipo de tratamiento debían recibir los niños, en cuanto esta decisión le correspondía a los especialistas médicos. Por lo tanto, dispuso que la EPS debía conformar un equipo de médicos y paramédicos que evaluara a los niños y determinara cuál era el mejor tratamiento para ellos.

²⁹ Sentencia T-920 de 2000 (caso de dieciséis menores de edad y dos personas con discapacidad de 34 y 20 años, afectados por parálisis cerebral y retardo mental, que recibían un tratamiento de rehabilitación integral por parte del Seguro Social hasta que esta entidad decidió excluirlos del mismo bajo el argumento de que no tenían posibilidades de rehabilitación). A su vez, la Corte precisó que las EPS pueden repetir contra el Fosyga por el costo de las actividades de educación e instrucción que no se encuentran presupuestadas en el POS.

³⁰ <http://165.158.1.110/spanish/hdp/hdpwcap.htm>.

Este panorama desalentador se complica aún más si se tienen en cuenta los obstáculos que aparecen día a día en el esfuerzo por erradicar la violencia contra la mujer (*infra* Capítulo III, 3.1.9). Por estos motivos, la mujer es un **sujeto de especial protección** en relación con el derecho a la salud (*supra* Capítulo I, 2.2). Pese a ello, perspectivas cercanas al enfoque de género rechazan la designación de la mujer como sujeto vulnerable, a la par de indigentes, niños, refugiados, discapacitados, indígenas, portadores de VIH, etc. Al respecto, hay quienes han destacado que la clasificación de sectores vulnerables en el ámbito de la salud no supone minusvalía ni debilidad –perspectiva que, por definición, choca con los principios de derechos humanos–, sino que **pretende destacar aquellos problemas que sitúan a estos grupos en una situación de desventaja a causa de construcciones sociales que tienden a etiquetarlos y marginarlos y no por motivos de carácter biológico o jurídico**³¹.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 20) ha insistido en que las políticas públicas, la planificación y los programas e investigaciones en materia de salud deben diseñarse y ejecutarse conforme a una perspectiva de género, a fin de promover en forma adecuada la salud de la mujer y del hombre. Este enfoque reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer y, además, propende por una desagregación, según el sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud con el fin de determinar y subsanar las desigualdades en esta materia.

En el capítulo sobre disponibilidad de la salud se presentó una noción general sobre la salud sexual y reproductiva, los instrumentos internacionales que la consagran y, en particular, se analizó el derecho de atención a la mujer embarazada (*supra* Capítulo I, 1.6) y la protección especial de la cual ella es objeto (*supra* Capítulo I, 2.2). En este segmento, se analiza el derecho de acceso sin discriminación con el que cuenta la mujer en relación con la atención médica y, particularmente, en lo referente a la salud sexual y reproductiva. En el siguiente capítulo, relacionado con aceptabilidad, se desarrolla el derecho a la autodeterminación reproductiva (*infra* Capítulo III, 1.6). Los problemas

³¹ Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (PROVEA), “La salud como derecho. Marco nacional e internacional de protección al derecho humano a la salud”, en AA.VV. *La salud está grave. Una visión desde los derechos humanos*, Bogotá, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2000, pp. 48-49.

de acceso son analizados a continuación a partir de la jurisprudencia constitucional en torno a la discriminación de la mujer en relación con su carácter de madre.

2.2.1. Por el hecho de ser madre, una hija no necesariamente adquiere una independencia económica que justifique su exclusión del grupo familiar y, por consiguiente, tiene derecho a que no se interrumpa la atención médica de la cual es beneficiaria

El manual de normas y procedimientos administrativos de una empresa señalaba que en los planes de salud y educación ofrecidos por la compañía se consideraban inscritas las hijas solteras del trabajador, que vivieran con él y no trabajaran por su cuenta. Además, se estipulaba como causal de cancelación de dichos planes, “el nacimiento de un hijo o hijos a una hija soltera, aún cuando viva con sus padres y no esté trabajando”. En una acción de tutela, el padre de una joven de veinte años en el octavo mes de embarazo, solicitó la inaplicación de dicho manual en cuanto privaba de atención médica a la madre y al hijo por nacer. La joven era madre soltera y había tenido que retirarse de la universidad por su embarazo. Además, no contaba con trabajo.

La Corte Constitucional consideró inaceptable la tesis según la cual una hija, por el hecho de ser madre, adquiere independencia económica al punto que se justifique su exclusión del grupo familiar. Por el contrario, tal hecho puede incluso significar una carga para una madre soltera, en virtud de que ofrece una nueva responsabilidad que le hará más gravosa su situación económica. En consecuencia, si por el hecho de ser madre se suspenden los beneficios adquiridos en su condición de hija de un trabajador, esa suspensión constituye una sanción que va a afectar indudablemente el derecho de esta persona al libre ejercicio de su personalidad; es decir, a la posibilidad de buscar y de encontrar su propia opción de vida personal. Por tanto, la condición de madre jamás puede servir de excusa para excluir a una mujer del ejercicio de sus derechos, toda vez que ello es discriminatorio y, por ende, inconstitucional. La mujer tiene iguales derechos al hombre y no puede verse expuesta a perder sus beneficios legales como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad. En consecuencia, la Corte inaplicó el manual que excluía a la joven del grupo familiar³².

³² Sentencia T-1642 de 2000.

En dicho caso, la Corte reiteró la jurisprudencia que ampara a la mujer de toda discriminación:

“(…) la norma legal que asocia a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad y autodeterminación de sujeto, que vulnera el libre desarrollo de su personalidad, sin ninguna justificación, como quiera que nada tiene que ver el interés general con las decisiones”³³

En suma, por el hecho de tener un hijo, una mujer no adquiere independencia económica ni necesariamente forma un núcleo familiar aparte. Cuando la prueba correspondiente lo demuestre, debe admitirse que una madre no ha constituido un núcleo familiar independiente y, por tanto, continúa perteneciendo al grupo familiar de su padre.

191

CAPÍTULO 2

2.3. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS GRUPOS ÉTNICOS

Los grupos étnicos suelen acusar tasas de morbilidad y de mortalidad más elevadas que las de los demás grupos de población, una menor esperanza de vida y tasas de mortalidad infantil más elevadas. Los servicios básicos (agua, saneamiento, energía y transporte, etc) tienden a ser más escasos en las zonas de gran densidad de poblaciones pertenecientes a minorías étnicas y la calidad del medio ambiente suele ser deficiente. La contaminación química amenaza la seguridad y la disponibilidad de las fuentes tradicionales de alimentos, en tanto que los grandes proyectos de desarrollo muchas veces reducen los hábitat y recursos naturales³⁴.

Los instrumentos internacionales se refieren a las dificultades que los Estados confrontan en la realización de la salud de las minorías étnicas. El Convenio 169 de la

³³ Sentencia C-870 de 1999.

³⁴ “Actividades de la Organización Mundial de la Salud (OMS) relacionadas con la salud de las poblaciones indígenas y tribales”. Naciones Unidas. Documento E/CN.19/2002/2/Add.8 del 9 de abril de 2002, presentado al Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Primer período de sesiones. Nueva York, 3 a 24 de mayo de 2002.

OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes³⁵ se pronuncia en los siguientes términos:

“Artículo 20. 3. Las medidas adoptadas deberán en particular garantizar que: b) los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estén sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas;

Artículo 24. Los regímenes de seguridad social deberán extenderse progresivamente a los pueblos interesados y aplicárseles sin discriminación alguna.

Artículo 25. 1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y centrarse en los cuidados primarios de salud, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

Artículo 30. 1. Los gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.

³⁵ Adoptado por la Conferencia de la OIT en junio 27 de 1989. Fecha de entrada en vigor: septiembre 5 de 1991. Colombia ratificó este convenio el 7 de agosto de 1991.

A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos”.

Este Convenio se aplica a los pueblos indígenas y tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional en virtud de su ascendencia. Los gobiernos de los Estados que lo ratifican deben asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad³⁶.

Como se observa en dicho instrumento internacional, el respeto de la medicina tradicional y demás costumbres en salud que desarrollen el principio de diversidad cultural, son componentes esenciales del derecho a la salud de las minorías étnicas. Este punto es analizado con más detenimiento en el capítulo sobre aceptabilidad de la salud (*infra* Capítulo III, 2,4). Por lo pronto, el presente apartado se concentra en el derecho de las minorías étnicas de acceder a la salud a través de regímenes especiales. Sobre este problema de acceso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Tercer Informe sobre Colombia³⁷, recomendó al Estado colombiano:

“5. Asignar más equitativamente los recursos públicos a las zonas pobladas primordialmente por colombianos negros, poniendo el acento en bienes y servicios básicos tales como las carreteras, el abastecimiento de agua potable y electricidad, **los servicios de salud** y las instituciones de enseñanza (negrilla fuera de texto)”.

A continuación se analiza la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho de las minorías étnicas de acceder a la salud.

³⁶ Ver al respecto el análisis de la OIT sobre el tema en la página <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/norm/whatare/standards/indig.htm>.

³⁷ OEA/Ser.LV/II.102, Doc. 9 Rev. 1. Cap. XI, H, párr. 5. 1999.

2.3.1. Con fundamento en la protección del principio de diversidad étnica y cultural, se justifica un régimen especial de seguridad social y salud para las comunidades indígenas

La Corte Constitucional ha precisado que el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural (CP, art. 7º), justifica la expedición de disposiciones especiales dirigidas a las comunidades indígenas³⁸. Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley por medio de la cual se reglamenta la participación de los pueblos indígenas en el sistema general de seguridad social en salud, el alto tribunal señaló:

194

CAPÍTULO 2

“Estas normas, en tanto que implican una distinción, deben basarse en razones suficientes que expliquen la diferencia de trato. En materia de salud, ... existen elementos culturales (como la concepción de la enfermedad y su tratamiento) y socioeconómicos (como la existencia de una economía colectiva por oposición al mercado), que de no considerarse en su justa dimensión, hacen más difícil el acceso y disfrute efectivo de los beneficios del sistema de seguridad social en salud. En tales condiciones, resulta justificado que, en términos generales, se establezca un régimen especial de seguridad social en salud para tales comunidades. En todo caso, la Corte ha señalado que la existencia de tales regímenes, por sí mismos, no quebrantan la Constitución”³⁹.

En dicha sentencia, la Corte Constitucional consolidó una serie de criterios en relación con la situación de los pueblos indígenas frente al Sistema⁴⁰. En primer lugar, la Corte analizó los derechos de las comunidades indígenas frente al régimen contributivo. Al respecto, el alto tribunal destacó que la capacidad de pago es una calificación sobre el monto del peculio personal. Dicho monto no es un concepto unívoco, sino

³⁸ Ver, entre otras, las sentencias T-380 de 1993, T-342 de 1994, SU-039 de 1997 y T-652 de 1998.

³⁹ Sentencia C-088 de 2001.

⁴⁰ El artículo 6º de la ley establece que los pueblos indígenas serán beneficiarios del POS, el POS subsidiado, el plan de atención básica, la atención inicial de urgencias y la atención de accidentes de tránsito y de eventos catastróficos, en los términos de la Ley 100 de 1993. A su vez, el artículo 8º establece un subsidio alimentario que también fue objeto de controversia. Según esta última norma, debido a las deficiencias nutricionales de los pueblos indígenas, el POSS contendrá la obligatoriedad de proveer un subsidio alimentario a las mujeres gestantes y a los menores de cinco años. El Instituto de Bienestar Familiar (o la entidad que haga sus veces), el Programa Revivir de la Red de Solidaridad (o el organismo que asuma esta función), los departamentos y los municipios darán prioridad a los pueblos indígenas en la asignación de subsidios alimentarios o en la ejecución de proyectos de recuperación nutricional, a partir de esquemas sostenibles de producción.

que responde a la participación en un modelo económico determinado. En un modelo de producción capitalista sujeto a las leyes del mercado, la capacidad de pago responde a la cantidad de recursos con que cuenta la persona. En una economía que funciona con otras reglas, la capacidad de pago, esto es, la riqueza, se determina de manera distinta.

Por ello, el reconocimiento de la diversidad cultural, en punto a la financiación del sistema de seguridad social en salud, supone tomar en consideración este distinto modelo económico, a efectos de evitar que, aplicando los parámetros del modelo capitalista, se obligue a personas a aportar al sistema cuando su realidad cultural lo impide. De lo contrario, se desconocería dicho principio constitucional y se impondría a la población indígena una carga exorbitante que imposibilitaría el acceso al sistema de seguridad social en salud, en razón del impacto que genera dentro de la comunidad y en su calidad de vida. Con todo, lo anterior no significa que, en un futuro, el Congreso no pueda prever eventos en los cuales miembros de una comunidad indígena sean excluidos del régimen subsidiado en salud, por contar con recursos para cotizar al régimen contributivo.

De otro lado, y en relación con el **subsidio alimentario como elemento de la protección en salud**, la Corte destacó que esta norma resulta acorde con la protección que la Constitución depara a las minorías étnicas, toda vez que contribuye a la preservación de sus miembros y, particularmente, de los más débiles, quienes tienden a presentar deficiencias nutricionales que comprometen su salud. Por tal motivo, nada se opone a que el Legislador establezca como parte del POS para las comunidades indígenas, la provisión de un subsidio alimentario a las mujeres gestantes y a los menores de 5 años. Esta no es más que una medida de discriminación positiva o inversa a favor de comunidades históricamente marginadas de los servicios más esenciales.

Así mismo, en opinión de la Corte, es evidente que la pretensión del legislador es permitir la existencia de Administradoras del Régimen Subsidiado creadas por las propias comunidades indígenas, que operen al margen de las exigencias generales que ha dispuesto el Gobierno Nacional para las restantes entidades de esta naturaleza. La afiliación a dichas administradoras debe hacerse en la forma en que estas comunidades deciden sus asuntos comunitarios y a la potestad con la que cuentan sus autoridades⁴¹.

⁴¹ La Corte destaca que, si bien se hace alusión a la decisión de cada comunidad indígena al respecto, ésta debe constar en acta suscrita por sus “autoridades propias”, que en el caso de esos pueblos equivalen a autoridades administrativas. En otras palabras, la forma particular como funcionan la mayoría de estas co-

La Corte no consideró que la exclusión de las comunidades indígenas del pago de cuotas moderadoras y copagos fuera violatoria del principio de solidaridad, en la medida en que dichas figuras no responden al esquema cultural de las comunidades, basado en una economía colectiva que impide individualizar la capacidad de pago. Sin embargo, el alto tribunal precisó que, en tanto ciertos miembros de las comunidades indígenas resultaban excluidos del régimen subsidiado, debiéndose someter al régimen contributivo, están en la obligación de cancelar cuotas moderadoras y realizar copagos. Ciertamente, no existen razones culturales que los eximan del deber general de asistir a la financiación del sistema.

2.3.2. La realización del derecho a igualdad en salud exige la adopción de medidas tendentes a evitar la afectación del medio ambiente que permite tanto la supervivencia de una comunidad indígena como sus mecanismos tradicionales de acceder a los servicios de salud

Diversas autoridades de la comunidad Embera-Katío del Alto Sinú interpusieron una acción de tutela en relación con los problemas generados por la construcción de la Hidroeléctrica de Urrá sobre el Río Sinú en el Departamento de Córdoba. La Corte Constitucional destacó que el bosque húmedo tropical donde habitan los Embera-Katío, a pesar de ser hoy un medio ambiente intervenido por prácticas culturales occidentales, no es una zona saneada⁴². Además, dicho bosque presenta condiciones sanitarias bastante precarias⁴³.

Las inspecciones judiciales adelantadas demostraron que los miembros de la comunidad, si bien recibían atención médica en el hospital de Tierralta, debían adquirir por cuenta propia los medicamentos recetados. Con fundamento en el hecho de que las comunidades indígenas ya habían sido reconocidas como sujetos del régimen subsidiado de salud⁴⁴, la Corte ordenó a la Alcaldía de Tierralta la inscripción de los miembros

comunidades, requiere que sean ellas mismas las que establezcan el procedimiento de escogencia de la ARS a la que se afiliarán sus miembros, toda vez que son las que mejor conocen sus necesidades en materia de salud. Además, la norma prevé que cualquier hecho o conducta que busque distorsionar la voluntad de la comunidad para dicha afiliación, invalidará el contrato respectivo.

⁴² Sentencia T-652 de 1998.

⁴³ *Ibid.* En palabras de la Corte: "Allí, enfermedades eruptivas y respiratorias que en el resto del país están controladas, dan cuenta de buena parte de la alta morbi-mortalidad infantil; la incidencia de la malnutrición está aumentando, y la esperanza de vida promedio se ubica entre los 45 y 50 años".

⁴⁴ Sentencia C-282 de 1995.

del pueblo Embera-Katío de ese municipio en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, de tal forma que no sólo se les atendiera como corresponde, sino que se les entregara de manera gratuita las medicinas que el médico tratante les recetara.

Así mismo, el alto tribunal ordenó al Ministerio del Medio Ambiente que interviniera activamente en el proceso de consulta que se adelantaba, con el objeto de minimizar los riesgos que implicaba la construcción de la hidroeléctrica para la supervivencia de los Embera-Katío. A este respecto, los problemas esenciales eran la putrefacción de la biomasa inundada, las alteraciones en las condiciones climáticas de la región en razón del aumento de humedad en el aire, las dificultades en el transporte de enfermos debido al cambio de curso del río Sinú, entre otro tipo de dificultades que podían hacer nugatorio el derecho a la salud de la comunidad.

2.3.3. La explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recursos primarios propios de la economía de subsistencia de las comunidades étnicas y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza, todo lo cual obstaculiza el disfrute del derecho a la salud

La acción deforestadora tiene efectos muy perjudiciales para los ecosistemas, toda vez que no sólo ocasiona la extinción de numerosas especies de flora y fauna -lo cual altera los ciclos hidrológicos y climáticos de vastas regiones- sino que resta oportunidades de supervivencia a los pueblos indígenas de las selvas húmedas tropicales, cuyo sistema de vida garantiza la preservación de la biodiversidad y las riquezas culturales y naturales. Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Constitucional ordenó a Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó dar inicio a las actuaciones necesarias para restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ocurrido en el resguardo de la comunidad indígena Emberá-Katío. Señaló que la inacción estatal, frente a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias⁴⁵. En este sentido, la omisión del deber de restaurar los recursos naturales por parte de las

⁴⁵ Sentencia T-380 de 1993. Según la Corte: "Las externalidades del sistema económico capitalista - o por lo menos de una de sus modalidades -, en cierto modo secuelas de su particular concepción de sometimiento de la naturaleza y de explotación de los recursos naturales, quebrantan esta ecuación de equilibrio en la

entidades oficiales que tienen a su cargo funciones de vigilancia y restauración del medio ambiente, constituye una amenaza directa contra los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la no desaparición forzada de la comunidad indígena⁴⁶.

2.4. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS ADULTOS MAYORES⁴⁷

La Corte Constitucional ha considerado que el derecho a la salud de los adultos mayores es un derecho fundamental autónomo, dadas las características de especial vulnerabilidad de este grupo poblacional y su particular conexidad con el derecho a la vida y a la dignidad humana⁴⁸. La protección constitucional especial de los adultos mayores incluye la posibilidad de que los conflictos surgidos en torno a la vigencia de sus derechos fundamentales, en aquellos casos en que se presente un perjuicio irremediable, puedan ser resueltos de manera inmediata a través de la acción de tutela, sin necesidad de acudir a las vías ordinarias de defensa judicial establecidas por el ordenamiento jurídico⁴⁹.

En el capítulo sobre aceptabilidad (*infra* Capítulo III, 2.1) se analizará el derecho a la salud de los adultos mayores como componente del respeto al ciclo de vida de las

medida en que desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan en el territorio. Consciente de esta situación, el Constituyente no sólo prohijó el criterio de desarrollo económico sostenible, sino que condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (CP art. 330)".

⁴⁶ Con anterioridad, la Corte Constitucional había analizado casos donde la afectación del medio ambiente tiene efectos perjudiciales para la salud de las comunidades. En la sentencia T-405 de 1993 (conflicto por la instalación de bases militares dentro de los predios del Resguardo de Monochoa, propiedad colectiva de los pueblos Huitoto y Muinane), el alto tribunal consideró pertinente la prevalencia del interés general (seguridad y eficacia en la lucha contra el narcotráfico) sobre los intereses particulares de la comunidad. Sin embargo, la Corte destacó que la contaminación de aguas constituía una amenaza al derecho fundamental a la vida y a la salud, debido a la aparición de graves enfermedades que ponían en peligro y afectaban la salud de los miembros de la comunidad indígena. Por ello, cuando el medio ambiente ha sido afectado (aunque no en forma grave e irremediable) por la instalación de un radar de la Fuerza Aérea y ello afecta los derechos fundamentales a la salud y la vida de los habitantes de la región, el Estado debe garantizar que no se generen perjuicios contra el ecosistema donde viven y trabajan las comunidades. En consecuencia, se ordenó poner en práctica un plan que permitiera un control eficaz de los problemas causados al ambiente y al ecosistema.

⁴⁷ Atendiendo a las resoluciones 47/5 y 8/98 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adultos mayores son aquellas personas con sesenta (60) años o más.

⁴⁸ Sentencia T-004 de 2002.

⁴⁹ Sentencia T-801 de 1998.

personas. El respeto del ciclo de vida implica la comprensión de la salud en el marco de los derechos a la independencia, participación, cuidado, autorrealización y dignidad con los que cuentan los adultos mayores. Este aparte se concentra en el manejo dado por la jurisprudencia constitucional al acceso de este sector de la población a los servicios de salud.

2.4.1. Los adultos mayores en situación de indefensión y que requieran de protección oportuna, cuentan con el derecho fundamental autónomo a la salud

Un adulto mayor se lesionó gravemente un brazo y una pierna en un accidente de tránsito, quedó lo cual lo incapacitó durante más de seis meses y le impidió continuar con su actividad productiva. Aun cuando los costos del accidente fueron cubiertos por el SOAT (Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito), la recuperación total requería de 18 terapias que debían ser realizadas en una “máquina pasiva de hombro”. Sin embargo, la EPS negó el suministro de las terapias.

Inicialmente, la Corte Constitucional precisó que en los casos de accidentes de tránsito, todos los hospitales y clínicas, tanto públicos como privados, están obligados a prestar la atención médica en forma integral, desde la atención inicial de urgencias hasta la rehabilitación final⁵⁰. En consecuencia, la obligación de suministrar el tratamiento médico nunca recae en las aseguradoras, ya que “estas son administradoras del capital con el cual se cubre los tratamientos médicos”. En cuanto a las terapias, en el evento en que la entidad no cuente con los elementos indispensables para la realización de las mismas, debe disponer lo necesario para la realización del tratamiento, bien sea a través de un traslado a otra entidad o, si es del caso, mediante la destinación de los recursos presupuestales pertinentes. La Corte ordenó entonces la realización de las terapias y destacó que la protección de los adultos mayores tiene un carácter reforzado, especialmente en relación con el derecho a la salud⁵¹.

⁵⁰ Sentencia T-111 de 2003. Ver, así mismo, la sentencia T-1081/01, donde se tuteló el derecho a la salud de una persona de 70 años a quien el médico tratante le había ordenado una operación de cataratas y la EPS se negó a cubrirla por no estar incluida en el POS. La Corte, considerando la difícil situación económica del accionante y su especial vulnerabilidad, ordenó el cubrimiento integral de lo dispuesto por el médico.

⁵¹ Similar protección reforzada de la tercera edad se manifestó en la sentencia T-484 de 1997. En este fallo, se reconoció que si existe el derecho subjetivo correspondiente, la no afiliación de un adulto mayor al régimen de salud, constituye una vulneración del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida.

2.4.2. La escasez de recursos no es un argumento constitucionalmente admisible para negar la atención básica en salud a personas en situación de debilidad manifiesta como los adultos mayores discapacitados en situación de indigencia

Una persona de 58 años que había sufrido de dos infartos y que, por razones de su enfermedad, ya no podía trabajar, solicitó al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito ser incluido en un programa de asistencia a los adultos mayores en situación de pobreza. Dicho programa otorgaba un bono que el solicitante requería para su subsistencia y la de su familia, toda vez que argumentó estar a cargo de cinco hijos, tres de ellos menores de edad. A pesar de varios meses de trámites, la entidad negó el beneficio hasta tanto no se allegara un certificado de invalidez. Se interpuso entonces una acción de tutela con el objeto de que se ordenara la inclusión en el programa.

Al revisar este caso, la Corte Constitucional destacó que la administración, en su primera respuesta al peticionario, negó el beneficio solicitado con el pretexto del recorte de recursos en la Red de Solidaridad Social. El alto tribunal insistió en que, si bien las razones presupuestales pueden ser una limitante real para negar el acceso a un programa de protección a personas en situación de debilidad manifiesta, el buen gobierno presupone el conocimiento demográfico de la población objeto de atención, la medición objetiva de sus necesidades y una planeación que ofrezca respuesta a los cambios que se puedan presentar. Según la Corte:

“De lo contrario no se presentará la racionalidad mínima de un proceso democrático de fijación de prioridades y de adopción de políticas públicas para lograr las metas trazadas. Afirmar, sin argumentos adicionales, que “no hay plata” no constituye entonces una razón constitucionalmente suficiente para excluir a una persona que llena los requisitos establecidos por el legislador y desarrollados por vía reglamentaria para ser admitida a un programa financiado por el presupuesto democráticamente adoptado”⁵².

De otro lado, existe un **deber de protección especial del adulto mayor discapacitado en situación de indigencia**. Ciertamente, si la autoridad pública desatiende sus deberes sociales frente a este sector de la población, puede vulnerar derechos fundamentales.

⁵² Sentencia T-149 de 2002.

Por ello, se debe asegurar que en la asignación de beneficios, auxilios, subsidios o ayudas estatales, se respete el debido proceso administrativo. Esta garantía determina que se debe suministrar información clara, oportuna y completa al potencial beneficiario para que éste tenga la oportunidad efectiva de acceder a ciertas prestaciones.

2.4.3. Cuando los particulares someten a los adultos mayores a situaciones de indefensión, deben asumir la protección especial de los mismos, incluyendo la carga de la atención médica

Un adulto mayor de 70 años y su esposa de 76, cuidaron una propiedad por cerca de 56 años. Durante todo este tiempo, la pareja trabajó sin contrato y nunca fue afiliada a un sistema de seguridad social o de salud. En la propiedad, el polvo ocasionado por la fabricación y manipulación de ladrillos, produjo en la anciana enfermedades respiratorias que la incapacitaron enormemente. Tras la muerte del antiguo patrono, sus herederos dejaron de pagar a los ancianos la precaria suma que recibían. Con el tiempo, la salud de la adulta mayor empeoró, al punto de que si no se le brindaba una atención médica urgente, su vida corría peligro.

Al respecto, la Corte Constitucional destacó que la acción de tutela procede para la defensa de la persona respecto del particular que abusa de su posición dominante. Así mismo, destacó que la reducción en el tiempo de vida futura de la señora, determinaba una excepción a la improcedencia de la acción de tutela para obtener el pago de obligaciones y prestaciones laborales. En estos casos, los mecanismos judiciales ordinarios son inidóneos e ineficaces para superar la violación de derechos. Se ordenó entonces, entre otras disposiciones, el pago de salarios a los demandantes y su afiliación inmediata a una EPS. De igual modo, se ordenó que, mientras se perfeccionaban los trámites pertinentes, y en relación con los gastos que no cubra la EPS en razón del tiempo de afiliación, los nuevos patronos tenían que asumir la totalidad de los costos causados por la protección del empleado y de su esposa en materia de salud, desde los puntos de vista médico, hospitalario y quirúrgico y en lo que concierne al suministro de medicamentos⁵³.

⁵³ Sentencia T-166 de 1997.

2.5. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad⁵⁴ define la discapacidad en los siguientes términos:

“Artículo I. 1. Discapacidad. El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

Se afirma que, en cuanto la discapacidad es un evento asociado a las condiciones de salud de las personas, el proceso discapacitante es una experiencia humana universal y no un rasgo particular que diferencia a algunas personas (o grupos) de otras⁵⁵. Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Observación General No. 5 relativa a los derechos de las personas con discapacidad⁵⁶, considera que el derecho al más alto nivel de salud física y mental de estas personas abarca las siguientes dimensiones:

- a. Derecho a la atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad.
- b. Derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales –incluidos los aparatos ortopédicos- y a beneficiarse de dichos servicios, de tal forma que ello garantice autonomía, la prevención de otras discapacidades y la integración social.
- c. Servicios de rehabilitación a fin de alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad.

En el presente segmento se analiza el componente de acceso en relación con el derecho a la salud de las personas en situación de discapacidad. Particularmente, se analiza la

⁵⁴ Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999. Incorporada al ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 762 de 2002.

jurisprudencia constitucional relativa a la accesibilidad física y la responsabilidad de los padres en relación con los impedimentos de sus hijos mayores de edad. En el capítulo sobre calidad (*infra*, Capítulo IV, 2.1), se estudiarán los estándares de calidad a los que deben sujetarse los servicios de salud que se brinden a las personas con discapacidad y se analiza la jurisprudencia sobre el suministro de los elementos necesarios para la rehabilitación (prótesis, etc).

2.5.1. La accesibilidad física es condición de posibilidad para el acceso real a la salud de las personas en situación de discapacidad

La accesibilidad física de las personas con discapacidad se define como el acceso, paso o entrada a un lugar o actividad sin limitación alguna por razón de deficiencia, discapacidad o minusvalía. En este sentido, la accesibilidad tiene las siguientes dimensiones: urbanística, arquitectónica, en el transporte, a las telecomunicaciones, al deporte, la cultura y la recreación. Entre las medidas de accesibilidad al medio físico también se encuentran ayudas técnicas como las prótesis, órtesis y aparatos destinados a compensar las limitaciones funcionales, así como una amplia gama de ayudas y medios técnicos para el desarrollo de las acciones profesionales y cotidianas.

La mencionada Observación General No. 5 relativa a los derechos de las personas con discapacidad⁵⁷ precisa que la existencia de posibilidades de acceso a formas de transporte apropiadas y adaptadas es de gran importancia para que las personas con discapacidad puedan realizar en la práctica sus derechos sociales⁵⁸.

⁵⁵ Clemencia Cuervo, Martha Escobar y Alicia Trujillo, *Discapacidad e Inclusión Social*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1999, pp. 3-5. Para estas autoras, "(D)urante el ciclo vital es inevitable que todos los seres humanos experimenten el proceso discapacitante, como ocurre, entre otros, en el proceso de envejecimiento, el embarazo, el estrés, la obesidad, las condiciones cardíacas, la diabetes y las limitaciones visuales. No obstante, prevalece la noción equivocada de que la discapacidad es una condición que afecta solamente a algunos miembros de cada sociedad. También se entiende erróneamente la discapacidad como un hecho individual, biológico y personal, sin reconocer que es una compleja agrupación de condiciones de salud, muchas de las cuales son creadas o agravadas por el entorno social".

⁵⁶ Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párr. 34.

⁵⁷ *Ibidem*, párr. 23.

⁵⁸ En la sentencia T-823 de 1999, se reconoció la protección especial del derecho a la locomoción de las personas con discapacidad. Este grupo poblacional requiere de la adopción de medidas que garanticen su inclusión social, de tal forma que ello conduzca al ejercicio pleno de sus derechos en condiciones de igualdad.

Así mismo, en dicha observación, el Comité destacó que “las personas que cuidan a otras personas con discapacidad, incluidos los familiares de estas últimas personas, se hallan a menudo en la urgente necesidad de obtener apoyo financiero como consecuencia de su labor de ayuda”⁵⁹. Al respecto, la Corte Constitucional ha determinado que existe la obligación del Estado de asumir los costos que implica el desplazamiento de los acompañantes de los pacientes discapacitados desde sus lugares de residencia a los centros médicos correspondientes. Al respecto, la Corte señaló que el Estado está obligado a asumir estos costos cuando⁶⁰:

- i. “El paciente es totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento.
- ii. El paciente requiere atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas.
- iii. Ni la persona con discapacidad ni su núcleo familiar cuentan con los recursos suficientes para financiar el traslado”.

2.5.2. Es deber constitucional de los padres responder patrimonialmente por los gastos en salud que generen los impedimentos de sus hijos mayores de edad con discapacidad

Una mujer mayor de edad que no podía trabajar porque sufría fuertes crisis nerviosas fue atendida en un hospital psiquiátrico y solicitó a través de una acción de tutela que su padre le aportara los recursos necesarios para transporte, tratamiento y drogas. La Corte Constitucional concedió la tutela como mecanismo transitorio, de tal forma que la actora pudiera iniciar el proceso de alimentos respectivo en el término de cuatro meses. El alto tribunal señaló que los padres de la persona en situación de discapa-

⁵⁹ *Ibid*, párr. 23.

⁶⁰ Sentencia T-900 de 2002 (referente al caso de unos pacientes remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, razón por la cual solicitaron a sus respectivas EPS que asumieran el valor de su transporte. La Corte negó la pretensión porque no fueron probadas ni la incapacidad económica del paciente y de su familia ni la conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo), reiterada en la sentencia T-197 de 2003. En la sentencia T-1079 de 2001 se analizó un caso similar.

cidad, son los obligados a responder patrimonialmente, en primera instancia, por el sostenimiento del discapacitado. Esto implica no sólo el cubrimiento de los gastos esenciales de la persona (comida, vestido, vivienda, etc.), sino también la cobertura de los gastos que genere la discapacidad. Con todo, en casos excepcionales y cuando los padres no existan o acrediten la imposibilidad económica de soportar los gastos de sus hijos con discapacidad, es exigible que el Estado asuma la labor asistencial correspondiente. En el caso objeto de revisión, era conducente reconocer la responsabilidad del padre para con su hija. Además, la tutela era procedente dada la amenaza contra la salud de la demandante, quien ya había sido atendida en urgencias y necesitaba de un tratamiento médico inmediato. Frente a ello, otras acciones judiciales carecían de la misma efectividad de la tutela para superar la situación de urgencia⁶¹.

205

CAPÍTULO 2

2.6. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS PORTADORES DE VIH Y LOS ENFERMOS DE SIDA

En la actualidad, el SIDA es una preocupación de primer orden en el campo de los derechos humanos⁶². Según el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)⁶³ y la Organización Mundial de la Salud, a fines de 2002 el

⁶¹ Sentencia T-174 de 1994.

⁶² Ver al respecto la Resolución 2003/47 de la Comisión de Derechos Humanos. 59ª sesión, 23 de abril de 2003. Naciones Unidas. Documento E/CN.4/2003/L.11/Add.4. Protección de los derechos humanos en relación con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA). En este pronunciamiento se retoman las resoluciones 2001/51, de 24 de abril de 2001 y 1999/49, de 27 de abril de 1999 de la misma comisión.

⁶³ Desde 1986, la labor contra el VIH SIDA corría a cargo de la Organización Mundial de la Salud, la cual se encargaba de ayudar a poner en marcha en diversos países programas encargados de la cuestión del SIDA. Sin embargo, debido a la alarmante propagación del VIH y sus efectos negativos en muchos ámbitos, se buscó la forma de aumentar los esfuerzos de las Naciones Unidas para luchar contra el VIH/SIDA. Se creó entonces un programa encargado de coordinar los esfuerzos de algunos organismos de las Naciones Unidas con el único fin de combatir la epidemia del VIH/SIDA. Este es el Programa Conjunto de las Naciones Unidas dedicado al VIH/SIDA (ONUSIDA). Este Programa tiene por objeto combinar con la mayor eficacia posible los conocimientos, recursos y alcance de los siguientes organismos: UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia), PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia, la Educación y la Cultura), UNFPA (Fondo de Población de las Naciones Unidas), OMS (Organización Mundial de la Salud), Banco Mundial, PNUFID (Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas). Estos organismos son conocidos como copatrocinadores del ONUSIDA y aumentan su campo de acción a través de alianzas estratégicas con otros organismos de las Naciones Unidas.

número de personas seropositivas aumentó a 42 millones, el número de nuevos seropositivos ascendió a 5 millones y el número de defunciones a causa del SIDA se elevó a 3,1 millones. Así mismo, en un informe de julio de 2002, el ONUSIDA destacó que menos del 4% de las personas necesitadas en los países en desarrollo tiene acceso al tratamiento con fármacos antirretrovíricos⁶⁴.

Los pacientes con VIH cuentan con un derecho de acceso a un tratamiento y a los medicamentos más idóneos y eficaces en el manejo de su enfermedad. Ello requiere un compromiso importante por parte de los gobiernos y del sector privado para asegurar que el tratamiento esté al alcance de los que más lo necesitan. La ONUSIDA considera que el costo del tratamiento debe disminuir gradualmente, para lo cual, los gobiernos deben fortalecer la financiación de los tratamientos y de la infraestructura sanitaria.

La protección que la Corte Constitucional ha ofrecido a los portadores de VIH y a los enfermos de SIDA a través de su jurisprudencia, comprende el derecho de acceso, la atención médica cualificada y el suministro de medicamentos por fuera del POS. A continuación se analizan los precedentes más importantes en estos temas.

2.6.1. Los portadores de VIH y enfermos de SIDA que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, cuentan con el derecho a recibir atención médica básica y a no ser objeto de trabas administrativas irrazonables en su ingreso al régimen subsidiado a través del SISBEN

Dos ciudadanos enfermos de SIDA interpusieron acción de tutela, como quiera que no contaban con recursos para costear los medicamentos y tratamientos necesarios para el manejo de su enfermedad. A pesar de ello, no habían sido incluidos en el SISBEN debido a que las encuestas correspondientes los ubicaban en el nivel 4 de estratificación.

La Corte Constitucional destacó la obligación del Estado de dispensar una protección especial a las personas enfermas de SIDA que carecen de los recursos económicos para sufragar su tratamiento, todo ello en razón de la situación de debilidad manifiesta en la

⁶⁴ Ver <http://www.unaids.org/whatsnew/press/spn/pressarc02/PRreport020702.html>.

que estas personas se encuentran. De otro lado, y al retomar la jurisprudencia sobre las deficiencias que gobiernan al SISBEN (*supra* Capítulo II, 1.1), se precisó que, con el fin de dar alcance al principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal, no puede estarse sólo a lo que la encuesta establezca sino a que efectivamente se pruebe la precariedad de la situación económica del solicitante. Con fundamento en lo anterior, se concedió la tutela respecto de uno de los casos, donde fueron comprobadas las condiciones de pobreza. En el otro caso, no se aportó la prueba suficiente. En este punto, el alto tribunal precisó que, para determinar la carencia de recursos económicos, la encuesta del SISBEN no puede ser el criterio exclusivo de valoración, debido a las deficiencias propias del mecanismo. Por este motivo, es necesario considerar otras circunstancias que permitan determinar fehacientemente las condiciones económicas de la persona que solicita la protección⁶⁵.

2.6.2. Los enfermos de SIDA tienen derecho a una atención médica integral, lo cual exige el suministro de la totalidad del tratamiento ordenado por el médico tratante

Un paciente diagnosticado con VIH interpuso acción de tutela con el objeto de que se ordenara a su EPS el suministro de antiretrovirales en la cantidad y con la periodicidad indispensables. La Corte Constitucional destacó que, en cierta etapa, la enfermedad del SIDA genera un estado de deterioro permanente, con grave repercusión sobre la vida del paciente. Por ello, quien autónomamente expresa su voluntad de someterse a un **tratamiento paliativo** que considera favorable, a través de medicamentos antirretrovirales, cuenta con el derecho a que se respete su opción. De la misma manera, debe ser respetado quien se niega a recibir tratamiento. Así mismo, el enfermo de SIDA tiene el derecho a que se le brinde la totalidad del tratamiento en la forma prescrita, ya que un tratamiento incompleto o que no corresponda con las recomendaciones médicas, agrava su situación de indefensión⁶⁶.

De otro lado, la Corte ha señalado que la atención médica integral implica el amparo de actividades que garanticen la calidad del tratamiento, tales como los grupos de apoyo

⁶⁵ Sentencia T-1119 de 2002.

⁶⁶ Sentencia T-271 de 1995. Reiterada en sentencias como la T-328 de 1998, donde se ordenó el suministro de medicamentos a un enfermo de SIDA que no había alcanzado a cotizar el número mínimo de semanas, en razón de la conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida.

y las estrategias de recreación. Ello fue resaltado en un caso donde un grupo de pacientes portadores de VIH/SIDA interpuso una acción de tutela contra decisiones del hospital en donde se encontraban reclusos. En efecto, fueron suspendidos los servicios de teléfono, televisión y sillas y se canceló la autorización para que el grupo de autoapoyo de estos pacientes realizara visitas en horarios especiales. En opinión de la Corte Constitucional, esta situación no configuró un riesgo para el derecho a la salud en conexidad con otros derechos fundamentales, razón por la cual fue negada la tutela. Sin embargo, se destacó que la actividad de los grupos de autoapoyo se enmarca dentro de la labor de veeduría ciudadana a las empresas de servicios públicos. Esta tarea puede abarcar el control a los servicios que prestan las EPS en relación con las personas portadoras del VIH/SIDA⁶⁷.

2.6.3. En pacientes portadores de VIH, el examen de carga viral es necesario para un adecuado diagnóstico e indispensable para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida

A una portadora de VIH le fue ordenada la realización de la prueba de carga viral. Sin embargo, la EPS negó el examen por no estar incluido en el POS. Al no contar con el dinero suficiente para cancelar el costo de la intervención, la paciente interpuso una acción de tutela. Inicialmente, la solicitud fue negada al considerarse que de tal examen no dependía la vida de la actora, ya que la prueba es sólo un control de la cantidad de VIH que la paciente lleva en la sangre, lo cual sirve para medir la efectividad del tratamiento escogido. Al revisar este fallo, la Corte Constitucional lo revocó para considerar, con fundamento en conceptos médicos autorizados, que el examen de carga viral en pacientes portadores de VIH es indispensable para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos⁶⁸:

⁶⁷ Sentencia T-059 de 1999. Con el objeto de mejorar la relación entre el equipo médico y los pacientes, se solicitaron los buenos oficios de la Defensoría del Pueblo para alcanzar un arreglo en torno a las divergencias.

⁶⁸ Sentencia T-849 de 2001. En esta sentencia la Corte modificó la jurisprudencia consagrada en las sentencias T-398 de 1999 y T-1055 de 2000, donde se consideró que el suministro del examen de carga viral no comprometía la conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna y, por ello, no era parte de lo justiciable a través de órdenes de tutela.

a) La medición de la carga viral constituye un elemento fundamental para decidir la necesidad de iniciar tratamiento y controlar la respuesta a éste, tanto a corto como a largo plazo.

b) Hasta la fecha, la prueba de carga viral es el mejor y más objetivo método para evaluar si un tratamiento contra el VIH sirve o no al paciente y, en consecuencia, para determinar si es necesario cambiarlo o continuar con el mismo.

c) Un paciente bajo un tratamiento carente de efectividad no reacciona positivamente y podría desarrollar el SIDA.

d) De no estar sometido a un tratamiento idóneo, el paciente puede desarrollar cepas de virus resistentes a los medicamentos que esté utilizando, lo cual puede llevar a una falla virológica y a un mayor compromiso del sistema inmunitario que aumenta el riesgo de infecciones oportunistas.

e) Al no contar con el examen de carga viral, el médico tratante debe implementar una terapia antirretroviral empírica con desconocimiento del estado virológico del paciente infectado”.

De las anteriores razones, se desprende que la realización del examen de carga viral sí está ligado con la determinación del tratamiento a seguir en los pacientes portadores de VIH. En consecuencia, es necesario inaplicar la norma que excluye del POS el mencionado examen, para darle aplicación a los preceptos constitucionales que propenden por la atención adecuada del portador de VIH como garantía del derecho a la vida en condiciones dignas.

2.7. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LAS MINORÍAS SEXUALES

La Corte Constitucional ha destacado que la preferencia sexual y la asunción de una determinada identidad sexual -entre ellas la homosexual- constituyen un desarrollo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad⁶⁹. En este sentido, “la específica orientación sexual de un individuo constituye un asunto que se inscribe

⁶⁹ Sentencia C-481 de 1998.

dentro del ámbito de autonomía individual que le permite adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás⁷⁰. Por ello, la orientación sexual de las personas no puede erigirse en factor de discriminación en el acceso a los servicios de salud. A continuación se analiza la jurisprudencia relevante en torno a este tema.

2.7.1. La decisión del legislador de utilizar el criterio de familia como base para inscribir a los beneficiarios del afiliado principal dentro del régimen contributivo no contradice el principio de universalidad que informa el acceso a la salud

Una persona homosexual solicitó a una EPS su afiliación como beneficiario, en calidad de compañero permanente de su pareja homosexual, quien era cotizante de dicha EPS. Allegó entonces los documentos exigidos para tal fin, incluida la declaración notarial en la que constaba que convivía con su pareja desde hacía varios años. Sin embargo, la solicitud fue negada con el argumento de que la unión marital de hecho sólo era aplicable a las uniones heterosexuales y, en consecuencia, el derecho de afiliación a servicios de salud como beneficiarios de compañeros permanentes no podía extenderse a uniones entre homosexuales. Interpuso entonces una acción de tutela para que se ordenara la afiliación.

La Corte Constitucional precisó que cuando una EPS se niega a afiliarse a una persona, con fundamento en su orientación sexual, constituye una clara vulneración del derecho a la igualdad⁷¹. Sin embargo, consideró que la orientación sexual no es, necesariamente, un criterio para determinar hacia dónde debe ampliarse la cobertura del servicio de seguridad social en salud. En otras palabras, ni la convivencia ni la unión homosexual mediante una diversidad de vínculos emocionales válidos y respetables, constituyen tí-

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Sentencia SU-623 de 2001. Cabe anotar que el salvamento de voto a esta sentencia consideró que cuando se niega la solicitud de incluir a una persona homosexual como beneficiaria de la persona de la cual es económicamente dependiente y con la cual conforma una pareja comprobadamente estable para efectos de la Ley 100 de 1993, por el hecho de ser homosexual, se incurre en una discriminación violatoria del derecho de igualdad. Además, si se trata de una persona que carece de ingresos para cotizar por sí misma y que tampoco hace parte de uno de los grupos sociales que tienen derecho a participar del régimen subsidiado, se desconoce su derecho a la seguridad social en salud, como consecuencia de la anotada discriminación.

tulos suficientes para adquirir el derecho a la afiliación como beneficiario del régimen contributivo.

En consecuencia, el alto tribunal denegó la acción de tutela y, por consiguiente, rechazó la posibilidad de reconocer a la pareja de un homosexual como beneficiario de su compañero cotizante. Para la Corte, esta decisión no es discriminatoria, toda vez que el criterio de afiliación como beneficiario se circunscribe al grupo familiar. Al respecto, afirmó:

“Las disposiciones legales que determinan quienes son los beneficiarios del afiliado en el régimen contributivo de seguridad social en salud hacen referencia continua al concepto de familia, y dentro de ésta incluyen a “el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado cuya unión sea superior a 2 años”. Como se ve a partir de la simple lectura del título del artículo –“cobertura familiar”–, la expresión compañero o compañera permanente presupone una cobertura familiar y por lo tanto una relación heterosexual”.

Para la Corte, la decisión adoptada no implicaba una exclusión del sistema si se tenía en cuenta que toda persona puede recibir los servicios a través de alguno de los regímenes (contributivo, subsidiado o por vinculación), los cuales buscan realizar el principio de universalidad de manera paulatina y gradual. La Corte consideró:

“La decisión legislativa de no incluir determinados grupos sociales históricamente marginados –en este caso los homosexuales que se encuentren haciendo vida de pareja– en la asignación de ciertos beneficios –la afiliación como beneficiarios de su pareja dentro del régimen contributivo de seguridad social en salud–, no necesariamente comporta una vulneración del derecho a la igualdad. Ello se debe a que la situación de marginación o de rechazo en la que se encuentre un sector de la población no lleva de suyo la obligación estatal de compensarla mediante la asignación de ciertos beneficios sociales sin tener en cuenta las razones o las condiciones de marginación”.

2.8. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

En el año 2001, la Misión Internacional de Expertos Independientes⁷², convocada por la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, constató graves deficiencias en materia de sanidad y servicios de salud en todas las cárceles y penitenciarías del país. Estas deficiencias incluían problemas de insalubridad e inadecuada atención médica que, con frecuencia, impiden responder a las necesidades básicas de salud de los internos y obstaculizan o impiden una respuesta adecuada a la precaria situación de salud generada por el hacinamiento y el deterioro de los establecimientos de reclusión.

La Misión constató que las deficiencias de sanitarios y el suministro irregular de agua, así como su baja calidad para el consumo humano, afectan a la mayoría de los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país. Así mismo, se evidenció que gran parte de los centros carcelarios y penitenciarios carecen de programas de salud preventiva, de prevención y tratamiento de adicciones, de primeros auxilios, de seguridad industrial, de salud ocupacional y de saneamiento ambiental. Además, se afirmó que en la mayoría de las reclusiones femeninas no existen servicios de ginecología ni pediatría.

De otro lado, la Misión constató las demoras en el traslado de pacientes que requieren tratamiento externo o especializado (incluyendo heridos y parturientas) y la falta de suministro de medicamentos suficientes, apropiados y adecuados. Por todo lo anterior, se recomendó al Estado colombiano la implementación de un sistema de seguridad social en salud para todas las personas privadas de la libertad en Colombia⁷³. Se reco-

⁷² La Misión tenía como mandato elaborar un informe técnico-jurídico sobre la situación carcelaria, que permitiese identificar los hechos violatorios de derechos humanos y hacer recomendaciones para superar y prevenir los mismos.

⁷³ Desde 1998, la Corte Constitucional ha insistido en la necesidad de garantizar el acceso de los reclusos al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En la sentencia T-606 de 1998, se ordenó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en coordinación con los Ministerios de Hacienda, Salud y de Justicia y del Derecho y con el Departamento Nacional de Planeación, que se iniciaran los trámites administrativos, presupuestales y de contratación que fueran indispensables "para constituir o convenir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que deberá estar operando plenamente en un término que no podrá exceder del 31 de marzo de 1999 y que cubra a la totalidad de los centros de reclusión del país, para detenidos y condenados". Posteriormente, en la sentencia T-530 de 1999, se exhortó a la Defensoría del Pueblo para que promoviera ante las autoridades competentes la afiliación al régimen

mendó también el desarrollo de una política multisectorial, a mediano y largo plazo, que incluya principalmente a los Ministerios de Justicia y del Derecho y de Salud, al INPEC, a la universidad, a la sociedad civil y a la empresa privada, a fin de priorizar la atención del sector salud en las cárceles y penitenciarías, mediante el apoyo a programas e iniciativas para mejorar la calidad de la atención médica primaria (preventiva), secundaria y terciaria, incluyendo programas especiales contra enfermedades prevenibles e infecto-contagiosas (Tuberculosis y VIH/SIDA).

La problemática de las personas privadas de la libertad en Colombia es especialmente preocupante. Los siguientes apartes se ocupan del contenido del derecho a la salud de este grupo poblacional, fundamentalmente en las dimensiones de acceso y atención. En el capítulo sobre aceptabilidad de la salud (*infra* Capítulo III, 2.1) se analizará la importancia que tiene para la salud de los reclusos la proscripción de tratos crueles, inhumanos y degradantes. Por otra parte, en el capítulo sobre la calidad de la salud (*infra* Capítulo IV, 2.1) se estudia cómo las condiciones de salubridad constituyen una condición de posibilidad para la reintegración social del recluso.

2.8.1. El derecho de las personas privadas de la libertad de acceder a una atención médica de calidad

El proyecto de Declaración Interamericana sobre los Derechos y la Atención de las Personas Privadas de la Libertad⁷⁴ constituye un avance importante en el tema que nos ocupa. En diversos artículos este documento consagra el derecho a la atención médica en la siguiente forma:

subsidiado del “personal de reclusos” de las penitenciarías La Modelo, La Picota y El Buen Pastor de la ciudad de Bogotá. Así mismo, en la sentencia T-256 de 2000 se conminó al Ministro de Justicia y del Derecho para que adelantara los planes, obras y programas que le fueron encomendados en las sentencias T-153 de 1998 y T-606 de 1998. Similar exhortación se expresa en la sentencia T-257 de 2000. En este contexto de incumplimiento reiterativo, se presentan las recomendaciones de la Misión Internacional en el año 2001.

⁷⁴ Presentado por el Gobierno de Costa Rica en abril 23 de 2001, tras haber contado con el apoyo de la organización Reforma Penal Internacional. El proyecto ha sido expuesto en las sesiones ordinarias de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA). Sin embargo, aún no ha sido aprobado por este organismo. En el encuentro de funcionarios de Defensorías del Pueblo de la Región Andina (Bogotá, octubre 30 y 31 de 2002), se adoptó como compromiso el inicio de un proceso de discusión y propuesta en relación con una Declaración de las Defensorías del Pueblo de la Región Andina y Panamá sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, donde se tome como referencia el proyecto interamericano.

“Artículo 25. Toda persona privada de la libertad debe tener derecho a la salud física y mental, así como a una atención médica adecuada, de conformidad con las disposiciones del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y del artículo 12 (1) del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales.

Artículo 26. Con el fin de garantizar políticas de salud pública coherentes y consistentes, las autoridades a cargo de la salud pública deben involucrarse en la administración, gestión y provisión de atención médica en los centros penitenciarios y de detención.

Artículo 27. Los principales problemas de salud pública en los centros penitenciarios y de detención con el fin de responder a las necesidades médicas y sanitarias de la manera más efectiva, deben ser identificados.

Artículo 28. Un número adecuado y suficiente de profesionales y técnicos en salud en los centros penitenciarios y de detención debe ser incorporado; y personal calificado para coordinar la atención médica debe ser controlado.

Artículo 29. El personal médico y otro personal calificado en salud debe mantener una vigilancia permanente de las condiciones médicas y sanitarias de los centros penitenciarios y de detención y debe diagnosticar, seleccionar y proveer atención médica y sanitaria a todas las personas privadas de la libertad, incluyendo aquellas que sufran de enfermedades crónicas como la adicción a las drogas, cualquier discapacidad, o enfermedades infectocontagiosas”.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en el deber que tiene el Estado de garantizar el derecho a la salud de los reclusos. Si bien algunos derechos de los reclusos pueden ser restringidos desde el momento en que éstos son privados de la libertad, otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades. El derecho a la salud es uno de ellos. Al respecto, la Corte afirmó expresamente:

“El Estado tiene deberes especiales para con los reclusos, con miras a que éstos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos y, parcialmente, aquellos que les han sido restringidos. Y estos deberes no implican simplemente que el Estado no debe interferir en la esfera

de desarrollo de estos derechos - como ocurriría en el caso de la libertad religiosa -, sino también - y de manera especial - que el Estado debe ponerse en acción para garantizarle a los internos el pleno goce de otros derechos, tales como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc. Esta conclusión se deriva de la misma **relación especial de sujeción** de los penados frente al Estado, y del hecho de que las condiciones que se imponen a los reclusos les impide que puedan satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades mínimas, cuya atención garantiza la posibilidad de llevar una vida digna.

(..) El derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios⁷⁵.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 34) ha destacado que los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, particularmente absteniéndose de denegar o limitar el acceso grupos marginados o vulnerables, como los presos o detenidos. Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁷⁶ establecen el derecho de acceso a los servicios de salud en las siguientes prescripciones:

“Servicios médicos. 22. 1) Todo establecimiento penitenciario dispondrá por lo menos de los servicios de un médico calificado que deberá poseer algunos conocimientos psiquiátricos. Los servicios médicos deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación. Deberán comprender un servicio psiquiátrico para el diagnóstico y, si fuere necesario, para el tratamiento de los casos de enfermedades mentales.

2) Se dispondrá el traslado de los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales, a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles. Cuando el establecimiento disponga de servicios internos de hospital, éstos estarán provistos

⁷⁵ Sentencia T-153 de 1998.

⁷⁶ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

del material, del instrumental y de los productos farmacéuticos necesarios para proporcionar a los reclusos enfermos los cuidados y el tratamiento adecuados. Además, el personal deberá poseer suficiente preparación profesional.

3) Todo recluso debe poder utilizar los servicios de un dentista calificado. (...)

24. El médico deberá examinar a cada recluso tan pronto sea posible después de su ingreso y ulteriormente tan a menudo como sea necesario, en particular, para determinar la existencia de una enfermedad física o mental, tomar en su caso las medidas necesarias; asegurar el aislamiento de los reclusos sospechosos de sufrir enfermedades infecciosas o contagiosas; señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para la readaptación, y determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo. (...)

62. Los servicios médicos del establecimiento se esforzarán por descubrir y deberán tratar todas las deficiencias o enfermedades físicas o mentales que constituyen un obstáculo para la readaptación del recluso. Para lograr este fin deberá aplicarse cualquier tratamiento médico, quirúrgico y psiquiátrico que se juzgue necesario”.

Por su parte, los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos⁷⁷ resaltan la obligación de no discriminar a las personas privadas de la libertad en relación con el acceso a la salud:

“(...) 9. Los reclusos tendrán acceso a los servicios de salud de que disponga el país, sin discriminación por su condición jurídica”.

A su vez, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión⁷⁸, expresa:

“Principio 24. Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, estas personas recibirán atención y

⁷⁷ Adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

⁷⁸ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988.

tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos”.

La Corte Constitucional ha sintetizado la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a la salud de los reclusos en los siguientes términos⁷⁹:

“c) El derecho a la salud de los reclusos no es de aquellos que se limitan por el hecho de encontrarse privados de la libertad. En efecto, las personas condenadas o detenidas tienen derechos que son objeto de limitaciones propias de la situación, pero el derecho a la salud “permanece incólume”⁸⁰.

d) El Estado es el principal responsable del cuidado y protección del derecho a la salud de los reclusos, en cuanto se reconoce la indefensión e imposibilidad de los internos de adelantar todos los medios necesarios para velar por su propia salud⁸¹. Esta obligación radica en cabeza del INPEC y de los directores de los centros carcelarios.

e) La defensa del derecho a la salud que el Estado debe brindar a los internos incluye el cuidado médico, entrega de medicamentos, autorización de exámenes de diagnóstico, atención quirúrgica y hospitalaria. Por consiguiente, “el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios”⁸².

f) El cuidado de la salud de los internos debe ser oportuno. Sin embargo, la oportunidad de la atención médica, quirúrgica u hospitalaria no sólo está dada por la urgencia de la enfermedad, sino que también se refiere a la atención idónea cuando existe dolor. Por ende, “aún en los casos en que la patología admita espera, si el preso sufre dolores intensos la atención médica o farmacéutica debe ser inmediata, por razones humanitarias, de tal manera que la demora en brindarla efectivamente no se convierta en una modalidad de tortura”⁸³.

⁷⁹ Sentencia T-233 de 2001.

⁸⁰ Sentencias T-153 de 1998, T-535 de 1998, T-606 de 1998 y T-530 de 1999.

⁸¹ Sentencias T-153 de 1998, T-535 de 1998, T-583 de 1998, T-607 de 1998 y T-575 de 1999.

⁸² Sentencias T-153 de 1998, T-535 de 1998, T-606 de 1998 y T-530 de 1999.

⁸³ Sentencia T-535 de 1998.

g) Los reclusos tienen derecho a ser afiliados a la seguridad social en salud, motivo por el cual es necesario que el gobierno o el Legislador regulen un sistema especial de salud para los reclusos, de tal forma que se les garantice una permanente y oportuna prestación de servicios médicos⁸⁴.

2.8.2. Estado de cosas inconstitucional en relación con el derecho a la salud de los reclusos por la falta de una oportuna práctica de exámenes y pruebas técnicas

Un interno que presentaba un problema en la columna vertebral, presentó una acción de tutela en la que manifestó que no estaba afiliado a ningún sistema de seguridad social en salud y que no le era permitido salir del penal para ser atendido, pese a que su familia asumiría los costos de la atención. La Corte Constitucional concedió la tutela de los derechos a una vida digna, a la salud y a la integridad personal y ordenó al INPEC disponer la efectiva atención médica del recluso, la práctica de la radiografía de columna, la evaluación de la misma, el suministro de los medicamentos y la iniciación y culminación de las terapias que el médico especialista considerara necesarias⁸⁵.

El alto tribunal declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de salud y asistencia médica y suministro de medicamentos al personal recluido en las cárceles del país. Conforme a ello, ordenó la adopción de los trámites administrativos, presupuestales y de contratación indispensables para constituir un sistema de seguridad social en salud, bajo la modalidad subsidiada, que cubra a la totalidad de los reclusos del país. En opinión de la Corte, es obligación del Estado mantener la salud de los reclusos y, por ello, es necesario un sistema de seguridad social. Agregó que parte fundamental del conjunto de prestaciones que, en el plano del servicio médico, deben asumir los establecimientos carcelarios está constituida por la oportuna práctica de los exámenes y pruebas técnicas que permitan establecer el estado de salud de las personas privadas de la libertad. Por ello, el sistema carcelario debe propiciar, con eficiencia y de manera oportuna, los mecanismos indispensables para determinar el estado real de salud de los reclusos y proporcionarles los cuidados médicos, asistenciales, terapéuticos o quirúrgicos, según el caso.

⁸⁴ Sentencias T-606, T-607 y T-608 de 1998, sentencia T-530 de 1999.

⁸⁵ Sentencia T-606 de 1998. En la sentencia T-607 de 1998, se trató un caso similar en que la Corte determinó que la obligación del sistema carcelario en relación con la salud de los reclusos incluye el suministro de medicamentos para controlar el dolor. Así mismo, en la sentencia T-530 de 1999, la Corte dio protección a la salud aunque esta no se encuentre en circunstancia extrema de protección.

2.9. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DESPLAZAMIENTO FORZOSO

El artículo 1º de la Ley 387 de 1997 precisa que es desplazado toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas, por cualquiera de las siguientes situaciones: conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los derechos humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público.

La definición de desplazado interno contiene dos elementos esenciales: **la coacción** que hace necesario el desplazamiento y la **permanencia dentro de las fronteras** de la propia nación⁸⁶. Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos⁸⁷ precisan los siguientes elementos en relación con el desplazamiento:

“Principio 1. 1. Los desplazados internos (...) no serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.

Principio 18. 1. Los desplazados internos tienen derecho a un nivel de vida adecuado.

2. Cualesquiera que sean las circunstancias, las autoridades competentes proporcionarán a los desplazados internos, como mínimo, los siguientes suministros o se asegurarán de que disfruten de libre acceso a los mismos:

(a) Alimentos esenciales y agua potable;

⁸⁶ Sentencia T-227 de 1997.

⁸⁷ Adición al Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng. Naciones Unidas. Documento E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11 de febrero de 1998, del 54º período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social (ECOSOC), Organización de las Naciones Unidas (ONU).

- (b) Alojamiento y vivienda básicos;
- (c) Vestido adecuado; y
- (d) Servicios médicos y de saneamiento esenciales.

3. Se harán esfuerzos especiales por asegurar la plena participación de la mujer en la planificación y distribución de estos suministros básicos.

Principio 19. 1. Los desplazados internos enfermos o heridos y los que sufran discapacidades recibirán en la mayor medida posible y con la máxima celeridad la atención y cuidado médicos que requieren, sin distinción alguna salvo por razones exclusivamente médicas. Cuando sea necesario, los desplazados internos tendrán acceso a los servicios psicológicos y sociales.

2. Se prestará especial atención a las necesidades sanitarias de la mujer, incluido su acceso a los servicios de atención médica para la mujer, en particular los servicios de salud reproductiva, y al asesoramiento adecuado de las víctimas de abusos sexuales y de otra índole.

3. Se prestará asimismo especial atención a la prevención de enfermedades contagiosas e infecciosas, incluido el SIDA, entre los desplazados internos”.

Las anteriores disposiciones de derecho internacional vinculan a las autoridades colombianas. En efecto, la Corte Constitucional consideró que la interpretación más favorable a la protección de los derechos humanos de los desplazados hace necesaria la integración de los Principios Rectores del Desplazamiento Interno al cuerpo normativo supranacional que integra el bloque de constitucionalidad. En consecuencia, todos los funcionarios a quienes compete la atención de la población desplazada, deben ajustar su conducta tanto a las normas constitucionales como a lo previsto en los mencionados Principios⁸⁸.

Al precisar el contenido del derecho a la salud y a la atención médica de las personas en situación de desplazamiento, la Guía para la Aplicación de los Principios Rectores

⁸⁸ Sentencia T-327 de 2001.

de los Desplazamientos Internos⁸⁹ precisa que, como mínimo, todas las personas desplazadas deben tener acceso a los servicios de atención primaria en salud, los cuales incluyen inmunización de los niños, servicios de saneamiento, programas de alimentación suplementaria para niños y adultos desnutridos y servicios de atención en salud reproductiva. Según la Guía:

“Debe prestarse atención especial a la prevención de enfermedades infecciosas y contagiosas, incluyendo el SIDA. (...) De otra parte, todas las personas desplazadas que estén heridas, enfermas y discapacitadas recibirán el cuidado médico que requieren, tan pronto como sea posible. El acceso a los servicios de salud mental es esencial dada la alta incidencia de estrés postraumático y otras reacciones psicológicas a las tensiones que las personas desplazadas han encontrado antes, durante y después de la huida.

Los Principios Rectores urgen a prestar atención especial a las necesidades de salud de las mujeres y (...) asesoría para víctimas de abusos sexuales y de otro tipo. Los servicios de salud inapropiados o inaccesibles pueden ser un obstáculo para la buena salud de la mujer y sus familias. (...) Además, con mucha frecuencia, en la ausencia de servicios de atención en salud apropiados para ellas, son pasadas por alto necesidades básicas de la mujer tales como el adecuado vestido e instalaciones de aseo para mujeres en menstruación”.

A continuación se analizan los precedentes jurisprudenciales en torno al derecho de acceso a la salud de las personas en situación de desplazamiento forzoso.

2.9.1. La obligación de superar la situación de estancamiento en que se encuentra la atención en salud a la población desplazada radica en el Presidente de la República

En sentencia de unificación de tutela⁹⁰, la Corte Constitucional analizó casos de desalojo a familias desplazadas, problemas en la adjudicación de planes de vivienda y el rechazo a comunidades de desplazados organizados en torno a proyectos productivos. En relación con la atención en salud de la población desplazada, la Corte encontró que

⁸⁹ Esta guía fue elaborada por el Proyecto sobre Desplazamiento Interno del Instituto Brookings en 1999 y ha sido acogida por la Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios de la ONU.

⁹⁰ Sentencia SU-1150 de 2000.

sólo el 22,1% de las personas desplazadas contaban con atención en el campo de la salud, lo cual era especialmente grave, dados los altos porcentajes de mujeres, niños y ancianos dentro de esta población y las necesidades de atención psicológica de la misma. Otra de las pruebas sometidas a consideración de la Corte, establecía que, de la población desplazada en 1998, sólo el 34% de los hogares tenía acceso a servicios de salud. Así mismo, las pruebas señalaban que por lo menos el 45% de la población desplazada requería atención psicológica. En materia de atención en salud, se manifestaba que, a pesar de que algunos hospitales de Soacha y Bogotá han atendido a la población desplazada, estos programas tienden a desaparecer por causa de la crisis hospitalaria.

222

CAPÍTULO 2

Según la Corte, en vista de la omisión del Estado en relación con su deber de protección a los asociados y de las deplorables condiciones de vida que afrontan las personas desplazadas por efectos de la violencia, las autoridades públicas deben procurar brindarles las condiciones necesarias para retornar a sus hogares o para iniciar una nueva vida en otros lugares. A la Presidencia de la República corresponde coordinar lo necesario para superar la situación de estancamiento en que se halla la atención en salud a la población desplazada⁹¹. En palabras del alto tribunal:

“En su calidad de Jefe de Estado [el Presidente de la República] debe velar por que los colombianos que se encuentran en condición de debilidad manifiesta - como ocurre con las personas desplazadas - reciban la asistencia que merecen como asociados de la comunidad política cuya existencia y unidad él representa; como Jefe de Gobierno él está llamado a conjurar la situación de perturbación del orden público que genera la emergencia social que representa el desplazamiento forzado; y como Suprema Autoridad Administrativa tiene la capacidad de dictar las instrucciones necesarias para lograr que la administración pública cumpla con sus obligaciones para con las personas desplazadas”.

⁹¹ Similares consideraciones fueron reiteradas en la sentencia T-1635 de 2000. Sobre la marginación de los desplazados y el desconocimiento de sus derechos fundamentales, véase también la sentencia T-227 de 1997, donde la Corte Constitucional destacó que el desplazamiento forzado constituye un problema humano y no de orden público.

2.9.2. En razón de la prevalencia constitucional de las situaciones objetivas frente a las formalidades, aunque la persona desplazada no esté carnetizada, es deber del Estado prestarle los servicios de salud

En 1997, por presión de los grupos paramilitares, un gran número de habitantes de municipios situados en Chocó y Antioquia se vieron obligados a abandonar sus viviendas, bienes y lugares de asentamiento y desplazarse a la ciudad de Quibdó. Cuatro años después, aproximadamente 128 familias interpusieron similar número de acciones de tutela solicitando la protección de los derechos a la vida, a la dignidad personal, derecho al trabajo, a la igualdad, a la salud, a la vivienda digna, a la educación y al acceso a la tierra de los trabajadores agrarios. Según los peticionarios, la atención en salud era pésima porque no se realizaban exámenes médicos de diagnóstico, no había tratamientos especializados y, además, no se hacía entrega de medicamentos porque la Red de Solidaridad Social no los había pagado.

En relación con el derecho a la salud, la Corte Constitucional ordenó al Director Nacional de la Red de Solidaridad Social, procurar la inscripción de los desplazados en el régimen subsidiado, sin perjuicio de exigirle al hospital de Quibdó que, desde la misma fecha de la sentencia, procediera a atender a los desplazados de manera eficiente, suministrándoles los medicamentos necesarios, para luego repetir contra el Fosyga⁹².

En relación con las normas que exigen que el beneficiario de protección se halle inscrito en el Registro Único de Población Desplazada, la Corte reiteró la jurisprudencia según la cual, en la concesión de derechos debe prevalecer la situación objetiva por encima de las formalidades. Por ello, aunque el desplazado no esté carnetizado, debe prestársele el servicio de salud, más aún cuando este derecho es fundamental en el caso de los niños y en el caso de los mayores, se protege por conexidad con el derecho a la vida. En este punto, la sentencia resaltó que el Acuerdo 59 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud estableció que el desplazamiento forzado era un evento catastrófico. Así, las instituciones del sistema deben ofrecer la atención necesaria y el Fosyga reembolsará lo pertinente, tal como lo establece el Acuerdo 185 de 2000 del mencionado Consejo.

⁹² Sentencia T-098 de 2002.

2.10 DERECHO A LA SALUD DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE INDIGENCIA

La indigencia genera dificultades de accesibilidad económica en relación con el derecho a la salud. Como lo ha precisado la Corte Constitucional⁹³, la indigencia atenta contra la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, razón por la cual el Estado debe intervenir de manera rápida y efectiva para garantizar la protección social de los indigentes. En palabras del alto tribunal⁹⁴:

“Acreditado el carácter de indigente absoluto - (i) incapacidad absoluta de la persona de valerse por sus propios medios; (ii) existencia de una necesidad vital cuya no satisfacción lesiona la dignidad humana en sumo grado; (iii) ausencia material de apoyo familiar - cabe reconocer en cabeza del sujeto y a cargo de la entidad pública respectiva, el derecho a recibir la prestación correspondiente, estableciendo - a la luz de las circunstancias - las cargas retributivas a su cargo (...)”.

Si la familia se encuentra en imposibilidad material de apoyar a uno de sus miembros, éstos no pueden quedar irremediablemente abandonados a su suerte. El Estado debe encontrar alternativas jurídicas para garantizar que las personas en situación de indigencia puedan ejercer sus derechos y, al mismo tiempo, exigir el cumplimiento de las obligaciones que, frente a ellos, tengan los particulares⁹⁵. A continuación se precisan las principales subreglas jurisprudenciales en torno al tema.

⁹³ Sentencia T-046 de 1997.

⁹⁴ Sentencia T-533 de 1992.

⁹⁵ *Ibid.* En este caso, una persona de 63 años de edad -quien manifestó llevar treinta años de separado, diez de no ver a sus tres hijos y dos de no poder trabajar como consecuencia de un problema ocular- afirmó que no había podido comunicarse con dos de sus hijos para solicitarles ayuda económica y expresó que el tercero se la había negado por no estar en condiciones para ello. Por ello, interpuso una acción de tutela solicitando al Estado el suministro de ayuda económica para una operación de los ojos que le posibilitaría recuperar la vista y así poder trabajar. El actor reconoció no haber visitado ningún centro asistencial para solicitar el servicio médico, pero exhibió una orden de operación de los ojos ordenada por un médico del hospital universitario Evaristo García de la ciudad de Cali. Al fallar el caso, la Corte Constitucional ordenó al juez de tutela que determinara si el accionante tenía la calidad de indigente absoluto. Demostrada la condición de debilidad manifiesta y la imposibilidad material de la familia para brindar asistencia, el principio de solidaridad social fundamenta la obligación del Estado de ofrecer una prestación directa e inmediata que restablezca el mínimo vital del solicitante. Ello, sin perjuicio del derecho -en cabeza de la autoridad estatal y cuando sea del caso- al reintegro posterior de su costo por parte del beneficiario y de su familia.

2.10.1. Obligación de la beneficencia de recibir a las personas en estado de indigencia y con retardo mental

Una indigente que padecía retardo mental severo no era objeto de atención médica, motivo por el cual el personero municipal presentó una acción de tutela contra la beneficencia departamental. La Corte Constitucional, además de tutelar los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la ciudadana indigente, ordenó a la beneficencia que adelantara los trámites necesarios para su ingreso a la institución, dentro de la posibilidad razonable de cupos existentes pero dando prioridad al presente caso, por tratarse de una persona que se encontraba en circunstancias de debilidad manifiesta. Todo ello, sin perjuicio de los costos a cargo de la Secretaría de Salud del Departamento⁹⁶.

De otro lado, la Corte precisó que aunque la entidad demandada no está obligada a recibir a todas las personas que le sean remitidas para institucionalización, es evidente que la obligación del Estado de proteger a las personas en circunstancias de debilidad manifiesta por causa de su condición mental, confiere a éstas el derecho de exigir una atención inmediata por parte de las autoridades en defensa del derecho inalienable a la vida y la salud.

2.10.2. El indigente que demuestre su debilidad manifiesta y solicite la solución de sus necesidades básicas en salud, es titular de un derecho subjetivo a exigir de la autoridad competente que opere el principio de prioridad del gasto público social

A un paciente portador del virus del SIDA, que no poseía el carné del SISBEN por no haber calificado para ello y que, además, se encontraba en una situación de “absoluta pobreza”, le fue inicialmente negada la hospitalización en urgencias por no contar con los recursos económicos para cubrir los respectivos gastos. Posteriormente, se permitió la hospitalización bajo la condición de que todos los medicamentos fueran asumidos por el paciente. Habida cuenta de que el enfermo no contaba con recursos económicos, un agente oficioso interpuso una acción de tutela solicitando la expedición del carné del SISBEN y la correspondiente afiliación al régimen subsidiado.

⁹⁶ Sentencia T-046 de 1997.

La Corte Constitucional consideró que la regulación del SISBEN era ineficiente para detectar a las personas pobres en circunstancias de debilidad manifiesta debido a las enfermedades que las aquejan. La Corte señaló que el alto índice de pobreza que presenta el país, determina que los recursos disponibles para la asistencia social sean insuficientes para atender a toda la población económicamente desfavorecida y, por tal razón, la inversión de los recursos públicos debe focalizarse en la población más necesitada, de modo que exista igualdad de oportunidades en la obtención de subsidios escasos. De esta manera, **es el sistema de distribución del gasto público en materia de política social en salud el que debe adecuarse a la específica situación de debilidad manifiesta de los enfermos que sufren de afecciones epidémicas como el SIDA y no éstos a la regulación administrativa.**

En el caso objeto de revisión, existían diversas razones para inaplicar la normatividad sobre gasto público social que, al no tomar en consideración si las personas padecen o no una enfermedad catastrófica, impedían la afiliación del actor al régimen subsidiado. Tal inaplicación era posible puesto que tanto el ordenamiento constitucional como su desarrollo legal (Ley 100 de 1993), reconocen como beneficiario del servicio público de la seguridad social en salud a quien padece una enfermedad catastrófica y mortal y no está afiliado al Sistema General de Seguridad Social por carecer de recursos económicos para contribuir o para costear su tratamiento⁹⁷.

2.10.3. Si el niño carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos, o bien porque éstos o, en su defecto, sus abuelos, hermanos mayores, u otros parientes cercanos, no cumplan con ese deber, la asistencia y protección incumbe directa e insoslayablemente a la sociedad y, a nombre de ésta, al Estado, a través de los organismos competentes para ello

En nombre de un grupo de niños, una ciudadana interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para que se ampararan sus derechos a la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social. La Corte Constitucional destacó que, a falta de una familia que cumpla con las obligaciones de protección a los

⁹⁷ Sentencia T-177 de 1999.

menores de edad, recae en el Estado la obligación subsidiaria de realizar las acciones de amparo, favorecimiento y defensa de los derechos del menor⁹⁸.

Según la Corte, las obligaciones del Estado y de la sociedad en materia de protección de los menores no pueden ser dilatadas toda vez que los deberes hacia éstos prevalecen sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica. De acuerdo con los artículos 2, 13, 48 y 44 de la Constitución, y habida cuenta de la extrema necesidad en que se encontraban los niños demandantes, el alto tribunal afirmó que estos menores son titulares de todos los derechos fundamentales y, de manera especial, del derecho a la seguridad social. Toda vez que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe emitir una resolución por medio de la cual se declare el abandono de los menores, la Corte remitió el caso a dicha institución para que, luego del procedimiento pertinente, fueran adoptadas las medidas necesarias para el restablecimiento de los derechos de los niños indigentes involucrados.

En relación con los niños y niñas indigentes, diversas instancias internacionales⁹⁹ han insistido en que el respeto del derecho a la vida de los menores de edad abarca la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas. Por ello, los niños en situación de riesgo tales como los niños de la calle, deben ser cobijados por medidas de prevención y protección. De conformidad con los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Villagrán Morales y otros¹⁰⁰, los Estados deben adoptar medidas, tanto legislativas como institucionales, para proteger y garantizar los derechos de los niños en situación de riesgo. Entre estas medidas puede figurar, igual que en el caso de los niños en estado de

⁹⁸ Sentencia T-029 de 1994.

⁹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17 del 28 de agosto de 2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Párr. 137. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos, en su Resolución 93 de 1994 sobre la difícil situación de los niños de la calle, exhortó a los gobiernos a que prosigan activamente la búsqueda de soluciones integrales para los problemas de los niños de la calle y adopten medidas para restablecer la cabal participación de esos niños en la sociedad y les proporcionen, entre otras cuestiones, nutrición, vivienda y servicios suficientes de salud y educación. Así mismo, se instó a los gobiernos a que garanticen el respeto de los derechos humanos fundamentales de los niños de la calle, en particular el derecho a la vida y a que, con carácter de urgencia, adopten medidas para prevenir la matanza de estos niños y combatir la tortura y los actos de violencia en su contra.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

abandono, el internamiento en establecimientos de guarda o custodia, siempre que éstos sirvan al objetivo de “garantizar el pleno y armonioso desarrollo de [la] personalidad [del niño]”.

2.II. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS¹⁰¹

La Convención Internacional Sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁰² protege el derecho a la salud de estos trabajadores en los siguientes términos:

“Artículo 28. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo.

Artículo 43. 1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:

e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes; (...)

Artículo 45. 1. Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con: (...)

¹⁰¹ Según el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, los trabajador emigrantes indocumentados o en situación irregular son aquellas personas que no se encuentran autorizadas a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte, y que, sin embargo, realiza dicha actividad.

¹⁰² Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. Colombia ratificó esta Convención el 23 de mayo de 1995.

c) El acceso a servicios sociales y de salud, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes; (...)

Artículo 70. Los Estados Partes deberán tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que, en el caso de los trabajadores migrantes, ciertos derechos asumen una importancia fundamental y, pese a ello, son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora y los derechos de asociación, libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. En opinión de la Corte Interamericana, es importante salvaguardar estos derechos de los trabajadores migrantes –de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su status migratorio- con fundamento en el principio de inalienabilidad¹⁰³.

229

CAPÍTULO 2

2.12. DERECHO A LA SALUD DE LOS REFUGIADOS Y APATRIDAS

Según el artículo 1º de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas¹⁰⁴, apátrida es “toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”. Por su parte, la Convención sobre el Estatuto de Refugiados¹⁰⁵ considera que un refugiado es aquella persona que “debido a fundados temores de ser perseguida

¹⁰³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18 de 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, septiembre 17 de 2003, párr. 157.

¹⁰⁴ Adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII) del 26 de abril de 1954. Entrada en vigor: 6 de junio de 1960.

¹⁰⁵ Convención de 28 de julio de 1951. Las disposiciones de la Convención se complementan con el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967. Colombia ratificó esta convención el 10 de octubre de 1961 y su ley aprobatoria es la Ley 35 de 1961.

por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. Los artículos 23 y 24 de dichos instrumentos se pronuncian sobre el derecho a la salud de estas personas en los siguientes términos:

“Artículo 23. -- Asistencia pública. Los Estados Contratantes concederán a los apátridas que residan legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos.

Artículo 24. -- Legislación del trabajo y seguros sociales. 1. Los Estados Contratantes concederán a los apátridas que residan legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes (...):

b) Seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o a los reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social) (...).”

En el contexto de la Comunidad Andina, la Carta Andina de Derechos Humanos¹⁰⁶, en su artículo 59, establece que se deben atender los siguientes temas prioritarios, con miras a mejorar la promoción y protección de los derechos humanos de los refugiados y apátridas:

¹⁰⁶ Guayaquil, 26 de julio de 2002. Fue suscrita por los Presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela reunidos en Consejo Presidencial Andino y en nombre de los pueblos de la Comunidad Andina. Este instrumento internacional surge como cumplimiento de los mandatos del Acta de Carabobo del 24 de junio de 2001 y de la Declaración de Machu Picchu sobre la democracia, los derechos de los pueblos indígenas y la lucha contra la pobreza de 29 de julio de 2001. A través de dicha acta y la mencionada declaración, los Presidentes de los países andinos encargaron al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores la preparación de la Carta sobre los principios y ejes temáticos de una política comunitaria en la materia.

“Artículo 59. (Los Países Miembros de la Comunidad Andina) prestarán atención a los siguientes temas prioritarios, con miras a mejorar la promoción y protección de los derechos humanos de refugiados y apátridas:

1. La protección de los refugiados y apátridas contra toda forma de discriminación y violencia en razón de su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, nacionalidad, orientación sexual, estatuto migratorio, edad y cualquier otra condición.
2. El acceso a ... servicios sociales y de salud (...).”

2.13. DERECHO DE ACCESO A LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS

La Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que No son Nacionales del País en que Viven¹⁰⁷ contempla las siguientes disposiciones en relación con la protección del derecho a la salud de los extranjeros:

“Artículo 8. 1. Los extranjeros que residan legalmente en el territorio de un Estado gozarán también, con arreglo a las leyes nacionales, de los siguientes derechos (...):

a) El derecho a condiciones de trabajo saludables y libres de peligros (...)

(...) c) El derecho a protección sanitaria, atención médica, seguridad social, servicios sociales, educación, descanso y esparcimiento, a condición de que reúnan los requisitos de participación previstos en las reglamentaciones pertinentes y de que no se imponga una carga excesiva sobre los recursos del Estado.”

¹⁰⁷ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

3. Obligaciones generales del Estado en materia de acceso a los servicios de salud

Las obligaciones de accesibilidad constituyen mandatos que buscan garantizar el acceso de todos, en igualdad de condiciones, al sistema de salud. Las obligaciones en relación con el acceso a la salud se encuentran en la Constitución Política, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional. En los apartes anteriores se profundizó en el tratamiento jurisprudencial de las distintas temáticas, con remisión al derecho internacional que ampara el acceso de los sujetos de especial protección constitucional. Este aparte dedicado a las obligaciones del Estado, debe entenderse como necesariamente conexo y complementario a lo anterior.

232

CAPÍTULO 2

La Observación General 14 (párr. 12) precisa que la accesibilidad reúne cuatro dimensiones: acceso sin discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información. Las obligaciones de accesibilidad con efecto inmediato se relacionan con la obligación de no discriminación. Además, aquí se asumen como obligaciones con efecto inmediato aquellas obligaciones que, relacionadas con accesibilidad, se refieren a los niveles esenciales de la salud establecidos en la mencionada Observación General. De otro lado, tienen efecto inmediato las obligaciones de respeto y de protección (*supra* Introducción, 2.3.2) que, por tratarse de abstenciones del Estado y de intervención directa sobre la actuación de terceros, pueden ser exigidas inmediatamente. Las obligaciones de accesibilidad física y económica pueden considerarse como obligaciones de cumplimiento progresivo. A partir de esta clasificación, se presentarán las obligaciones de accesibilidad en salud a cargo del Estado colombiano.

3.1. OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD CON EFECTO INMEDIATO

Los **niveles esenciales** del derecho a la salud consagrados en la Observación General 14 (párr. 43), relacionados con accesibilidad, son los siguientes:

“a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados”.

La Observación destaca como **obligaciones de prioridad comparable** (párr. 44) en materia de accesibilidad las siguientes:

“d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades”.

Así mismo, existen **obligaciones de respeto** (párr. 34) en punto a la accesibilidad:

- Abstenerse de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos.
- Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado.
- Abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.
- Abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual y genésica.
- Abstenerse de censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto.
- Abstenerse de limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario.

Las **obligaciones de proteger** (párr. 35) relacionadas con accesibilidad, son las siguientes:

- Velar por que las prácticas sociales o tradicionales nocivas no afecten al acceso a la atención anterior y posterior al parto ni a la planificación de la familia.

- Velar porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud.

Finalmente, las **obligaciones de cumplir** (párr. 36 y 37) relacionadas con accesibilidad y con efecto inmediato, son:

- Velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas.

- Organizar campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas.

- Velar porque el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios.

A continuación se analizan estas obligaciones a partir de su agrupación temática. En este sentido, se ofrece un conjunto de deberes correlativos generales que sintetizan los compromisos que tienen los obligados frente a los derechos y sujetos de especial protección relacionados con el contenido normativo del acceso a la salud.

3.1.1. Obligación de garantizar el acceso gratuito a la atención básica en salud

La Constitución Política hace alusión a esta obligación en su artículo 49:

“Artículo 49. (...) La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria (...)”.

Según la Corte Constitucional, “el legislador colombiano ha diseñado un sistema en el cual la atención básica y la prevención corresponden a los municipios; quienes tienen capacidad de pago se afilian al sistema de seguridad social en salud mediante el pago de una cuota; y, finalmente, las personas sin capacidad de pago acceden como vincula-

dos o afiliados al sistema de seguridad social subsidiado. Existen, además, servicios adicionales mediante los servicios complementarios, de medicina prepagada o seguros hospitalarios¹⁰⁸.

Con todo, a partir de una interpretación sistemática del bloque de constitucionalidad del derecho a la salud, la expresión “atención básica” debe relacionarse con el manejo de aquellos eventos que comprometan la dignidad humana de las personas como componente de su derecho a la salud. Su carácter, esencialmente preventivo, contempla la dimensión asistencial necesaria frente a las enfermedades que comprometen la dignidad de la persona. Así mismo, abarca el manejo de los niveles esenciales del derecho a la salud (*supra* Introducción, 2.3.3.2). En este sentido, si bien la gratuidad se predica frente a la atención básica, también debe comprender aquellos servicios que hacen posible llevar una vida digna y debe aplicarse a los casos en que las personas no cuenten con capacidad de pago¹⁰⁹.

3.1.2. Obligación de garantizar el ejercicio del derecho a la salud sin discriminación alguna

El párrafo 7 de la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos relativa a la No Discriminación¹¹⁰, precisa que el término “discriminación” debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que estén basadas en motivaciones prohibidas, tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.

¹⁰⁸ Sentencia T-821 de 2003.

¹⁰⁹ En opinión de Paredes “(e)s muy difícil establecer el límite que determine, dentro de los servicios de atención en salud, cuáles son básicos y por lo tanto deben ser gratuitos y cuáles no lo son y por lo tanto se les deben aplicar tarifas. Lo cierto es que este criterio no necesariamente es el más justo, porque, dependiendo de las contingencias que se presenten y de las condiciones económicas de las personas, un servicio requerido puede no ser básico; sin embargo, si no se suple puede estar comprometiendo la vida, y por lo tanto debe ser gratuito para aquellos que no cuentan con capacidad de pago”. Véase Natalia Paredes, *Derecho a la salud. Su situación en Colombia*, Bogotá, CINEP, 2003, p. 69.

¹¹⁰ Aprobada en el 37º periodo de sesiones, 1989.

El Estado colombiano ha adquirido una obligación con efecto inmediato de garantizar el acceso, de hecho y de derecho, a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, particularmente en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados. El Informe del año 2001 presentado por la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social¹¹¹, destaca como las minorías, las poblaciones indígenas, los migrantes, las personas con discapacidad y las personas con VIH/SIDA son particularmente vulnerables a la exclusión, la restricción, la segregación, la discriminación y la violencia.

El artículo 2 (2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece la cláusula general de prohibición de discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados en el Pacto:

“*Artículo 2.* 2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El Protocolo de San Salvador también incorpora la obligación de no discriminación:

“*Artículo 3. Obligación de no discriminación.* Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Como se observa, se prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirla, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación

¹¹¹ Período de sesiones sustantivo de 2001. Ginebra, 2 a 27 de julio de 2001. Naciones Unidas. Documento E/2001/100. Tema 14 g) del programa provisional. Cuestiones sociales y de derechos humanos: derechos humanos.

sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud¹¹². A continuación se exponen ciertos aspectos que la jurisprudencia internacional ha desarrollado en torno a sujetos específicos.

3.1.2.1. Obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación en el ámbito de la salud

El artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece:

“Artículo 2 . 1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

En relación con este punto, el principio de la no discriminación significa que ningún niño debe sufrir lesiones, recibir privilegios, padecer castigos o ser privado de sus derechos a causa de su raza, color o género; la opinión política o de otra índole; la casta, la propiedad o la situación al nacer; o cualquier tipo de discapacidad. Este principio implica, por tanto, que todos los niños —niñas y niños, ricos y pobres, habitantes de las zonas urbanas y las zonas rurales, pertenecientes a una minoría o a un grupo indígena— deben tener la oportunidad de disfrutar de los derechos estipulados en la Convención. Este instrumento indica que los Estados tienen que establecer quiénes son los niños más vulnerables y desfavorecidos dentro de sus fronteras y tomar las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento y la protección de los derechos de estos niños¹¹³.

¹¹² El párrafo 12 de la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa que, incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos, es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales con bajo costo.

¹¹³ Sobre este punto, ver la página de la UNICEF, <http://www.unicef.org/spanish/crc/crc.htm>.

3.1.2.2. Obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la salud

Los estados tienen la obligación de abordar las desigualdades de género que obstruyen la salud reproductiva, incluidas prácticas sociales sexistas y el limitado poder de decisión que tienen muchas mujeres respecto de su vida sexual y reproductiva. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales propende por un trato no discriminatorio contra la mujer en los siguientes términos:

“Artículo 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer¹¹⁴ contiene los siguientes artículos en relación con la salud de la mujer:

“Artículo 5. a). Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para (...) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipados de hombres y mujeres (...)”

Artículo 12. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

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

¹¹⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Colombia aprobó esta Convención mediante la Ley 51 de 1981.

Los instrumentos internacionales mencionados demuestran el profundo interés de la comunidad internacional en superar el trato discriminatorio del cual ha sido objeto la mujer. Frente al derecho a la salud de la mujer, el presente texto ha tratado de destacar que es en la salud sexual y reproductiva donde debe concentrarse gran parte del mencionado interés igualitario. En efecto, ello ha sido puesto de presente por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En su Recomendación General 24¹¹⁵, este órgano afirmó:

“2. (...) De conformidad con el texto del artículo 12, los Estados eliminarán la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto”.

3.1.2.3. Obligación de prohibir y eliminar toda forma de discriminación racial en el ámbito de la salud

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial¹¹⁶ estipula:

“Artículo 2. 1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas (...)

2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas,

¹¹⁵ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1. En su párrafo 19, la Recomendación destaca que “los Estados Partes deben indicar qué criterios utilizan para determinar si la mujer tiene acceso a la atención médica, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, lo que permitirá determinar en qué medida cumplen con lo dispuesto en el artículo 12. Al utilizar esos criterios, los Estados Partes deben tener presente lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención. Por ello, los informes deben incluir observaciones sobre las repercusiones que tengan para la mujer, por comparación con el hombre, las políticas, los procedimientos, las leyes y los protocolos en materia de atención médica”.

¹¹⁶ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969. Colombia ratificó esta Convención el 2 de septiembre de 1981 y su ley aprobatoria es la Ley 22 de 1981.

para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

Artículo 5. En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

(...) e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales; (...)"

Siempre que un Estado imponga una restricción a uno de los derechos enumerados en el artículo 5 de la mencionada Convención, deberá garantizar que, ni por su finalidad ni por su efecto, la restricción genera alguna forma de discriminación. Cabe anotar que, en relación con el derecho a la salud y al analizar el caso colombiano en 1999¹¹⁷, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial concentró algunas de sus recomendaciones en la superación de la situación de aquellos afrocolombianos que viven en condiciones de extrema pobreza en zonas de tugurios urbanos, lo cual –a juicio del Comité– configura una segregación racial de facto que hace nugatorios los derechos económicos, sociales y culturales de este sector de la población.

3.1.2.4. Obligación de no discriminar a los enfermos de VIH/SIDA

En no pocos casos, las epidemias de VIH y SIDA han generado en quienes las padecen un estigma por parte de sus seres queridos, su familia y su comunidad. La naturaleza

¹¹⁷ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Colombia. 20/08/99. 55º período de sesiones.

de este estigma y la discriminación que el mismo conlleva, han sido expuestos por la ONUSIDA¹¹⁸ en los siguientes términos:

- El estigma relacionado con el VIH/SIDA se fundamenta en prejuicios y desigualdades sociales, particularmente aquellas en función del sexo, la sexualidad y la raza. El estigma intensifica estas desigualdades.
- El estigma y la discriminación relacionados con el VIH/SIDA desempeñan una función primordial en la producción y reproducción de las relaciones de poder y control. Por su causa, algunos grupos resultan desvalorizados mientras que a otros los hacen sentirse superiores. En definitiva, el estigma crea desigualdad social y está reforzado por ella.
- Con frecuencia, los prejuicios y estigmas conducen a las personas a negar o entorpecer la prestación de servicios a las víctimas de discriminación. Por ejemplo, pueden impedir que los servicios de salud sean utilizados por una persona que vive con el VIH/SIDA o bien despedirla de su empleo basándose en su estado serológico respecto al VIH. Todo ello constituye discriminación.
- Debido al estigma y la discriminación relacionados con el VIH/SIDA, a menudo los derechos de las personas que viven con el VIH/SIDA y los de sus familias resultan violados simplemente porque se piensa que esas personas tienen el VIH/SIDA. Esta violación de derechos dificulta la respuesta a la epidemia y aumenta su impacto negativo.

Cabe anotar que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹¹⁹ ha precisado que la expresión “o cualquier otra condición” establecida en las disposiciones sobre la no discriminación en los textos internacionales de derechos humanos, abarca el estado de salud, incluido el VIH/SIDA.

Con fundamento en lo anterior, la ONUSIDA insiste en la obligación que tienen los Estados de no discriminar directa o indirectamente a los enfermos de VIH/SIDA en su

¹¹⁸ Sobre la situación general del estigma y la discriminación relacionados con el VIH/SIDA, ver la página de la ONUSIDA <http://www.unaids.org/humanrights/index.html>.

¹¹⁹ Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1999/49 y Resolución 2001/51.

legislación, su política o sus prácticas. Se deben adoptar medidas contra terceros que discriminen¹²⁰, así como medidas legislativas, presupuestarias, judiciales, de promoción y de otra índole, apropiadas para asegurar que se desarrollen las estrategias, políticas y programas que abordan la discriminación contra quienes sean portadores del VIH o están enfermos de SIDA y para velar porque se pague una compensación a quienes son discriminados.

Para abordar el estigma y la discriminación también se necesitan: i) estrategias que impidan el surgimiento de ideas que propicien los prejuicios y estigmas, y ii) estrategias que aborden o reparen la situación cuando persiste el estigma y éste se manifiesta a través de acciones discriminatorias que conducen a consecuencias negativas o a la negación de derechos o servicios.

A nivel nacional, la Corte Constitucional ha generado una jurisprudencia que resalta la obligación conjunta del Estado, la sociedad y la familia de participar en el cuidado de la salud de las personas asintomáticas infectadas y de los enfermos de SIDA¹²¹. En este punto, el principio de solidaridad implica que todos los integrantes de la comunidad deben unir esfuerzos para que el tratamiento del SIDA sea el más adecuado y evite la discriminación del enfermo¹²².

¹²⁰ Por ejemplo, mediante la adopción de una legislación que vele por el acceso igualitario a la atención de salud y a los servicios sanitarios prestados por terceras partes, que controle la comercialización de medicamentos y equipo médico y que asegure que los médicos y otros profesionales de la salud satisfagan los criterios apropiados de educación, conocimientos prácticos y códigos éticos de conducta.

¹²¹ Sentencia T-505 de 1992, entre otras.

¹²² Sobre la discriminación contra los portadores del VIH y enfermos de SIDA, véase la sentencia SU-256 de 1996. En este fallo, se estudió el caso de una persona que fue despedida debido a que portaba el virus de inmunodeficiencia humana (VIH). A través de la acción de tutela, solicitó el pago de liquidación, indemnización y de las cotizaciones en salud. Al revisar el caso, la Corte Constitucional destacó que el despido sin justa causa motivado por la discriminación, es inadmisibles constitucionalmente. Así mismo, se precisó que es distinta la situación del portador sano del virus frente a una situación de enfermedad crónica o contagiosa, a la que se refiere la legislación laboral como justa causa de despido. No existe esta justa causa en el caso del portador sano del VIH por cuanto esta situación no es calificable de "enfermedad" y, además, las enfermedades contagiosas a las que se refiere la normatividad laboral son aquellas que originan un peligro considerable de transmisión en las circunstancias ordinarias de la relación de trabajo. Por el contrario, el virus del VIH sólo se contagia por relación directa de tipo sexual o por inoculación sanguínea, situaciones muy ajenas a relaciones de trabajo normales. Entre otras cuestiones, se ordenó la afiliación del accionante al Sistema de Seguridad Social a fin de que recibiese la atención en salud requerida.

3.1.2.5. Obligación de no discriminar a las personas en situación de discapacidad

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad¹²³ establece el contenido específico de la discriminación contra este grupo poblacional:

“Artículo I. 2. Discriminación contra las personas con discapacidad. a) El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b) No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación”.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 5 relativa a los derechos de las personas con discapacidad¹²⁴, concentra parte de su estudio en la obligación de eliminar la discriminación por motivos de discapacidad. El párrafo 17 de esa Observación destaca que debe reconocerse que las necesidades de todo individuo son de la misma importancia. Además, se debe velar porque no sólo el sector de la salud pública, sino también los establecimientos privados que proporcionan servicios de salud, cumplan el principio de no discriminación en el caso de las personas con discapacidades. En la misma observación (párr. 19), el Comité,

¹²³ Adoptada por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1999. Vigente en Colombia a partir de la Ley 762 de 2002.

¹²⁴ Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párr. 30.

al analizar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, destaca que “(a) las personas con discapacidad se las trata a veces como si no pertenecieran a ninguno de los dos sexos. Como resultado de ello, a menudo, se pasa por alto la doble discriminación que padecen las mujeres con discapacidad”.

3.1.3. Obligación de no limitar el acceso a los métodos anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y reproductiva

El párrafo 34 de la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisa que los Estados deben abstenerse de censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto.

Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, al analizar en 1999 el caso de Colombia¹²⁵, expresó su preocupación por el hecho de que la esterilización es el medio más utilizado para la planificación de la familia en nuestro país. Insistió en que el uso generalizado de este método es una práctica que podría evitarse si las parejas tuviesen mayor información, educación y acceso fácil al uso de métodos de planificación de la familia. En consecuencia, se recomendó una mayor difusión del uso de métodos anticonceptivos, particularmente en los sectores más vulnerables.

3.1.4. Obligación de abstenerse de violar el Derecho Internacional Humanitario mediante la limitación del acceso a los servicios de salud como medida punitiva durante estados de emergencia o conflictos armados

La Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado¹²⁶, afirma:

“6. Las mujeres y los niños que formen parte de la población civil y que se encuentren en situaciones de emergencia y en conflictos armados en la lucha por la paz, la libre determinación, la liberación nacional y la independencia, o

¹²⁵ Naciones Unidas. Documento A/54/38, párrs. 395 y 396.

¹²⁶ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

que vivan en territorios ocupados, no serán privados de alojamiento, alimentos, asistencia médica ni de otros derechos inalienables, de conformidad con las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de los Derechos del Niño y otros instrumentos de derecho internacional”.

Por su parte, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I)¹²⁷ señala:

“Artículo 11: Protección de la persona. 1. No se pondrán en peligro, mediante ninguna acción u omisión injustificada, la salud ni la integridad física o mental de las personas en poder de la Parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma”.

Así mismo, el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)¹²⁸ establece:

“Artículo 5. Personas privadas de libertad. (...) se respetarán, como mínimo, en lo que se refiere a las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto armado, ya estén internadas o detenidas, las siguientes disposiciones:

e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad”.

¹²⁷ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entró en vigor el 7 de diciembre de 1978. En la sentencia C-574 de 1992 la Corte Constitucional declaró exequible este Protocolo mediante revisión oficiosa.

¹²⁸ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entró en vigor el 7 de diciembre de 1978. Mediante la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, Colombia aprobó este Protocolo.

3.1.5. Obligación de proteger a la misión médica y a las víctimas del conflicto armado

El mencionado Protocolo II contempla las siguientes garantías frente a la misión médica:

“Artículo 9: Protección del personal sanitario y religioso. 1. El personal sanitario y religioso será respetado y protegido. Se le proporcionará toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones y no se le obligará a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria.

2. No se podrá exigir que el personal sanitario, en el cumplimiento de su misión, dé prioridad al tratamiento de persona alguna salvo por razones de orden médico.

Artículo 10: Protección general de la misión médica. 1. No se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera que hubieren sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad.

2. No se podrá obligar a las personas que ejerzan una actividad médica a realizar actos ni a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas médicas destinadas a proteger a los heridos y a los enfermos, o a las disposiciones del presente Protocolo, ni a abstenerse de realizar actos exigidos por dichas normas o disposiciones.

3. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, se respetarán las obligaciones profesionales de las personas que ejerzan una actividad médica, en cuanto a la información que puedan adquirir sobre los heridos y los enfermos por ellas asistidos.

4. A reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, la persona que ejerza una actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o de negarse a proporcionar información sobre los heridos y los enfermos a quienes asista o haya asistido.

Artículo 11: Protección de unidades y medios de transporte sanitarios. 1. Las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios serán respetados y protegidos en todo momento y no serán objeto de ataques.

2. La protección debida a las unidades y a los medios de transporte sanitarios solamente podrá cesar cuando se haga uso de ellos con objeto de realizar actos hostiles al margen de sus tareas humanitarias. Sin embargo, la protección cesará únicamente después de una intimación que, habiendo fijado cuando proceda un plazo razonable, no surta efectos”.

El Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Colombia dedicó parte de su análisis al ataque en contra de servicios de salud por parte de grupos armados ilegales. Estos grupos han atacado personal, instalaciones y vehículos médicos, incluyendo medios de transporte utilizados por la Cruz Roja¹²⁹. Además, han atentado contra heridos atendidos en ambulancias o en centros clínicos.

El Derecho Internacional Humanitario claramente prohíbe los ataques de esta naturaleza. La salvaguarda del personal médico se enmarca dentro de la protección de su estatus de civiles y la labor imparcial y humanitaria que llevan a cabo, la cual, bajo ninguna circunstancia, puede ser entendida como un acto dañino u hostil. Las partes en el conflicto deben respetar al personal de salud y los signos de protección correspondientes. Así mismo, y como ha sido resaltado (*supra* 3.1.4) es obligación de las partes garantizar la protección de los heridos y enfermos en periodo de conflicto armado.

Lo anterior fue resaltado por la Corte Constitucional en el caso de un médico y su esposa quienes auxiliaron diligentemente a una militante activa de la Unión Patriótica gravemente herida. Por este motivo, el médico y su esposa fueron objeto de amenazas de muerte y otro tipo de hostigamientos por parte de grupos armados en la zona de Urabá. A pesar de haberse trasladado a otra ciudad, la entidad de salud a la que pertenecían insistía en ubicarlos nuevamente en la zona donde se presentó el hostigamiento. Acudieron entonces a la acción de tutela para que se revocara la orden de traslado, aduciendo las graves amenazas contra su vida. Al respecto, la Corte Constitucional estableció la siguiente subregla: **en zonas de orden público donde los medios ordinarios con los que cuentan las autoridades para restablecer y preservar la normalidad han sido insuficientes, el juez de tutela debe otorgar especial protección al personal médico que sea objeto de amenazas de muerte por parte de los grupos en conflicto, puesto que se encuentra en especiales condiciones de indefensión**¹³⁰.

¹²⁹ OEA/Ser.L/V/II.102, Doc. 9 Rev. 1. Párr. 145 y 314. 1999.

¹³⁰ Sentencia T-120 de 1997.

Para el alto tribunal, la decisión de la entidad de salud implicaba la imposición de una carga injustificada, toda vez que el personal de la salud no debe ser expuesto a un grave riesgo en razón de su profesión o de su vinculación al sistema. En otras palabras, no se puede exigir del personal de la salud que arriesgue la vida en aras del cumplimiento de su deber. Así mismo, la Corte consideró que **la protección que debe proporcionar la administración al funcionario amenazado gravemente en su vida por terceros, no sólo incluye la posibilidad de trasladarlo, sino también la actividad diligente de la administración para minimizar la exposición de la persona a la contingencia de que se cumplan las amenazas.** Por ello, es deber de la administración impulsar el acopio de los documentos que permitan decidir, por ejemplo, una reubicación.

248

CAPÍTULO 2

3.1.6. Obligación de garantizar el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas (acceso a la información)

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14), incluye dentro de los niveles esenciales del derecho a la salud (párr. 43) la obligación de impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir las enfermedades. Además, insiste en la disponibilidad de información como condición necesaria para fomentar los avances en la realización del derecho a la salud (*supra*, Capítulo I, 1.3). Así mismo, la Observación contempla una serie de compromisos que los estados deben asumir en el marco del acceso a la información:

- Abstenerse de censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto (párr. 34).
- Velar porque terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud (párr. 35).
- Garantizar la educación en salud (párr. 11).

- Garantizar la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA¹³¹, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas (párr. 36)
- Velar por la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios (párr. 37)
- Fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información (párr. 37).

El Protocolo de San Salvador (artículo 10. 2 e) ordena la adopción de medidas en relación con la educación de la población acerca de la prevención y tratamiento de los problemas de salud y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo que, por sus condiciones de pobreza, sean más vulnerables. Por su parte, la Constitución de 1991 no se refiere expresamente al acceso a la información en salud. Sin embargo, puede afirmarse que la referencia del artículo 49 a los programas de promoción y protección implica el suministro de información en torno a los mismos. En efecto, la difusión de la información que fundamenta estos programas constituye una condición de posibilidad para su funcionamiento, tanto a nivel de salud pública (colectiva) como individual.

Ahora bien, las nuevas tecnologías de información y comunicación permiten fomentar interacciones entre diversos actores (investigadores, profesionales de la salud, administradores y público en general) para el desarrollo e intercambio de conocimientos e informaciones, facilitando una participación más amplia en las decisiones sobre políticas y programas en el campo de la salud y de la investigación.

¹³¹ El informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión (Naciones Unidas. Documento E/CN.4/2003/67), destaca la importancia del acceso a la información en el contexto de la profilaxis y el tratamiento del VIH/SIDA.

El acceso a la información ofrece varias dimensiones. El presente libro destaca los enfoques que la jurisprudencia constitucional ha ofrecido en torno a este tema, particularmente en tres aspectos: (i) la información sobre el acceso a beneficios y subsidios en salud; (ii) la información sobre el funcionamiento del sistema, especialmente sobre las posibilidades de atención médica que ofrece; y (iii) la específica información sobre por qué los distintos planes del sistema ofrecen ciertas prestaciones y no otras. A continuación se analizan algunos precedentes judiciales al respecto. Cabe anotar que el derecho a la información que permita el consentimiento informado del paciente, como ejercicio de su autonomía personal, será analizado en el capítulo sobre aceptabilidad de la salud (*infra* Capítulo III, 1.2).

3.1.6.1. Con el fin de garantizar el acceso en igualdad de trato a los subsidios estatales, los particulares que acuden ante la administración pública para tramitar peticiones, deben contar con la suficiente información sobre la materia a decidir así como sobre el proceso decisorio aplicable en cada caso

Muchos casos que son tratados en las instancias judiciales de tutela, se relacionan con las dificultades y obstáculos que enfrentan personas en situación de debilidad manifiesta para acceder a beneficios con los que son amparados constitucional y legalmente. Uno de los más importantes beneficios se relaciona con servicios de atención médica y prestaciones propias del mínimo vital de subsistencia. En casos donde las trabas burocráticas y administrativas han impedido el suministro de un mínimo apoyo, la jurisprudencia ha precisado una serie de criterios que permiten superar la violación de derechos fundamentales. Para la Corte Constitucional, dentro de las exigencias que se desprenden de los derechos a la igualdad y al debido proceso se destacan: (i) el deber de precisar, mediante una definición clara, los elementos que constituyen el supuesto de hecho para reconocer una determinada prestación pública en cabeza de una persona; (ii) **el deber de acopiar información empírica suficiente** para establecer si la persona que solicita la asistencia o protección se encuentra incluida en la hipótesis del supuesto de hecho que justifica la asignación de una prestación; y (iii) el deber de evaluar el impacto que una decisión determinada—inclusión o exclusión de la persona— tiene sobre el cumplimiento presente y futuro de los objetivos del programa¹³². Según la Corte:

¹³² Sentencia T-149 de 2002.

“La ambigüedad o la incoherencia de los fines del programa, la incertidumbre suscitada por una evidencia empírica insuficiente o la no sostenibilidad económica del programa amenazan con frustrar la debida prestación de la seguridad social y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado respecto de los más necesitados. En el proceso de toma de decisiones administrativas deben observarse, por lo tanto, las exigencias mínimas que se desprenden del derecho al debido proceso frente a las actuaciones de la administración y los principios que rigen el ejercicio de la función pública, como la igualdad, la imparcialidad, la publicidad y la eficacia (artículo 209, inciso 1, C.P.). Con respecto a la transparencia y al manejo de la información, no sobra resaltar lo importante que resulta su acatamiento. La transparencia del proceso decisorio no sólo facilita su inteligibilidad para el ciudadano, sino que promueve un trato digno y justo de la persona solicitante”.

En consecuencia, es importante el correcto manejo y oportuno suministro de información por parte de la administración en los procesos de distribución de bienes, servicios, subsidios, recursos etc., de forma que se respete el principio de igualdad de trato a todos sus potenciales beneficiarios (CP, art. 13), se asegure el respeto a los principios que rigen la función pública (CP, art. 209) y se creen las condiciones para hacer efectivo el debido proceso administrativo como expresión del principio fundamental que garantiza a las personas la participación en las decisiones que los afectan e interesan (CP, art. 2)¹³³. Por lo tanto, “la persona que no obtiene de la administración información oportuna, pertinente, correcta y completa del procedimiento a seguir para hacerse acreedora de una prestación positiva del Estado es colocada en una situación de desventaja no compatible con el marco constitucional”¹³⁴.

¹³³ En la sentencia T-499 de 1995, la Corte destacó que “todos los posibles beneficiarios deben tener iguales oportunidades de acceso; el procedimiento no puede favorecer a ningún grupo de beneficiarios en particular; los mecanismos de selección no pueden conducir a establecer discriminaciones contrarias a la Carta, etc. (...) La efectividad de la participación depende, de manera fundamental, de la información que posean los posibles beneficiarios. Una incidencia real de la comunidad en los procesos de gestión pública y el ejercicio adecuado de la acción colectiva en las decisiones que afectan a la ciudadanía, sólo es posible si ésta posee los conocimientos suficientes y necesarios. (...) Las normas en las que se plasman las bases, criterios y procedimientos de distribución de prestaciones y bienes sociales, deben ofrecer a los beneficiarios todas las herramientas posibles de información, con la finalidad de que las exclusiones finales no sean producto de la ignorancia o de las equivocaciones incurridas al formular las respectivas peticiones”.

¹³⁴ Sentencia T-149 de 2002.

3.1.6.2. Derecho a la información en asistencia sanitaria. Deber de las ARS de suministrar información clara y suficiente a los beneficiarios del régimen subsidiado en relación con la prestación de servicios excluidos del POSS

La Corte Constitucional analizó el caso de una beneficiaria del régimen subsidiado que requería de la práctica de un procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POSS- y a quien no se le suministró información completa, clara y detallada acerca de la manera cómo podía acudir a otras instituciones de salud para conseguir la atención médica pertinente¹³⁵. El alto tribunal retomó el artículo 4º del Acuerdo No. 72 de 1997 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en armonía con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 806 de 1998, donde se afirma que los beneficiarios del régimen subsidiado que requieran servicios no incluidos en el POSS y no tengan capacidad de pago, podrán acudir a las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado. Estas entidades tienen la obligación de atenderlos de conformidad con su capacidad de oferta, caso en el cual están facultadas para cobrar una cuota de recuperación con sujeción a las normas vigentes.

Al respecto, principios elementales de igualdad sustancial y de tratamiento especial a las personas en situación de debilidad manifiesta (CP, art. 13), imponen a la ARS el deber de informar al afiliado que solicita la prestación de un servicio no incluido en el POS del régimen subsidiado acerca de la forma en que puede acudir a otras instituciones (públicas y privadas que tengan contrato con el Estado) para conseguir la atención médica que requiere¹³⁶.

En este sentido, el alto tribunal¹³⁷ ha considerado que cuando la ARS sólo informa acerca de las normas por las cuales no puede acceder a su solicitud, sin indicarle qué hacer y a dónde acudir para que le sea realizado el procedimiento médico indispensable para obtener un diagnóstico que permita iniciar un tratamiento adecuado con el fin de mejorar su salud, se configura una vulneración de los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

¹³⁵ Sentencia T-513 de 2002. En esta sentencia se reiteró el fallo T-452 de 2001.

¹³⁶ Sentencia T-452 de 2001.

¹³⁷ Sentencia T-729 de 2001. En este caso, la Corte ordenó a la ARS implicada que informara al demandante qué entidades públicas o privadas de la ciudad de Pasto, que tuvieran contrato con el Estado, estaban en capacidad de practicar el examen de TAC craneal simple y contrastado.

Se reconoce entonces un **derecho a la verdad en salud**, conforme al cual el ocultamiento de información a quien se encuentra vitalmente interesado en la misma configura una conducta que pone a la persona en situación de indefensión¹³⁸. Por ello, el incumplimiento del deber de informar acerca de las posibilidades que brinda el sistema, adquiere relevancia constitucional cuando dicha omisión vulnera de manera directa los derechos fundamentales de quien es acreedor de la información.

3.1.6.3. Derecho a conocer las razones por las cuales ciertos procedimientos, exámenes y tratamientos no se encuentran incluidos dentro del POS

A una mujer embarazada se le ordenó la realización de un examen necesario para establecer si el menor que estaba esperando presentaba el Síndrome de Turner. El Seguro Social se negó a realizar el examen, aduciendo que no estaba incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud. Al revisar el caso, la Corte Constitucional, de conformidad con pruebas remitidas por el Ministerio de Salud y la Academia Colombiana de Medicina, encontró que no existía una razón específica por la cual el examen no se encontraba incluido en el POS.

La definición del contenido de este plan se determina a partir de un estudio sobre los años de vida saludables ganados o perdidos según el mal en cuestión y los tratamientos y exámenes se agrupan de acuerdo con su incidencia sobre la ganancia de vida. Se busca que el POS refleje en sus contenidos los problemas más importantes del país. Con todo, el alto tribunal precisó que el Ministerio de Salud había informado que no podía explicar las razones por las cuales el examen solicitado por la demandante no había sido incluido en el POS¹³⁹.

¹³⁸ Sentencia T-125 de 1994.

¹³⁹ Sentencia T-960 de 2001. A pesar de la complejidad del caso, la Corte negó la tutela al considerar que la negativa de la entidad en practicar el examen no generaba peligro alguno para la vida de la madre o del feto. Así mismo, se pudo establecer que el procedimiento en sí mismo suponía un riesgo para la pareja y el menor y que la información que resultaría de la realización del cariotipo de estudio en líquido amniótico – excluido del POS –, no permitiría realizar tratamiento alguno para mejorar o paliar los efectos del síndrome de Turner. Simplemente confirmaría el diagnóstico que arroja el examen ecográfico. A partir de dicha confirmación se podría iniciar una terapia que preparara a la madre para enfrentar el mal del menor.

La Corte destacó que la definición del contenido del POS no es una facultad arbitraria sino reglada y controlable. Para excluir cualquier asomo de arbitrariedad, es necesario que la administración pueda explicar las razones por las cuales ha adoptado cierta determinación. De allí que, en materia de salud, **a los colombianos les asiste el derecho a conocer las razones por las cuales ciertos procedimientos, exámenes y tratamientos médicos no se encuentran incluidos dentro del POS.** Únicamente de esta manera es posible controlar una actuación administrativa que define sus derechos. Por lo tanto, se ordenó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que, en un término razonable, reuniera información que explicara las razones por las cuales se adoptó el actual contenido del POS y los motivos que sustentan las exclusiones del mismo.

254

CAPÍTULO 2

3.2. OBLIGACIONES DE ACCESIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO

En este aparte, se analizan aquellas **obligaciones de cumplir** en materia de accesibilidad que no hacen alusión directa a los niveles esenciales de la salud, motivo por el cual su cumplimiento se subordina a los recursos con los que cuenta el Estado para su realización. Sin embargo, el desarrollo progresivo de estas obligaciones es exigible, lo cual da lugar a la prohibición de regresividad. Debe entenderse, claro está, que tanto la accesibilidad física como la accesibilidad económica directamente relacionadas con los niveles esenciales del derecho a la salud son exigibles en forma inmediata.

3.2.1. Obligación de ubicar los establecimientos, bienes y servicios de salud al alcance geográfico de todos los sectores de la población (accesibilidad física)

La accesibilidad física es desarrollo del principio de universalidad que establece la Constitución de 1991 en su artículo 49, donde ordena al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 12) ha precisado que los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial de los grupos vulnerables o marginados, tales como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las

personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, sean ubicados a una distancia geográfica razonable, especialmente en las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso físico de las personas con discapacidad a los establecimientos, bienes y servicios de salud.

3.2.2. Obligación de ofrecer los establecimientos, bienes y servicios de salud al alcance económico de todos, bajo un criterio de distribución equitativa (accesibilidad económica –asequibilidad–)

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha entendido la obligación de propiciar la accesibilidad económica a los servicios de salud como aquella que implica que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance económico de todos. Por ello, los pagos por atención de la salud y servicios relacionados con sus factores determinantes básicos deben basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. En cuanto a los gastos de salud, la equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada en comparación con los hogares más ricos. En este sentido, los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes¹⁴⁰.

Existen debates sobre como debe entenderse este acceso igualitario y equitativo. Según el *Informe sobre la Salud en el Mundo 2000*, presentado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), Colombia ocupaba el primer lugar entre los 191 países estudiados en “equidad financiera” del sistema de salud. Sin embargo, este informe generó una profunda polémica sobre el criterio de “equidad” manejado por dicha organización inter-

¹⁴⁰ Es importante destacar que, para el Comité, una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que puede no ser manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente los servicios curativos costosos que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población.

nacional¹⁴¹. Para la OMS, equidad significa que las necesidades de las personas y no los privilegios sociales determinan la distribución de oportunidades para el bienestar. La búsqueda de equidad en la salud y en los servicios de salubridad significa tratar de reducir la brecha entre grupos con diferentes niveles de privilegio social.

De otra parte, la reducción del gasto social presenta dificultades para la accesibilidad económica. La equidad en los servicios es sacrificada frente a otros imperativos, como el ajuste fiscal. Otros obstáculos se relacionan con el alto costo de la tecnología, medicamentos y tratamientos, lo cual que impide en muchos casos la cobertura mínima.

256

CAPÍTULO 2

La asequibilidad económica de los medicamentos es una preocupación de primer orden en esta dimensión del acceso. Al respecto, la Resolución de la Organización Mundial de la Salud sobre Acceso a Medicamentos para los Enfermos de SIDA¹⁴² constituye un importante precedente. La resolución insta a los Estados,

“a que adecuen su compromiso político, (...) asignando un presupuesto nacional y de donativos apropiado para la prevención del VIH/SIDA, así como para la atención y el apoyo a las personas infectadas y afectadas; (...)

a que refuercen los sistemas de salud que aseguran recursos humanos adecuados y calificados, sistemas de suministro y planes de financiación para hacer frente a las necesidades de la atención y la prevención del VIH/SIDA; (...)

a que aumenten el acceso al tratamiento y la profilaxis de las enfermedades relacionadas con el VIH mediante medidas tales como la garantía del suministro y la

¹⁴¹ Sobre este asunto, véanse las memorias del Seminario Internacional El Derecho a la Salud y la Equidad en los servicios de salud, Bogotá, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Universidad Nacional, ALAMES, 2001, pp. 11-12. Entre las múltiples ideas debatidas, vale la pena destacar las críticas al enfoque de la OMS según el cual si un sistema logra que los ricos gasten más que los pobres en atención médica, su sistema de salud es financieramente más equitativo. Contrario a esto, diversos autores insisten en que es posible que un rico gaste proporcionalmente más que un pobre, más aún si existe un subsidio a la demanda. Sin embargo, si el rico recibe mayor cantidad, calidad, oportunidad y eficacia que el pobre en su atención médica, no se puede hablar de equidad. Esta sería la situación en Colombia, donde existen planes de beneficios diferentes según la capacidad de pago de las personas, de manera que los ricos tienen mejores opciones que los pobres, a pesar de los mecanismos de regulación del mercado definidos en el Sistema.

¹⁴² 53ª Asamblea Mundial de la Salud.

asequibilidad de los medicamentos, con inclusión de un sistema fiable de distribución y entrega; la aplicación de una política enérgica sobre medicamentos genéricos; la compra a granel; la negociación con las empresas farmacéuticas; la creación de sistemas de financiación apropiados; y la promoción de la fabricación local y de prácticas de importación compatibles con las leyes nacionales y con los acuerdos internacionales a los que se hayan adherido;

a que definan y afirmen su función y, cuando sea apropiado, establezcan fórmulas de asociación y emprendan iniciativas de solidaridad para lograr que los medicamentos profilácticos y terapéuticos sean accesibles y costeables, y que su utilización sea segura y eficaz, ya estén destinados a la prevención de la transmisión de la madre al niño, a la prevención y el tratamiento de enfermedades oportunistas, o al tratamiento antirretrovírico de los pacientes; (...)"

Otro interesante esfuerzo en el marco de la accesibilidad económica en materia de medicamentos lo constituye la Declaración de Amsterdam para Detener la Tuberculosis («Llamamiento para una acción acelerada contra la tuberculosis»)¹⁴³, donde expresamente se reconoce que:

“la accesibilidad de los medicamentos inocuos y eficaces de primera línea sigue siendo una preocupación importante en muchos países;

También, la asequibilidad y accesibilidad de los medicamentos de segunda y tercera línea requieren atención urgente”.

Como se observa, el acceso a medicamentos constituye un elemento esencial en el marco de la asequibilidad económica. Así como se ha hecho alusión a los esfuerzos en el marco de los medicamentos correspondientes al tratamiento del VIH/SIDA y la tuberculosis, las obligaciones internacionales del Estado en relación con las enfermedades infecciosas, epidémicas y endémicas implican un necesario compromiso con el acceso a los medicamentos necesarios para su tratamiento.

¹⁴³ 24 de marzo de 2000, Amsterdam, Países Bajos.

CAPÍTULO III.

LA ACEPTABILIDAD DE LA SALUD

La Observación General 14 (párr. 12) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, presenta la aceptabilidad como elemento esencial del derecho a la salud en los siguientes términos:

“c) *Aceptabilidad.* Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”.

Esta dimensión del derecho a la salud se refiere al contexto en que las personas lo ejercen. Dicho contexto toma en cuenta los condicionamientos éticos y culturales que la sociedad, en un momento determinado, asume frente al bienestar físico y mental. En este sentido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha utilizado la idea de aceptabilidad de la salud con el objeto de fundamentar una serie de criterios en torno al respeto de la integridad de las personas, independientemente de su contexto cultural y social. El presente capítulo se concentra en estos criterios y entiende la salud como un componente más de la autonomía y de la autorrealización personal y colectiva.

La aceptabilidad implica, además, las libertades que se fundamentan en el derecho a la salud. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 8):

“El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y

genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales”.

En este capítulo se analizan los derechos, sujetos de especial protección y obligaciones relativas a la aceptabilidad de la salud.

1. El derecho a la aceptabilidad de la salud

La aceptabilidad de la salud implica que, entre un conjunto de posibilidades, las personas puedan elegir en torno al manejo de su propia salud. De allí que deban salvaguardarse (1.1) el derecho a la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud, (1.2) el derecho a la autonomía en el manejo de la propia salud y la autonomía del paciente, (1.3) el derecho a una muerte digna, (1.4) el derecho a la prevención de los problemas de salud mental, (1.5) el derecho a la protección del cuerpo contra injerencias ajenas, y (1.6) el derecho a la autodeterminación reproductiva.

1.1. DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS DATOS PERSONALES RELATIVOS A LA SALUD

La obligación de garantizar el acceso a la información (*supra* Capítulo II, 3.1.6) no debe menoscabar la confidencialidad de los datos sobre la salud de los pacientes. En la medida en que esta confidencialidad se deriva del principio de dignidad de la persona, la jurisprudencia constitucional la ha amparado como un desarrollo más del derecho fundamental al habeas data.

1.1.1. El secreto profesional médico garantiza la confidencialidad de la historia clínica y de la información sobre el paciente

La Corte Constitucional ha sintetizado su jurisprudencia sobre el secreto profesional médico en los siguientes términos¹:

- a. La historia clínica, su contenido y los informes que de la misma se deriven, están sujetos a reserva y, por lo tanto, sólo pueden ser conocidos por el médico y su paciente (Sentencia T-161 de 1993).
- b. Sólo con la autorización del paciente, puede revelarse a un tercero el contenido de su historia clínica (Sentencia T-413 de 1993).

¹ Sentencia C-264 de 1996. En esta sentencia se analizó la constitucionalidad de los artículos 37 y 38 de la Ley 23 de 1981, donde se consagran excepciones a la inviolabilidad del secreto profesional médico.

c. Levantada la reserva de la historia clínica, su uso debe limitarse al objeto y al sentido legítimos de la autorización dada por el paciente (Sentencia T-413 de 1993).

d. Datos extraídos de la historia clínica de un paciente, sin su autorización, no pueden ser utilizados válidamente como prueba en un proceso judicial (Sentencia T-413 de 1993).

e. No puede el Legislador señalar bajo qué condiciones puede legítimamente violarse el secreto profesional (Sentencia C-411 de 1993).

f. El profesional depositario del secreto profesional está obligado a mantener el sigilo y no es optativo para éste revelar su contenido o abstenerse de hacerlo (Sentencia C-411 de 1993).

g. En situaciones extremas en las que la revelación del secreto tuviere sin duda la virtualidad de evitar la consumación de un delito grave podría inscribirse el comportamiento del profesional en alguna de las causales justificativas del hecho (C.P. art. 29) (Sentencia C-411 de 1993)”.

El secreto profesional es una forma de proteger las revelaciones hechas a un profesional por una persona sobre sus experiencias subjetivas y, en general, ampara la vida privada. Este secreto se extiende incluso a los parientes del paciente, a quienes no puede revelarse ningún dato médico acerca de éste, salvo que exista una autorización expresa otorgada por el paciente en uso de sus plenas capacidades mentales y con plena conciencia de las implicaciones que acarrea la divulgación de la información. La vulneración del secreto profesional, mediante la revelación de datos del paciente a su familia, lesiona su autonomía y viola el deber de sigilo que debe mantener el médico². Sin embargo, la Corte ha precisado que cuando no es posible o factible obtener el consentimiento del paciente por encontrarse en un estado mental anormal, inconsciencia o minoridad, la revelación a los familiares se torna necesaria para proteger la salud y la vida del enfermo y, por ello, no quebranta el secreto profesional. El alto tribunal considera que en estos casos, se entiende que los parientes asumen la representación del paciente o agencian sus derechos.

² *Ibid.*

La Corte también ha afirmado que siempre que la prueba o la diligencia en la que interviene un médico hayan sido válidamente ordenadas por un juez o autoridad competente dentro de un proceso o actuación pública, la presentación del peritazgo o dictamen respectivos, en cuanto corresponde al cumplimiento de un encargo legal, no es violatoria del deber de sigilo. Por el contrario, es inconstitucional la declaración que se exija a un médico sobre hechos o circunstancias del enfermo, conocidos en razón de su relación profesional, toda vez que ello conduce a la autoincriminación del paciente. Finalmente, en casos relacionados con informes sanitarios o epidemiológicos, es posible suministrar información siempre y cuando no se individualice al paciente.

1.1.2. Se debe garantizar que el acceso a la información sobre la salud de las personas contenida en bases de datos, se realice bajo los principios de responsabilidad compartida y de cargas mutuas

Un ciudadano interpuso una acción de tutela contra el Departamento Administrativo de Catastro del Distrito Capital y la Superintendencia Nacional de Salud puesto que estas instituciones dispusieron en internet una página virtual con la información catastral y la información relacionada con la afiliación al régimen de seguridad social en salud. A dicha información era posible acceder con el número de la cédula de ciudadanía de las personas. El demandante consideró que la disposición y la facilidad de acceso a tal información, en las circunstancias actuales de orden público del país, desconocían diversos derechos fundamentales, particularmente la intimidad.

La Corte Constitucional tuteló el derecho a la autodeterminación informática vulnerado por las entidades demandadas. En consecuencia, les ordenó eliminar cualquier posibilidad de acceso indiscriminado a los datos personales de los ciudadanos, mediante la digitación del número de la cédula de ciudadanía³. La Corte destacó que existe la obligación constitucional de garantizar que el acceso a la información personal se realice bajo el principio de responsabilidad compartida y el principio de cargas mutuas⁴. Ello

³ Sentencia T-729 de 2002.

⁴ *Ibid.* Según el principio de responsabilidad compartida, tanto quien solicita la información como quien la suministra, deben desarrollar su conducta teniendo en cuenta la existencia de un interés protegido en cabeza del titular del dato. El principio de cargas mutuas implica que, a mayor información solicitada por un tercero, mayor detalle sobre su identidad y sobre la finalidad de la información.

exige diligencia en el manejo de los datos personales así como la adopción de mecanismos de seguridad adecuados, que permitan la salvaguarda de la información contenida en las bases de datos.

1.2. DERECHO A LA AUTONOMÍA EN EL MANEJO DE LA PROPIA SALUD Y DERECHO A LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE. NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 37), establece que el apoyo a las personas en la adopción, con conocimiento de causa, de aquellas decisiones relativas a su salud es una obligación de promoción que radica en cabeza de los Estados. En este sentido, la autonomía individual constituye un presupuesto para el disfrute de la salud. A continuación, se analizan las subreglas jurisprudenciales relativas a la autonomía de las personas en el manejo de su salud y de los pacientes frente a la relación médica. En este sentido, se hace referencia al derecho al consumo de dosis personal de sustancias psicotrópicas (1.2.1) y al consentimiento informado en la relación médico paciente (1.2.2).

1.2.1. Aunque el legislador puede prescribir la forma en que los individuos deben comportarse con otros, no puede prescribir la manera en que cada persona debe comportarse consigo misma, toda vez que incurriría en una política perfeccionista inadmisiblemente constitucionalmente. Por consiguiente, el respeto de la autonomía personal en el manejo de la propia salud determina, inclusive, que deban tolerarse cierto tipo de actividades perjudiciales para la salud de cada individuo

Un ciudadano demandó el literal j del artículo 2º y el artículo 51 de la Ley 30 de 1986 relacionados con la definición y penalización (a través de arresto, tratamientos y/o internamiento en establecimientos psiquiátricos o similares) del porte de la dosis personal de estupefacientes (cantidad de estupefaciente que una persona porta o conserva para su propio consumo). La Corte Constitucional declaró exequible el porte de la dosis personal y precisó que los artículos impugnados encontraban apoyo en el artículo 49 de la Constitución, donde se establece que “toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”. La Corporación consideró que era inadmisiblemente interpretar esta disposición de la Constitución –y, por tanto, los artículos demandados– como la consagración de un *deber para consigo mismo*

puesto que el derecho no puede regular ese tipo de deberes. En otras palabras, puede hablarse de deberes *morales* frente a uno mismo, más no de deberes *jurídicos*⁵.

Así mismo, no puede entenderse que el artículo 49 de la Carta regule deberes hacia otros⁶ ni que establezca una norma paternalista⁷, inadmisibles a la luz del principio de autonomía personal que garantiza la Constitución. En efecto, el Estado no es el “dueño absoluto de la conducta de cada persona, aun en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena”. Por consiguiente, el deber de procurar el cuidado integral de la propia salud debe interpretarse como “un mero deseo del constituyente llamado a producir efectos psicológicos que se consideran plausibles” pero “sin connotaciones normativas” y “en modo alguno generador de un deber jurídico susceptible de plasmarse en la tipificación de una conducta penal”. Además, la Corte Constitucional resaltó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP, art. 16) prohíbe castigar penalmente conductas que no supongan un daño para otro. Más aún cuando “los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos”.

Al analizar la disposición que impone al drogadicto el internamiento en un establecimiento de carácter psiquiátrico o similar hasta que la recuperación se produzca, el alto tribunal precisó que dicha medida es inconstitucional, puesto que cada quien es libre de decidir si es o no del caso recuperar su salud⁸. Finalmente, la Corporación precisó

⁵ Sentencia C-221 de 1994.

⁶ *Ibidem*. Este argumento es de particular importancia para entender la autonomía de la persona en el manejo de la propia salud. En efecto, la Corte considera que si el mencionado deber se considera como un deber hacia personas próximas al drogadicto, entonces (i) quien no tiene allegados no podría cometer el delito, lo cual resultaría absurdo. Además, (ii) el castigo no serviría para otra cosa que para acrecentar el dolor de los allegados, situación que también es absurda. De otra parte, si se considera que es un deber hacia la comunidad, entonces tendría que prohibirse también el consumo de sustancias nocivas como el tabaco, el alcohol o las grasas, que aumentan el colesterol y propician enfermedades coronarias. Así mismo, si se considera que es un deber derivado del peligro potencial que para otros supone el consumo de drogas, no sólo (i) se establecería una discriminación sin fundamento entre el consumo de drogas y el de alcohol, y (ii) se desconocería que un sistema penal liberal y democrático no puede castigar conductas peligrosas.

⁷ *Ibidem*. La Corte destaca que la filosofía que informa la Carta Política del 91 es libertaria y democrática. Además, se rechaza la idea de “un Estado paternalista y protector de sus súbditos, que conoce mejor que éstos lo que conviene a sus propios intereses y hace entonces obligatorio lo que para una persona libre sería opcional”. Esto último genera una consecuencia inadmisibles: “la negación de la libertad individual, en aquel ámbito que no interfiere con la esfera de la libertad ajena”.

⁸ *Ibidem*. La Corte manifiesta expresamente “(s)i yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme”.

que si el Estado encuentra indeseable el consumo de narcóticos y estupefacientes y juzga deseable evitarlo sin vulnerar la libertad de las personas, la única vía adecuada y compatible con el Estado Social de Derecho es brindar la posibilidad de educación integral en torno al tema⁹.

En conclusión, la esfera de decisión sobre el sentido de la propia existencia resulta afectada si al individuo se le impone la obligación de abstenerse de una conducta que le perjudica. Por consiguiente, el respeto de la autonomía personal determina, inclusive, que se deba tolerar a aquellas personas que desarrollan actividades perjudiciales para su salud, siempre y cuando no afecten los derechos de los demás.

1.2.2. En una sociedad fundada en el pluralismo y la dignidad humana, el principio de autonomía prevalece prima facie sobre otros principios concurrentes. Por consiguiente, y salvo ciertas excepciones, prevalece el consentimiento informado del paciente sobre las consideraciones del médico tratante o el interés de la sociedad y del Estado en preservar la salud de las personas

En el contexto de la relación médico-paciente, la autonomía no desaparece cuando el enfermo debe someterse a una serie de tratamientos para alcanzar mejoría de su salud. La Corte Constitucional ha delimitado estas relaciones entre el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud en casos donde aparece el siguiente problema jurídico: ¿en caso de disputa entre el médico y su paciente en relación con el procedimiento que debe ser llevado a cabo, puede aquél decidir y prescribir el tratamiento que considere más adecuado aún en aquellos casos en los cuales el enfermo no está de acuerdo con la decisión tomada, cuando ello es riesgoso para el paciente o cuando se subordina su autonomía personal?¹⁰. El conflicto no se refiere exclusivamente a la relación entre el

⁹ Cabe anotar que en la sentencia C-309 de 1997 (constitucionalidad de la exigencia de utilizar el cinturón de seguridad), la Corte, si bien atendió a los criterios establecidos en la sentencia C-221 de 1994, destacó que, en los casos en que se presume que la persona no quiere asumir un riesgo en contra de su integridad física y la actuación dañina consigo mismo no constituya un elemento para la realización personal (como puede ocurrir en algunos casos de consumo de dosis personal de droga), el Estado puede aplicar "medidas de protección de los intereses de la propia persona". Estas son medidas admisibles en la medida en que potencian la autonomía futura de la persona y no implican una modificación de su plan de vida, aspectos que se incluyen dentro del núcleo esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

¹⁰ Como lo anotan Abramovich y Curtis, este problema se relaciona, a su vez, con el derecho a la información en relación con la salud, la libertad de prescripción del médico, la libertad de elección del paciente y el derecho a recibir explicaciones acerca del tratamiento prescrito. Véase Victor Abramovich y Christian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Op cit., p. 63, Nota 76.

médico y el paciente. En últimas, la tensión se configura entre la autonomía individual y el interés de la sociedad y del Estado en proteger la salud de las personas¹¹.

En algunos casos, las decisiones han dado prevalencia a la autonomía del paciente a través de su consentimiento informado, mientras que en otros casos ha prevalecido la decisión del médico y la autonomía profesional y científica del mismo o, incluso, el consentimiento sustituto (aquel que radica en los padres o en un tercero autorizado). Los precedentes que ha establecido la Corte Constitucional sobre esta materia son los siguientes:

1. Todo tratamiento, incluso el más ordinario, debe hacerse con el consentimiento del paciente, salvo cuando concurren las siguientes excepciones¹²:

- a. Cuando el estado mental del paciente no es normal.
- b. Cuando el paciente se encuentra en estado de inconsciencia.
- c. Cuando el paciente es menor de edad.

2. La Corte ha distinguido entre los **tratamientos ordinarios**, que no implican una perturbación mayor en el curso ordinario de las actividades del enfermo, y las **intervenciones extraordinarias**, que conllevan una intromisión determinante en la vida del paciente. Cuando el tratamiento es ordinario, si el paciente no manifiesta su negativa a recibirlo, se presume su consentimiento. Cuando la intervención médica es extraordinaria, se debe contar con el **consentimiento expreso** del paciente¹³. Por consiguiente, a

¹¹ Sentencia T-850 de 2002.

¹² Sentencia T-401 de 1994. La sentencia revisaba el caso de un paciente que padecía problemas renales y era objeto de un tratamiento de diálisis peritoneal que le permitía llevar una vida ordinaria. Sin embargo, su relación con el médico tratante fue objeto de deterioro progresivo. Posteriormente, el médico decidió cambiar el tratamiento de diálisis peritoneal a hemodiálisis, lo cual requería de mayor control y tiempo en el hospital. El paciente afirmaba que el cambio de tratamiento se debía a los problemas personales y no a fundamentos científicos, motivo por el cual interpuso una acción de tutela con el objeto de que se reevaluara el cambio de tratamiento. La Corte consideró que el paciente tiene derecho a elegir el tratamiento que más se ajuste a sus condiciones.

¹³ *Ibidem*.

mayor intensidad de la intervención, mayor el ámbito de autonomía del paciente. Esto significa que entre mayor sea el grado de invasión en el cuerpo humano, también debe ser mayor la información necesaria para formar el consentimiento del paciente¹⁴.

3. El consentimiento informado del paciente respecto de la decisión de aceptar o rehusar un tratamiento, prevalece sobre el dictamen médico si se cumplen dos requisitos:

a. La existencia de una contraindicación médica que afecta muy poco el tratamiento, de tal forma que no lo anula ni lo hace contraproducente. En otras palabras, cuando no atender a las instrucciones del médico no genera un grave daño a la integridad física del paciente.

b. El beneficio de otros intereses del paciente que, pese a no relacionarse directamente con su salud física, permiten un importante desarrollo de su autonomía¹⁵.

Desde esta perspectiva, el paciente está en plena posibilidad de asumir, a su propio riesgo, las complicaciones para su salud que puedan derivarse de un tratamiento y optar porque éste le sea suministrado. Esta posibilidad persiste incluso en situaciones en que las personas tienen trastornos de personalidad y éstos no afectan su capacidad de consentimiento. En estos casos, el médico que no esté de acuerdo y crea totalmente ineficaz el tratamiento elegido por el paciente podrá renunciar a continuar tratándolo, caso en el cual se asignará otro médico al enfermo¹⁶.

4. No se puede imponer a una persona un determinado patrón de conducta respecto a la enfermedad que padece, en cuanto ello menoscaba su potencialidad como persona, su capacidad de autodeterminación y desconoce el derecho a la intimidad personal y familiar¹⁷.

¹⁴ *Ibidem*. Criterio reiterado en las sentencias T-477 de 1995 y T-850 de 2002.

¹⁵ Sentencia T-477 de 1995.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sentencia T-493 de 1993. En esta sentencia se proyectó el dilema entre la autonomía individual y los límites del interés social y estatal en proteger la vida y la propia salud. La Corte entendió que se desconocía el derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando no se respeta la decisión de una persona que, pese a sufrir de cáncer de mama y sentirse bien de salud, decide no acudir a los servicios médicos en razón de su alto costo, el deseo de no alejarse de su hija y la fe religiosa en la esperanza de curación. La decisión fue adoptada en la medida en que no se afectaban ni los derechos de los demás ni el orden jurídico.

5. El **tratamiento contra el alcoholismo** requiere del consentimiento informado del paciente. Aunque la persona alcohólica no puede ser obligada a recibir el tratamiento, si pueden realizarse intentos de persuasión familiar y médica. La obligación de una EPS a la que se le ordene suministrar el tratamiento contra el alcoholismo, cesa por cualquiera de las siguientes razones¹⁸:

- (i) Que el paciente exprese su voluntad inequívoca de no someterse al mismo.
- (ii) Que abandone el tratamiento.
- (iii) Que no observe las condiciones y los requisitos necesarios para el éxito del tratamiento.
- (iv) Que reincida en la adicción que lo afecta.

6. **Criterios en relación con la readecuación de sexo.** Los médicos no pueden practicar la readecuación de sexo de un menor, y justificar su actuación con la autorización de los padres del menor de edad (consentimiento sustituto). El expreso consentimiento informado del propio paciente es indispensable para cualquier tratamiento médico de readecuación del sexo¹⁹, salvo aquellos casos en que el consentimiento sustituto es válido.

¹⁸ Sentencia T-1325 de 2001. En este fallo, la Corte revisó la acción de tutela interpuesta por el padre de una persona de 26 años contra una EPS que se negaba a suministrar el tratamiento de desintoxicación para el síndrome de abstinencia por alcoholismo que sufría su hijo. La entidad de salud negaba el servicio por considerarlo excluido del POS. En primera instancia, la solicitud fue concedida pero se ordenó una terapia grupal. A partir de los conceptos médicos pertinentes, la Corporación determinó que tal procedimiento era inconveniente frente al mencionado síndrome, puesto que el joven presentaba retardo mental leve y agresividad en razón del consumo. Por ello, en atención a la falta de conciencia del paciente respecto de su condición de alcohólico y a la necesidad de proteger la integridad de su familia, la Corte ordenó a la EPS que, en el término de 10 días, suministrara un tratamiento hospitalario. Sin embargo, este tratamiento sólo podía ser realizado con el consentimiento del paciente. En esta sentencia, la Corte Constitucional precisó que “el alcoholismo presenta, desde el punto de vista jurídico, varias características relevantes y concurrentes: (i) se trata de una afección que es el resultado del deseo repetido de quien consume alcohol, es decir, el alcoholismo no surge instantáneamente sino que su desarrollo supone una conducta continuada en el tiempo; (ii) el consumo de alcohol puede generar cambios profundos en el comportamiento de la persona –a diferencia de otras adicciones como el tabaco– que pueden afectar las relaciones interpersonales del alcohólico y amenazar derechos de terceras personas; (iii) superar el alcoholismo requiere del concurso decidido y constante de la voluntad de la persona que consume alcohol –aunque dicha voluntad podría ser insuficiente–”.

¹⁹ La Corte inició esta jurisprudencia en la sentencia T-477 de 1995, donde analizó el caso de un niño emasculado cuando era bebé. Sus padres, quienes eran analfabetas, autorizaron que los médicos tomaran

En efecto, frente a un eventual conflicto entre el principio de autonomía (según el cual el paciente debe consentir al tratamiento médico para que éste sea constitucionalmente legítimo) y el principio paternalista (según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor), debe efectuarse una ponderación a la luz de los siguientes criterios²⁰:

- a. La urgencia e importancia del tratamiento para los intereses del menor.
- b. La intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño. En este punto, es relevante la distinción entre intervenciones médicas ordinarias y extraordinarias y la ponderación de posibles efectos reversibles de ciertas intervenciones médicas.
- c. La edad del menor.

Estos criterios permiten establecer la validez de un posible **consentimiento sustituto**. Ahora bien, la Corte ha determinado estándares específicos para el caso de ambigüedad genital²¹:

- a. En casos de ambigüedad genital, que pueden implicar la realización de una intervención extraordinaria e invasiva consistente en la readecuación de genitales, es necesario un **consentimiento informado cualificado** que exige una madurez y autonomía específicas. Este consentimiento cualificado impone el deber de informar y hacer comprender los aspectos necesarios para tomar una decisión libre.

las decisiones que, a su parecer, fueran las correctas. Entre ellas, determinaron realizar una operación de readecuación de sexo, así como el suministro de hormonas para que el menor adoptara el sexo femenino. Sin embargo, al llegar a la pubertad, el menor tomó conciencia de su masculinidad y a través de una acción de tutela, solicitó la protección de su identidad sexual, de tal forma que se adoptaran las medidas necesarias para restablecer su sexo original. La Corte concedió esta petición.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Los criterios sobre ambigüedad genital fueron desarrollados con exhaustividad argumentativa en la sentencia SU-337 de 1999. La madre de una menor interpuso una acción de tutela con el objeto de que se ordenara la realización de una operación de readecuación de sexo a su hija de ocho años, quien sufría de una ambigüedad genital consistente en pseudohermafroditismo masculino. Lo anterior por cuanto los médicos se negaban a realizar la operación hasta tanto no existiera la autorización judicial correspondiente.

b. Cuando no esté de por medio el riesgo de muerte, los titulares de la patria potestad o los representantes de un menor a quien se le ha diagnosticado alguna forma de ambigüedad genital, no pueden autorizar una intervención médica y quirúrgica destinada a la readecuación de sus genitales, en cuanto se trata de una intervención extraordinaria e invasiva y existen fuertes evidencias de riesgo.

c. Si el juez tiene dudas sobre la decisión a tomar, éstas deben ser resueltas a favor del respeto a la privacidad de los hogares, salvo cuando se enfrente un problema de posible discriminación social o por parte de los propios padres contra el menor involucrado.

d. Cuando un menor de edad cuenta con un desarrollo cognitivo, social y afectivo que le permite tener conciencia clara de su cuerpo y una identificación de género definida (es decir, la superación del umbral crítico de identificación de género), el **consentimiento sustituto paterno** pierde legitimidad constitucional y las cirugías e intervenciones hormonales para modelar sus genitales deben esperar hasta que el propio paciente pueda autorizarlas.

Lo anterior por cuanto:

- i) Los riesgos son excesivos.
- ii) No aparece clara la utilidad de practicar la cirugía antes de que el propio paciente la autorice.
- iii) El menor de edad ya goza de una autonomía que obliga a tomar en cuenta su criterio²².

e. La autorización paterna para la readecuación genital en casos de menores de cinco años es legítima, si se trata de un **consentimiento informado cualificado y persistente**²³. En estos casos, no se ha superado el umbral a partir del cual pierde

²² *Ibidem*. Por ello, la regla de cierre en favor de la intimidad del hogar no operaba en el caso analizado por la Corte, toda vez que era necesario potenciar la autonomía del menor.

²³ Sentencia T-551 de 1999. Este caso se relaciona con una menor que, debido a una hiperplasia suprarrenal, había desarrollado órganos sexuales ambiguos. Su padre sostenía que el endocrinólogo y el cirujano que trataron a la niña ordenaron que se le practicara una operación de readecuación de sus genitales

validez constitucional el consentimiento paterno sustituto²⁴. El consentimiento informado cualificado y persistente implica:

- i. Una información detallada.
- ii. Unas formalidades especiales.
- iii. Una autorización por etapas.

El contenido concreto de estos aspectos debe ser desarrollado por el legislador²⁵.

7. La autonomía del paciente debe respetarse en el caso de las personas con discapacidad mental. Para conciliar la dignidad de las personas que carecen de las

cuando cumpliera los dos años de edad. Sin embargo, al momento de presentar la demanda de tutela, el ISS no había autorizado la cirugía, pese a que hacía varios meses la menor ya había cumplido la edad requerida.

²⁴ En la sentencia T-692 de 1999, la Corte reiteró esta jurisprudencia y precisó que el juez de tutela debe comprobar, en el evento en que la operación aún no haya sido realizada, si la autorización paterna reúne las características de "consentimiento informado cualificado y persistente". De no ser así, el permiso sustituto no se adecua a la Carta, y no puede ordenarse por vía judicial la práctica de una intervención médica que no cuente con un consentimiento informado válido, el cual es requisito constitucional esencial para todo tratamiento médico.

²⁵ En la sentencia SU-337 de 1999 (nota 98 del fundamento jurídico 40), se hace alusión a un protocolo que ha sido utilizado como modelo a nivel internacional y que incluye etapas como las siguientes: "1. evaluación psicológica, con el fin de determinar si efectivamente (el paciente) tiene problemas de identidad de género. 2. En caso de que el paciente insista en el cambio de sexo, entonces debe vivir durante un determinado tiempo en el género al cual quiere acceder. 3. Sólo después de haber experimentado satisfactoriamente esa "experiencia de vida" en el nuevo género, el equipo médico considera pasar a la fase de administración de hormonas, para lo cual se prefiere comenzar por aquellas que tienen efectos más reversibles, para luego suministrar aquellas hormonas. 4. la intervención quirúrgica, la cual sólo se adelanta si el paciente ha tenido al menos 12 meses de tratamiento hormonal y de vida real gratificante en el nuevo género. Además, para que pueda empezarse el tratamiento hormonal, es requisito ineludible que existe una recomendación escrita en tal sentido de un profesional de la salud mental, mientras que las cirugías requieren dos de esas recomendaciones. Por ello el protocolo especifica perentoriamente que no se deben adelantar las fases irreversibles en personas que no tengan la capacidad de prestar un consentimiento adecuado, por lo cual, por ejemplo, las cirugías a menores de 18 años están excluidas, y los tratamientos hormonales en estos casos son considerados excepcionales y están sometidos a controles suplementarios". En la sentencia T-551 de 1999, la Corte destacó que una información depurada, "tanto sobre el tratamiento como sobre las otras opciones, cualifica el consentimiento pues permite a la persona comprender los riesgos de las terapias y las otras posibilidades que existen. Los plazos aseguran que la autorización no sea dada por un estado de ánimo momentáneo sino que sea la expresión de una opción meditada y sólida, y en esa medida genuina".

capacidades necesarias para aprehender plenamente las diversas opciones de realización personal y el interés social y estatal en preservar la salud y la vida de los individuos, se debe atender a criterios relacionados con la necesidad médica de un tratamiento y la posibilidad o no de consentimiento actual o futuro (*infra* Capítulo III, 2.5). En efecto, **los problemas en la condición mental de un paciente no justifican que terceros sustituyan el consentimiento de éste para elegir el tratamiento médico menos lesivo de sus intereses, en los casos donde existen alternativas que brindan resultados positivos en relación con su salud**²⁶.

Frente a las alternativas médicas para evitar el riesgo de un embarazo en una mujer con discapacidad mental, la Corte ha distinguido entre intervenciones con **carácter definitivo** y aquellas que no la tienen. En relación con la sexualidad de las personas con discapacidad mental, están prohibidas las **intervenciones quirúrgicas o de carácter definitivo** cuando existe necesidad médica y posible consentimiento futuro²⁷. Sin embargo, por razones de dignidad humana que protegen el derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo, es admisible la ligadura de trompas de la mujer con problemas mentales que le impiden decidir sobre la conformación de una familia²⁸. En estos últimos casos, prevalece el **consentimiento sustituto** de los padres.

8. Conflictos entre libertad de cultos, libre desarrollo de la personalidad y derecho a la salud. La participación del menor adulto (16 años) en decisiones relacionadas con su salud puede estar válidamente determinada por el ejercicio de sus derechos fundamentales a la libertad de conciencia y de cultos, siempre que ello no ponga en peligro su vida y su integridad física.

Cuando está de por medio la vida de un menor, darle prevalencia al consentimiento que otorga el padre para que le practiquen un determinado tratamiento médico, aún en contra de la voluntad del hijo, no atenta contra la autonomía de éste. Ahora bien, el menor adulto tiene derecho a adoptar la religión que desee, a obligarse a cumplir los preceptos que ella le imponga y a exigir de terceros que acaten y respeten sus decisiones,

²⁶ Sentencia T-850 de 2002.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Sentencia T-248 de 2003.

siempre que éstas no atenten contra su integridad física y moral, contra la de terceros o contra la de la comunidad en general²⁹.

9. **Tratamientos de carácter experimental.** Cuando existan dudas acerca de la aceptación clínica de un procedimiento o tratamiento (por ejemplo, cuando no exista certeza sobre su carácter experimental), es necesario obtener del paciente no sólo un consentimiento informado sino también **calificado**³⁰, lo cual exige la realización de juntas médicas y el desarrollo de comités técnicos científicos³¹.

En el acápite sobre el derecho a una muerte digna (*infra* 1.3), se analizará el consentimiento informado del paciente terminal. Por lo pronto, esta aproximación a la jurisprudencia sobre consentimiento informado busca resaltar la importancia que tiene la aceptabilidad como elemento esencial del derecho a la salud. En efecto, la salud integral es aquella que es respetuosa de la autonomía del individuo y del modo en que, a través de su salud, la persona proyecta muchos aspectos que dan sentido a su existencia.

1.3. DERECHO A UNA MUERTE DIGNA

El derecho a una muerte digna es una manifestación de la autonomía del enfermo terminal en el manejo de su propia salud (*supra* 1.2). La jurisprudencia constitucional ha analizado esta temática como una modalidad de consentimiento informado del

²⁹ Sentencia T-474 de 1996. La Corte estudió el caso de un menor que padecía de cáncer y quien se negaba a ser tratado con quimioterapia, puesto que este procedimiento implicaba transfusiones de sangre, prohibidas por la religión a la que pertenecía (Testigos de Jehová). El padre del menor interpuso una acción de tutela para que se obligara a su hijo -aún en contra de su voluntad- a recibir el tratamiento. La Corte concedió la tutela.

³⁰ Sentencia T-597 de 2001. El padre de un menor que sufría de leucemia linfoblástica aguda interpuso una acción de tutela debido a que la EPS correspondiente y el Ministerio de Salud le negaban el cubrimiento del costo del tratamiento de trasplante mieloablativo de médula con donante no relacionado en el exterior, formulado por el médico tratante. El tratamiento era de carácter experimental, lo cual dificultaba la procedencia del apoyo económico.

³¹ *Ibidem*. En el caso revisado por la Corte, se ordenó que el comité médico científico evaluara cuál de los diversos procedimientos de trasplante constituía una alternativa terapéutica indicada y no experimental. En dicho comité, debían participar, al menos, los especialistas en trasplantes que conocían el caso, el médico tratante y un epidemiólogo clínico de reconocida trayectoria. También debían participar los padres del menor, a quienes se les debía informar detalladamente sobre todos los aspectos referidos a la validez terapéutica, efectividad y riesgos de los diversos procedimientos.

paciente. En este sentido, en principio, debe prevalecer el principio de autonomía sobre principios concurrentes tales como el interés de la sociedad o del Estado en la preservación de la salud de los individuos.

1.3.1. El derecho fundamental a vivir en forma digna implica el derecho a una muerte digna

La Corte Constitucional se pronunció sobre una demanda contra la norma del Código Penal que consagraba el homicidio por piedad. El alto tribunal declaró la norma exequible bajo la condición de que en el caso de los enfermos terminales en que concurra la voluntad libre del sujeto pasivo del acto, no podrá derivarse responsabilidad para el médico autor, toda vez que la conducta está justificada³².

Para la Corte, la salvaguarda de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad determina que, en el caso de los enfermos terminales, el deber del Estado de proteger la vida cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna. Por lo tanto, todo tratamiento médico debe contar con el consentimiento informado del paciente quien puede, en consecuencia, rehusar determinados procedimientos que, objetivamente, podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales.

De otro lado, la Corte insistió en que la Constitución de 1991 considera a la persona como sujeto moral capaz de autodeterminarse y asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que le incumben. En este sentido, si el modo en que los individuos asumen la muerte refleja sus propias convicciones, no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando deciden conscientemente que las circunstancias en que se encuentran no son compatibles con su propia dignidad. La persona tiene entonces derecho a una muerte digna y no puede sancionarse al profesional de la salud que actúa bajo un móvil altruista y solidario –buscando suprimir el sufrimiento ajeno–, cuando el paciente, libre y suficientemente informado, solicita ayuda y manifiesta que desea morir dignamente. Ahora bien, los médicos son los únicos profesionales autorizados a brindar esta ayuda puesto que cuentan con la capacidad de suministrar la necesaria información al paciente y pueden brindarle las condiciones para morir dignamente.

³² Sentencia C-239 de 1997.

Finalmente, la Corporación precisó que es necesario establecer regulaciones legales muy estrictas sobre el modo en que el paciente debe prestar su consentimiento y los términos de la participación del médico. Ello busca evitar que, en nombre del homicidio pietístico se elimine a personas que quieren seguir viviendo o que no sufren intensos dolores producto de enfermedad terminal. La regulación debe asegurar que el consentimiento sea genuino y no el efecto de una depresión momentánea. Al respecto, señaló la Corte:

“Por ejemplo, bien podría el Estado exigir que la petición sea expresada en más de una ocasión, y luego de transcurrido un término razonable entre las mismas. Podría también considerarse la posibilidad de que en todos los casos se contara con una autorización judicial, a fin de asegurar la autenticidad del consentimiento y garantizar que todos los intervinientes se preocupen exclusivamente por la dignidad del enfermo. Igualmente la ley podría ordenar que, previa a la última petición, la persona atienda a una reunión con un equipo de apoyo que le explique integralmente su situación y le ofrezca todas las alternativas posibles distintas a la opción de morir. Esto significa que el Estado, por su compromiso con la vida, debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación, en particular, brindarles los tratamientos paliativos del dolor”³³.

El alto tribunal destacó que el legislador debe regular el tema atendiendo a puntos esenciales como los siguientes: (i) la verificación rigurosa de la situación real del paciente, de la enfermedad que padece, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; (ii) la indicación clara de los sujetos calificados que deben intervenir en el proceso; (iii) las circunstancias bajo las cuales se debe manifestar el consentimiento; (iv) las medidas que deben ser usadas por el sujeto calificado para obtener el resultado filantrópico y (v) la “incorporación en el proceso educativo de temas como el valor de la vida y su relación con la responsabilidad social, la libertad y la autonomía de la persona, de tal manera que la regulación penal aparezca como la última instancia en un proceso que puede converger en otras soluciones”.

³³ *Ibidem*.

I.4. DERECHO A LA PREVENCIÓN DE LOS PROBLEMAS DE SALUD MENTAL

El Informe sobre la Salud en el Mundo del año 2001 señala que 450 millones de personas sufren de desórdenes mentales o del comportamiento. Indica, además, que un millón de personas se suicidan cada año y entre 10 y 20 millones lo intentan. Este informe pone de presente la interrelación existente entre la salud mental y la salud física. En efecto, no es posible entender la una sin la otra, motivo por el cual el sistema de atención de la salud debe integrar la infraestructura necesaria para el manejo de la salud mental³⁴.

El derecho a la salud mental tiene una **dimensión preventiva**, relacionada con la adopción de medidas para salvaguardar la salud mental de la población en general, y una **dimensión asistencial**, circunscrita al tratamiento de las personas con enfermedades mentales. Esta segunda dimensión será abordada cuando se analice el contenido del derecho de las personas con enfermedades mentales a ser objeto de un trato digno y una atención médica adecuada (*infra* Capítulo III, 2.1).

En relación con la **dimensión preventiva**, la Declaración de los Derechos Humanos y de la Salud Mental³⁵ señala:

“Artículo 6. Todas las poblaciones contienen grupos vulnerables y particularmente expuestos a la enfermedad o trastorno mental o emocional. Los miembros de estos grupos exigen una atención preventiva, y también terapéutica, particular, al igual que el cuidado en la protección de su salud y de sus derechos humanos. Se incluyen las víctimas de las catástrofes naturales, de las violencias entre comunidades y la guerra, las víctimas de abusos colectivos, comprendidos aquellos que proceden del Estado; también los individuos vulnerables a causa de su movilidad residencial (emigrantes, refugiados), de su edad (recién nacidos, niños, ancianos), de su estatuto de inferioridad (étnica, racial, sexual, socioeconómica), de la pérdida de sus derechos civiles (soldados, presos) y de su salud. Las crisis

³⁴ Organización Mundial de la Salud, Informe sobre la Salud en el Mundo. Salud Mental: nuevos conocimientos, nuevas esperanzas, Ginebra, 2001, p. 4.

³⁵ Adoptada el 17 de enero de 1989 bajo el nombre de Declaración de Luxor (Egipto) sobre los Derechos Humanos para los Enfermos Mentales.

de la vida, tales como los duelos, la ruptura de la familia y el paro, exponen igualmente a los individuos a estos riesgos.

Artículo 7. (...) Todas las autoridades públicas deben reconocer la obligación de responder a los problemas sociales mayores ligados a la salud mental, del mismo modo que a las consecuencias de condiciones catastróficas para la salud mental. La responsabilidad pública incluirá la disponibilidad de servicios de salud mental especializados en la medida de lo posible dentro del contexto de una Infraestructura de atención primaria, así como una educación pública referida a la salud y a la enfermedad mentales y a los medios de que se dispone para contribuir a la primera y hacer frente a la segunda”.

280

CAPÍTULO 3

La dimensión preventiva es de especial relevancia frente al caso colombiano, habida cuenta de la situación de violencia socio-política que se ha presentado durante las últimas décadas. Las víctimas del conflicto armado deben ser objeto de especial atención respecto de las dificultades de salud mental que puedan llegar a padecer.

Al respecto, el Informe Preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental³⁶, ha precisado que los desórdenes en la salud mental (esquizofrenia, desórdenes bipolares, depresión, retraso mental, enfermedad de Alzheimer y otras demencias) tienden a afectar, de manera desproporcionada, a los pobres y otros grupos marginados. Según el Relator:

“91. La mayoría de los desórdenes mentales pueden controlarse, tratarse y, en muchos casos, prevenirse. A pesar de esto, así como de la prevalencia y de los efectos de los desórdenes mentales, muchos gobiernos sólo asignan una baja prioridad a la salud mental. En el reciente Informe sobre la Salud en el Mundo 2001 de la OMS se observó que más del 40% de los países no disponen de una política de salud mental; los presupuestos de salud mental de la mayoría de los países representan menos del 1% del gasto total en salud.

³⁶ Naciones Unidas, Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de febrero de 2003, Documento E/CN.4/2003/58, párr. 90-93.

92. Para la mayoría de la población mundial, el cuidado de la salud mental resulta geográfica y económicamente inaccesible. Cuando es accesible, existen disparidades considerables en las normas de atención médica entre los distintos países así como dentro de ellos. Preocupa al Relator Especial el hecho de que en muchos países el cuidado de la salud mental se presta sobre todo en grandes instituciones psiquiátricas, con escasos servicios de tratamiento y cuidado basados en la comunidad”.

No sobra anotar que las políticas públicas en relación con la prevención de la salud mental deben abarcar campañas educativas en relación con el alcohol y las drogas ilícitas, toda vez que muchos trastornos de la salud mental están asociados con el abuso de estas sustancias.

281

CAPÍTULO 3

1.5. DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL CUERPO CONTRA INJERENCIAS AJENAS

Esta dimensión de la aceptabilidad de la salud se relaciona con el derecho a la integridad física y psíquica. En este aparte del documento, se hacen unas breves precisiones en torno a la protección de la persona contra experimentos médicos en los que no media su consentimiento. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone:

“Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. **En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.**

Dos grandes temáticas surgen de esta prohibición. El amparo frente a la experimentación relacionada con el genoma humano y la protección contra experimentos médicos en el marco de la guerra.

1.5.1. Las investigaciones relacionadas con el genoma humano no deben afectar la salud

El genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad.

Así lo contempla la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos³⁷, la cual propende por un equilibrio entre la garantía del respeto de los derechos y las libertades fundamentales y la necesidad de respetar e impulsar la libertad de la investigación. Como punto de partida, se reconoce que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad. Empero, deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas.

282

CAPÍTULO 3

En cuanto al derecho a la protección del cuerpo contra injerencias ajenas, esta Declaración establece:

“Derechos de las personas interesadas.

Artículo 5. a) Una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo, sólo podrá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional.

b) En todos los casos, se recabará el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada. Si esta no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autorización habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado.

c) Se debe respetar el derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias.

d) En el caso de la investigación, los protocolos de investigaciones deberán someterse, además, a una evaluación previa, de conformidad con las normas o directrices nacionales e internacionales aplicables en la materia.

e) Si en conformidad con la ley una persona no estuviese en condiciones de

³⁷ Aprobada el 11 de noviembre de 1997 por la Conferencia General de Naciones Unidas en su 29ª reunión.

expresar su consentimiento, sólo se podrá efectuar una investigación sobre su genoma a condición de que represente un beneficio directo para la salud, y a reserva de las autorizaciones y medidas de protección estipuladas por la ley. Una investigación que no represente un beneficio directo previsible para la salud sólo podrá efectuarse a título excepcional, con la mayor prudencia y procurando no exponer al interesado sino a un riesgo y una coerción mínimos, y si la investigación está encaminada a redundar en beneficio de la salud de otras personas pertenecientes al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones genéticas, a reserva de que dicha investigación se efectúe en las condiciones previstas por la ley y sea compatible con la protección de los derechos humanos individuales.

283

Art. 6 Nadie podrá ser objeto de discriminaciones fundadas en sus características genéticas, cuyo objeto o efecto sería atentar contra sus derechos humanos y libertades fundamentales y el reconocimiento de su dignidad.

Art. 7 Se deberá proteger en las condiciones estipuladas por la ley la confidencialidad de los datos genéticos asociados con una persona identificable, conservados o tratados con fines de investigación o cualquier otra finalidad (...).

Investigaciones sobre el Genoma Humano

Art. 10 Ninguna investigación relativa al genoma humano ni ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos.

Art. 11 No deben permitirse las prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción de seres humanos (...).

b) La libertad de investigación, que es necesaria para el progreso del saber, procede de la libertad de pensamiento. Las aplicaciones de la investigación sobre el genoma humano, sobre todo en el campo de la biología, la genética y la medicina, deben orientarse a aliviar el sufrimiento y mejorar la salud del individuo y de toda la humanidad”.

1.5.2. Prohibición de experimentos médicos sin consentimiento de las personas en tiempos de guerra

El Convenio de Ginebra relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra (Convenio III)³⁸, contiene la prohibición de experimentos médicos en el marco del derecho de los prisioneros de guerra a un trato humano:

“Artículo 13. Los prisioneros de guerra deberán ser tratados humanamente en todas las circunstancias. (...) En particular, ningún prisionero de guerra podrá ser sometido a mutilaciones físicas o a **experimentos médicos o científicos** sea cual fuere su índole, que no se justifiquen por el tratamiento médico del prisionero concernido, y que no sean por su bien. (...)”.

El Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)³⁹ dispone garantías similares sobre el derecho a un trato humano de civiles y otras personas protegidas por el tratado:

“Artículo 32 Las Altas Partes Contratantes se prohíben expresamente emplear toda medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas que estén en su poder. Esta prohibición se aplica ... a la tortura, a los castigos corporales, a las mutilaciones y a los **experimentos médicos o científicos** no requeridos por el tratamiento médico de una persona protegida (...)”.

El Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los **Conflictos Armados Internacionales** (Protocolo I)⁴⁰ salvaguarda la autonomía y la dignidad de los prisioneros de guerra y demás víctimas durante la situación de conflicto. El artículo 11 de este instrumento dispone:

³⁸ Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra. Colombia aprobó el tratado a través de la ley 5 de 1960.

³⁹ Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra. Colombia aprobó el tratado a través de la ley 5 de 1960.

⁴⁰ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Colombia aprobó este tratado a través de la Ley 11 de 1992.

“Artículo 11 - Protección de la persona. 1. No se pondrán en peligro, mediante ninguna acción u omisión injustificada la salud ni la integridad física o mental de las personas en poder de la Parte adversa o que sean internadas, detenidas o privadas de libertad en cualquier otra forma a causa de una situación prevista en el artículo 1. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los nacionales no privados de libertad de la Parte que realiza el acto.

2. Se prohíben en particular, aunque medie el consentimiento de las referidas personas: a) las mutilaciones físicas; b) **los experimentos médicos o científicos**; c) las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes, salvo si estos actos están justificados en las condiciones previstas en el párrafo 1.

5. Las personas a que se refiere el párrafo 1 tienen derecho a rechazar cualquier intervención quirúrgica (...)”.

Finalmente, en el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II)⁴¹, se otorgan garantías similares a las personas que no participan directamente o que han dejado de participar en las hostilidades y/o cuya libertad ha sido restringida:

“Artículo 5 (...) 2. (...) e) no se pondrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a **cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud** y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad”.

⁴¹ Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Colombia aprobó este tratado a través de la Ley 171 de 1994.

1.6. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA

En el capítulo sobre disponibilidad de la salud, se analizó el contenido general del derecho a la salud sexual y reproductiva y sus distintos componentes. En el presente capítulo, relativo a la aceptabilidad de la salud, se analiza el derecho a la autodeterminación reproductiva. Este derecho incluye tres derechos genéricos⁴²: el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas y el derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la vida sexual y reproductiva.

1.6.1. Derecho a planear la propia familia (planificación familiar)

Este derecho consiste en la posibilidad de todas las parejas e individuos a determinar en forma libre y responsable el número e intervalo de los hijos y a tener la información y los medios necesarios para ejercer esta prerrogativa. Esta garantía fundamenta la obligación del Estado de adoptar medidas para ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación y de suministrar servicios de información y atención de alta calidad en materia de planificación de la familia y salud reproductiva⁴³. Ello implica, por ejemplo, el acceso igual a diversas opciones en cuanto a métodos anticonceptivos.

Los precedentes en el tema de aborto fueron analizados en el capítulo sobre disponibilidad de servicios de salud sexual y reproductiva. A continuación se hace una breve referencia a la jurisprudencia sobre tratamiento de la infertilidad, aspecto directamente relacionado con el derecho a planear la propia familia.

1.6.1.1. Cuando no se cumplen los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de tutela, la negación de un tratamiento para la infertilidad no constituye una obstrucción del derecho de la mujer a procrear. De allí que dicho recurso sea un mecanismo improcedente para extender la cobertura del POS frente a dicho tratamiento

⁴² Esta caracterización sigue los lineamientos del Centro Legal de Derechos Reproductivos y Políticas Públicas (CRLP), *Derechos Reproductivos 2000: Hacia Adelante*, Nueva York, 2001, pp. 7 y ss.

⁴³ En relación con la reproducción humana asistida, veáanse los Principios Relacionados con la Procreación Humana Artificial, adoptados por el Consejo de Europa en 1989.

Una mujer padecía de inflamación de los ovarios y dolor pélvico persistente. A pesar de diversos tratamientos, ni el dolor ni la inflamación cedieron. Por ello, el médico tratante le ordenó la práctica de una laparoscopia operatoria. Sin embargo, la IPS negó la prestación de dicho servicio puesto que no se encontraba incluido en el POS.

La Corte Constitucional consideró que no se vulnera ningún derecho fundamental cuando no se suministra el tratamiento de fertilidad a una afiliada al régimen contributivo. Lo anterior, por cuanto el POS no incluye este tratamiento y, además, porque si bien durante el embarazo y después del parto la mujer tiene el derecho a la especial asistencia y protección del Estado, **este deber opera siempre que la procreación sea posible y sólo impone la obligación de no obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear.** Para el alto tribunal, el deber de atención en salud en cabeza del Estado no es aplicable cuando se dirige a posibilitar, mediante una intervención quirúrgica, el derecho a la maternidad de una mujer que no puede ejercer normalmente su función procreadora por causa no imputable al ente estatal⁴⁴.

Lo anterior no desconoce el **derecho a la maternidad**, del cual goza la mujer por el solo hecho del embarazo o del parto. Tampoco vulnera el **derecho a la procreación**, el cual no puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona que, por condicionamientos biológicos, no puede tener hijos⁴⁵. Según la Corte, la escasez de recursos implica una determinación de prioridades en materia de gasto público social. Por ello, la exclusión de tratamientos y medicamentos del POS es un desarrollo legítimo de la configuración legal del sistema de seguridad social que tiende a focalizar los recursos en las necesidades más apremiantes de la población⁴⁶.

⁴⁴ Sentencia T-689 de 2001.

⁴⁵ Veáanse las sentencias T-1104 de 2000 y T-946 de 2002.

⁴⁶ La sentencia T-512 de 2003 precisó los alcances de este precedente en los siguientes términos: “En los casos en los cuales la causa de la solicitud de atención médica es la infertilidad misma, la Corte Constitucional ha negado la procedencia de la tutela con los siguientes argumentos: son fundamentales los derechos contenidos en el capítulo I del título II de la Constitución; que el derecho a la salud está consagrado en el capítulo II del título II de la Carta y, por lo mismo, no es fundamental; que, por otra parte, la salud es por se un derecho prestacional y, por lo tanto, no puede ser calificado como fundamental; que los derechos prestacionales únicamente se protegen mediante tutela cuando, por conexidad, se viola un derecho fundamental; que el derecho a la salud única y exclusivamente se protege por vía de tutela cuando se viola el derecho fundamental a la vida; que, de conformidad con los tratados de derechos humanos adoptados en

1.6.1.2. Es inadmisibles romper la continuidad en la entrega de medicamentos para el tratamiento de la infertilidad con el argumento de que el tratamiento de fertilidad está excluido del POS

Una mujer de 35 años con dificultades para procrear, recibió diversos tratamientos para inducir la ovulación. Sin embargo, ninguno dió resultado, razón por la cual le fue ordenado un medicamento especial que, según el médico tratante, podría ser eficaz en su caso. La EPS correspondiente negó el suministro de la droga por cuanto el tratamiento contra la infertilidad no se encuentra contemplado por el POS. Al conceder la tutela, la Corte reconoció el precedente analizado en el acápite anterior relativo a la improcedencia de la tutela para obtener el tratamiento contra la infertilidad⁴⁷. Sin embargo, consideró que este caso presentaba circunstancias fácticas distintas a las de los precedentes anteriores (sentencias T- 1104 de 2000 y T- 689 de 2001), toda vez que lo que se solicitaba era únicamente medicamentos y no una intervención quirúrgica. Según el alto tribunal, las nuevas circunstancias que ofrecía el caso eran:

- “1. Un médico tratante de la EPS ha determinado el tratamiento de fertilidad de la señora que instaura la tutela, mediante la aplicación de inyecciones;
2. El tratamiento con medicamentos ya se inició. Las inyecciones se principiaron a aplicar, bien sea por actitud humanitaria del médico que las obsequió o bien sea por sufragarlas en todo o en parte la paciente; y, actualmente, se aplican por determinación del juez de tutela; es decir, hay un tratamiento médico en curso;
3. El mismo médico tratante indica que el tratamiento para que sea efectivo requiere de un mayor número de inyecciones que se deben aplicar;

el marco interamericano, al igual que el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, los derechos prestacionales son de desarrollo progresivo, razón por la cual su prestación efectiva se difiere a la existencia de recursos; que la protección a la maternidad se extiende a las facultades procreativas de la mujer, únicamente en el evento en que, de manera natural, sea apta para gestar; y, finalmente, dado que el no tratamiento de la infertilidad no pone en peligro la vida de la mujer, no se presenta violación de derecho fundamental alguno”. En el caso objeto de revisión por la Corte el amparo no era procedente porque la demandante tenía un problema físico originario –en el sentido de no derivado de algún otro padecimiento–, que le impedía la fecundación y que dicho problema no tenía consecuencias adversas o peligrosas para su vida.

⁴⁷ Sentencia T-572 de 2002.

4. La paciente no solamente está afiliada al POS sino a medicina prepagada”.

Conforme a lo anterior, no era viable interrumpir la continuidad del tratamiento prescrito por el médico tratante, en cuanto la suspensión de la entrega de medicamentos podría llegar a desconocer derechos fundamentales como la dignidad, la igualdad, la integridad física y el principio de confianza legítima. La Corte aplicó entonces la jurisprudencia que ordena garantizar el derecho a la continuidad (*supra* Capítulo I, 1.5.5), el cual impide suspender un tratamiento médico si los especialistas así lo prescriben⁴⁸.

De otra parte, la Corte Constitucional, en los casos en los cuales la infertilidad es producto de otros males o enfermedades, ha protegido el derecho a acceder a los tratamientos médicos que permitan la recuperación de las funciones reproductoras⁴⁹.

289

CAPÍTULO 3

1.6.2. Derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas

Esta garantía está relacionada con principios más amplios de autonomía corporal y se suele asociar con el derecho a la integridad física. Este derecho protege a las personas de la invasión o intrusión no deseada en sus cuerpos y otras restricciones no consensuales a su autonomía física. De otro lado, para estar libre de interferencias, es necesario contar con una adecuada formación y conocimiento sobre la sexualidad. De allí la relevancia de la educación sexual en relación con este tema.

1.6.2.1. Derecho a una educación sexual adecuada y oportuna

Estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas va más allá de la integridad física. Implica, también, la necesidad de una educación sexual que le

⁴⁸ A su vez, la Corte retomó la sentencia T-457 de 2001 relativa a una mujer a quien se negaba la realización de unos exámenes necesarios para establecer las razones por las cuales había abortado en dos ocasiones. Ello era necesario para determinar el tratamiento a seguir. El alto tribunal consideró que “la omisión en la continuidad en la prestación del servicio de salud en el caso sub lite, representa una amenaza a la integridad física de la señora ... y a la posibilidad de concebir un hijo, al no diagnosticarle oportunamente las razones de sus trastornos de salud”. En consecuencia, se aplicó tanto la jurisprudencia sobre derecho al diagnóstico - analizada en este texto (*supra* Capítulo I, 1.5.1)-, como los precedentes sobre continuidad.

⁴⁹ Sentencia T-512 de 2003.

permita al individuo asumir decisiones sobre su sexualidad y la reproducción. Como se mencionó en el capítulo sobre acceso (*supra* Capítulo II, 3.1.3), el derecho a una educación sexual adecuada se relaciona con las obligaciones estatales en torno al acceso a la información y a los recursos necesarios para actuar con arreglo a la misma.

En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, se insiste en que el estado y la sociedad deben apoyar actividades y servicios en materia de educación sexual integrada para los jóvenes, con la asistencia y orientación de sus padres⁵⁰. El mencionado Programa de Acción destaca que la educación sexual debe resaltar la responsabilidad de los varones en cuanto a su propia salud sexual y fecundidad. Además, la educación sexual debe iniciarse en la familia y debe alentar y apoyar el debate activo y abierto sobre la necesidad de proteger a las mujeres, los jóvenes y los niños contra los abusos, incluido el abuso sexual, la explotación, el tráfico con fines sexuales y la violencia.

Por su parte, la Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁵¹, ha destacado que los Estados deben garantizar los derechos de los adolescentes de ambos sexos a una educación sobre salud sexual y genésica impartida por personal debidamente capacitado en programas especialmente concebidos para ello y que respeten sus derechos a la intimidad y a la confidencialidad.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha precisado el contenido del derecho de los menores de edad a recibir una adecuada educación sexual en los establecimientos educativos⁵². El alto tribunal ha indicado que la educación sexual de los menores es un asunto que incumbe de manera primaria a los padres. Sin embargo, los colegios están en la obligación de participar en dicho proceso. El Estado, en virtud de la facultad estatal de regular y ejercer la inspección y vigilancia de la educación, tiene la obligación de garantizar que los menores reciban educación sexual adecuada y oportuna.

⁵⁰ Capítulo VII, literal D.

⁵¹ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1. Párr. 18.

⁵² Sentencias T-440 de 1992 y T-293 de 1998.

En opinión de la Corte, la educación sexual debe ser **adecuada** y **oportuna**. **Adecuada**, porque el adoctrinamiento en una determinada concepción del hombre o la utilización de métodos inadecuados o inoportunos en la educación pueden llevar a daños psicológicos que afectan gravemente el desarrollo de la personalidad del menor y pueden interferir con su derecho a la intimidad. Por ello, se debe:

Dar un enfoque equilibrado en el tratamiento de las temáticas sobre sexualidad.

Determinar apropiadamente los contenidos de la temática presentada por el educador.

Respetar las diversas convicciones religiosas o ideológicas.

Proveer elementos objetivos para contribuir a una clara, racional y natural asunción de la corporeidad y la subjetividad.

De esta manera, se estimula que las elecciones y actitudes que adopten los menores en relación con su sexualidad sean conscientes y responsables.

Además, la educación sexual debe ser **oportuna**, porque la edad y condiciones de susceptibilidad emocional y espiritual de los menores de edad son factores de los cuales depende el saludable desarrollo de su personalidad. En consecuencia, la educación sexual debe ser oportuna para la edad y, por ello, debe contemplar las inquietudes de los alumnos y responder respetuosamente a sus diversos cuestionamientos. Una inapropiada educación sexual puede causar una vulneración continua de los derechos a la educación, a la intimidad, a la identidad y a la dignidad humana de los menores.

1.6.3. Derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afecten la salud sexual y reproductiva

Esta garantía implica el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin discriminación, coacciones y violencia, las cuales suelen afectar particularmente a las mujeres. La Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁵³ señala:

⁵³ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1. Párr. 12.

“22. Además, los Estados Partes deben informar sobre las medidas que han adoptado para garantizar el acceso a servicios de atención médica de calidad, lo que entraña, por ejemplo, lograr que sean aceptables para la mujer. Son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas. Los Estados Partes **no deben permitir formas de coerción, tales como la esterilización sin consentimiento o las pruebas obligatorias de enfermedades venéreas o de embarazo como condición para el empleo**, que violan el derecho de la mujer a la dignidad y dar su consentimiento con conocimiento de causa (negrilla fuera de texto)”.

Sobre este derecho, es importante destacar cuatro aspectos que precisan su alcance:

a. El **derecho a no ser objeto de esterilización forzosa** es un desarrollo del derecho a estar libre de todas las formas de violencia y coerción que afectan la salud sexual y reproductiva. En el segmento sobre derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad se analiza con más detalle este punto, teniendo en cuenta que estas personas corren mayores riesgos respecto a esterilizaciones sin consentimiento⁵⁴.

b. **Prohibición de matrimonio a edad temprana sin el libre y total consentimiento de cada cónyuge.** Esta forma de coerción obedece a presiones de tipo social y familiar, donde los y las menores de edad son objeto de acuerdos que vulneran su consentimiento y sus derechos y hacen nugatoria la autodeterminación reproductiva. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, establecen que el matrimonio sólo es posible si los cónyuges se encuentran en edad núbil y han dado su consentimiento libre y total al matrimonio⁵⁵. El matrimonio a edad temprana afecta negativamente el desarrollo completo de los y las adolescentes en lo que concierne a educación, autonomía económica, salud física y psicológica.

⁵⁴ Sobre este derecho véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Caso María Mamérita Mestanza Chávez contra Perú (Caso 12.191, Informe No. 66/00 del 3 de octubre de 1990). Este caso se relaciona con los programas de esterilización forzada que fueron desarrollados durante el gobierno de Alberto Fujimori. Dichos programas generaron la muerte por negligencia médica de numerosas peruanas con escasos recursos.

⁵⁵ Véase al respecto el párrafo 3 del artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, donde se establece que el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. Así mismo, véase la Observación General No. 6 del Comité de Derechos Humanos, párr. 4.

c. **Prohibición de la circuncisión femenina / mutilación genital femenina (CF/ MGF).** Este atentado contra la dignidad de la mujer es una costumbre que se ha llevado a cabo históricamente en algunos países. Al desarrollar las obligaciones de aceptabilidad (*infra* Capítulo III, 3.1.5) se precisa la obligación que tienen los Estados de proteger a las mujeres contra estas prácticas tradicionales nocivas.

d. **Violencia y abuso sexual.** Este tipo de agresiones han sido considerados por el derecho internacional de los derechos humanos como formas de tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través del procesamiento de casos individuales, se ha determinado que los actos de violencia sexual constituyen una violación de los derechos humanos⁵⁶.

En el Caso de María Elena Loayza Tamayo contra Perú⁵⁷, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró la violación sexual como forma de tortura y declaró la correspondiente responsabilidad internacional del Estado. Posteriormente, en el Caso Raquel Martín de Mejía contra Perú⁵⁸, la Comisión, tomando como referencia el Informe del Relator Especial contra la Tortura de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, expresó que la violación no es un evento diferente a la tortura sino un método de tortura. En el informe, se confirma que uno de los métodos de represión utilizados por el estado peruano fue la violación sexual⁵⁹.

En el año 2000, la Comisión falló en contra de México en el caso de Ana, Beatriz y Celia González⁶⁰, tres hermanas indígenas que fueron detenidas y torturadas por las

⁵⁶ Sobre los casos relativos a derechos sexuales y reproductivos, veáse Profamilia, Casos Individuales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá, 2001.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo contra Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C. No. 25.

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 5/96, Caso 10.970, Raquel Martin de Mejía contra Perú, Informe Anual 1992, 1o. de marzo de 1996.

⁵⁹ Naciones Unidas. Documento E/CN.4/1993/26, párr. 355 y Naciones Unidas. Documento E/CN.4/1994/31, párr. 431 y 432. En 1996, la Comisión falló en otros dos casos donde se alegó violación sexual. Veáanse Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 31/96, Caso 10.526, Dianna Ortiz contra Guatemala, Informe Anual 1996, 6 de septiembre de 1996 e Informe No. 13/96, Caso 10.948, Comadres (ONG) contra El Salvador, 1º. de marzo de 1996.

⁶⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 53/01. Caso 11.565, Ana, Beatriz y Celia González Pérez contra México, 4 de abril de 2001.

autoridades mexicanas en el marco de la represión al levantamiento en el Estado de Chiapas. Entre otras importantes determinaciones, la Comisión reprodujo los lineamientos establecidos por las Naciones Unidas para la práctica del examen médico a las víctimas de delitos sexuales para evitar una segunda victimización.

En el Caso Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil⁶¹ se denunció a este país por tolerar la violencia perpetrada por el esposo de la víctima en su domicilio, la cual culminó en una tentativa de homicidio que le produjo una paraplejía irreversible. En este caso, el agresor fue absuelto en forma irrazonable por las autoridades brasileñas. Por ello, la Comisión falló en contra del Brasil por no proteger a la víctima y demostrar desidia en su deber de castigar al agresor.

Estos casos ilustran la concepción de la violencia sexual y de la violencia contra la mujer como un desconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos. Además, estas formas de violencia constituyen casos de tortura que comprometen la responsabilidad internacional de los Estados cuando no se adoptan las medidas necesarias para prevenirlas y sancionarlas.

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe N° 54/01 – admisibilidad y fondo-, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes contra Brasil, Informe Anual de la CIDH 2000.

2. Sujetos de Especial Protección Constitucional y aceptabilidad de la salud

Los sujetos de especial protección en materia de aceptabilidad de la salud son personas que enfrentan cierto tipo de dificultades u obstáculos para el ejercicio del derecho a la salud con plena autonomía. De otro lado, son sujetos que por su relación especial de sujeción especial con el Estado (personas privadas de la libertad) o su situación de indefensión (personas con enfermedad mental) pueden encontrarse en riesgo de sufrir atentados contra su integridad y dignidad.

En este acápite se analizan entonces (2.1) el derecho de las personas con enfermedad mental a ser objeto de un trato digno y de una atención médica apropiada, (2.2) el derecho de las personas privadas de la libertad a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes relacionados con la salud, (2.3) el respeto del ciclo de vida a través del derecho a la salud de los adultos mayores, (2.4) el respeto de la diversidad cultural a través del derecho de las minorías étnicas a la práctica de su medicina tradicional, (2.5) los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad, y (2.6) los derechos a la salud sexual y reproductiva de las y los adolescentes.

2.1. DERECHO DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDAD MENTAL A SER OBJETO DE UN TRATO DIGNO Y DE UNA ATENCIÓN MÉDICA APROPIADA

Las personas que sufren algún tipo de discapacidad mental se encuentran en especial riesgo de sufrir atentados contra su dignidad e integridad. Por ello, su autonomía debe ser salvaguardada al máximo posible. El Informe Preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental⁶² señala:

“93. El Relator Especial se siente alarmado por las muchas violaciones de los derechos humanos que, según se informa, ocurren en algunas instituciones destinadas al

⁶² Naciones Unidas, Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de febrero de 2003, Documento E/CN.4/2003/58, párr. 93.

cuidado y tratamiento de personas con desórdenes mentales. Entre ellas figuran la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, tales como explotación sexual. El Relator Especial también señala el estigma y la discriminación que existe en relación con los desórdenes mentales, así como la incapacidad real o supuesta de las personas que sufren desordenes mentales para adoptar decisiones debido a su enfermedad -la combinación de estas cuestiones relacionadas entre sí hace que las personas con incapacidades mentales sean especialmente vulnerables a la violación de sus derechos humanos”.

El Informe sobre la Salud en el Mundo del año 2001⁶³, precisa cuatro dimensiones del trato debido a las personas con enfermedad mental:

Rehabilitación: apoyo social, educación, formación profesional, asistencia diurna, atención prolongada, necesidades espirituales.

Comunidad: evitación del estigma y la discriminación, participación social plena, derechos humanos.

Atención médica: detección precoz, información sobre la enfermedad y el tratamiento, atención médica, apoyo psicológico, hospitalización.

Familia: aptitudes para la atención, cohesión familiar, creación de redes de cooperación con las familias, apoyo durante las crisis, apoyo financiero, asistencia de relevo.

Como ya fue anotado, el derecho a la salud mental implica una dimensión preventiva (*supra* Capítulo III, 1.3) y una dimensión asistencial que será estudiada a continuación.

Gran parte de la población con discapacidad mental, enfrenta dificultades para obtener atención médica y asistencial, lo cual, muchas veces, conduce al abandono. Muchos de los perjudicados son adultos mayores, cuyas familias no asumen la responsabilidad

⁶³ Organización Mundial de la Salud, Informe sobre la Salud en el Mundo 2001. *Salud Mental: Nuevos conocimientos, nuevas esperanzas*, Ginebra, 2001, capítulo 3, figura 3.1.

por la atención médica que ellos necesitan. Sobre el tratamiento de las personas con enfermedades mentales, la Declaración de los Derechos Humanos y de la Salud Mental⁶⁴ manifiesta:

“Artículo 4. Los derechos fundamentales de los seres humanos designados o diagnosticados, tratados o definidos como mental o emocionalmente enfermos o perturbados, serán idénticos a los derechos del resto de los ciudadanos. Comprenden el derecho a un tratamiento no obligatorio, digno, humano y cualificado, con acceso a la tecnología médica, psicológica y social indicada; la ausencia de discriminación en el acceso equitativo a la terapia o de su limitación injusta a causa de convicciones socioeconómicas, culturales, éticas, raciales, religiosas, de sexo, edad u orientación políticas, sexual; el derecho a la vida privada y a la confidencialidad; el derecho a la protección de la propiedad privada; el derecho a la protección de los abusos físicos y sicosociales; el derecho a la protección contra el abandono profesional y no profesional; el derecho de cada persona a una información adecuada sobre su estado clínico. El derecho al tratamiento médico incluirá la hospitalización, el estatuto de paciente ambulatorio y el tratamiento sicosocial apropiado, con la garantía de una opinión médica, ética y legal reconocida y, en los pacientes internados sin su consentimiento, el derecho a la representación imparcial, a la revisión y a la apelación.

Artículo 5. Todos los enfermos mentales tienen derecho a ser tratados según los mismos criterios profesionales y éticos que los otros enfermos. Esto incluye un esfuerzo orientado a la consecución por parte del enfermo del mayor grado posible de autodeterminación y de responsabilidad personal. El tratamiento se realizará dentro de un cuadro conocido y aceptado por la comunidad, de la manera menos molesta y menos restrictiva posible. En este sentido, será positivo que se aplique lo mejor en interés del paciente y no en interés de la familia, la comunidad, los profesionales o el Estado. El tratamiento de las personas cuyas posibilidades de gestión personal se hayan visto mermadas por la enfermedad, incluirá una rehabilitación sico-social dirigida al restablecimiento de las aptitudes vitales y se hará cargo de sus necesidades de alojamiento, empleo, transporte, ingresos económicos, información y seguimiento después de su salida del hospital”.

⁶⁴ Adoptada el 17 de enero de 1989 bajo el nombre de Declaración de Luxor (Egipto) sobre los Derechos Humanos para los Enfermos Mentales.

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental⁶⁵ señala:

“2. El retrasado mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes”.

Finalmente, entre los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental⁶⁶ cabe resaltar:

298

CAPÍTULO 3

“Principio 1. Libertades fundamentales y derechos básicos. 2. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental, o que estén siendo atendidas por esa causa, serán tratadas con humanidad y con respeto a la dignidad inherente de la persona humana.

5. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (...)

Principio 8. Normas de la atención. 1. Todo paciente tendrá derecho a recibir la atención sanitaria y social que corresponda a sus necesidades de salud y será atendido y tratado con arreglo a las mismas normas aplicables a los demás enfermos.

2. Se protegerá a todo paciente de cualesquiera daños, incluida la administración injustificada de medicamentos, los malos tratos por parte de otros pacientes, del personal o de otras personas u otros actos que causen ansiedad mental o molestias físicas.

Principio 9. Tratamiento. 1. Todo paciente tendrá derecho a ser tratado en un ambiente lo menos restrictivo posible y a recibir el tratamiento menos restrictivo y alterador posible que corresponda a sus necesidades de salud y a la necesidad de proteger la seguridad física de terceros.

⁶⁵ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971.

⁶⁶ Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 de 17 de diciembre de 1991.

2. El tratamiento y los cuidados de cada paciente se basarán en un plan prescrito individualmente, examinado con el paciente, revisado periódicamente, modificado llegado el caso y aplicado por personal profesional calificado.

3. La atención psiquiátrica se dispensará siempre con arreglo a las normas de ética pertinentes de los profesionales de salud mental, en particular normas aceptadas internacionalmente ... aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En ningún caso se hará uso indebido de los conocimientos y las técnicas psiquiátricos.

4. El tratamiento de cada paciente estará destinado a preservar y estimular su independencia personal.

299

CAPÍTULO 3

Principio 10. Medicación. 1. La medicación responderá a las necesidades fundamentales de salud del paciente y sólo se le administrará con fines terapéuticos o de diagnóstico y nunca como castigo o para conveniencia de terceros. (...) (L)os profesionales de salud mental sólo administrarán medicamentos de eficacia conocida o demostrada.

2. Toda la medicación deberá ser prescrita por un profesional de salud mental autorizado por la ley y se registrará en el historial del paciente”.

La dimensión asistencial del derecho a la salud mental se preocupa por romper con los obstáculos que impiden la atención de los pacientes y, además, por permitir que las personas con enfermedad mental lleven una vida tranquila en la comunidad. Así mismo, pretende acabar con la estigmatización y la discriminación que excluyen socialmente a las personas que sufren de enfermedad mental.

A continuación, se exponen los principales criterios que la jurisprudencia constitucional ha establecido en torno a la aceptabilidad de la atención médica que reciben las personas con discapacidad mental.

2.1.1. Las personas con enfermedades mentales tienen el derecho a no permanecer internadas de manera indefinida. En razón del principio constitucional de solidaridad, las familias están obligadas al auxilio de sus parientes enfermos mentales, salvo cuando esta decisión ponga en peligro el derecho a la vida y a la integridad de los miembros del núcleo familiar

A través de una acción de tutela, las madres de dos menores que padecían esquizofrenia paranoide crónica solicitaron que se ordenara a las clínicas donde sus hijos se encontraban recluidos que éstos no fueran dados de alta. La EPS había solicitado que los pacientes fueran dados de alta para ser atendidos de forma ambulatoria en sus casas, debido a que su nivel de agresividad había disminuido. En opinión de las actoras, esta situación podía poner en peligro a sus familias. Al negar la tutela, la Corte Constitucional⁶⁷ precisó que, además de las obligaciones del propio paciente, la responsabilidad sobre la prevención de las enfermedades y sobre las actividades dirigidas a la recuperación y mejoría de los enfermos recae en la familia y el Estado. Lo anterior, en atención al principio constitucional de la solidaridad social.

Por ello, deben buscarse los medios adecuados para que, además de la terapia médica convencional, los familiares puedan contribuir con el proceso de curación. Esta posibilidad terapéutica, que busca involucrar a las personas cercanas al paciente, no implica que las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud desatiendan sus obligaciones o descuiden el control de sus pacientes. La comprensión y el cariño, así como la aceptación y el apoyo, son fundamentales en el proceso de recuperación de un paciente. Con todo, esta obligación de las familias no es de carácter absoluto. Según la Corte,

“La asistencia que se predica de la familia respecto de sus miembros enfermos, debe ser establecida de cara a la naturaleza de la enfermedad que se enfrenta y teniendo en cuenta los recursos económicos y logísticos de que se disponga. De este modo, ya sea que se trate de un paciente hospitalizado o de alguien que puede permanecer en su hogar, han de buscarse los medios adecuados para que, junto con la terapia médica convencional, los familiares puedan contribuir al proceso de alivio”.

⁶⁷ Sentencia T-209 de 1999.

La existencia de una patología mental crónica, no puede encontrar como respuesta el desinterés y desafecto de las personas cercanas al paciente ni puede implicar el innecesario e indefinido confinamiento del enfermo en un centro médico. En este sentido, la familia debe prestar su activa colaboración para el éxito del tratamiento ambulatorio, “brindando apoyo y colaboración para la asistencia a consultas y terapias, el mantenimiento de una adecuada presentación personal, la supervisión en el desplazamiento y el cumplimiento de normas, la toma de medicación, el estímulo afectivo y emocional para la recuperación del paciente, reuniones familiares de acuerdo con lo programado con el equipo terapéutico y demás actividades que contribuyan eficazmente a la estabilidad y bienestar de los enfermos dentro del comprensible estado de sus dolencias”.

En otros fallos, la Corte Constitucional ha señalado que las personas con enfermedades mentales no deben permanecer internadas de manera indefinida⁶⁸. De igual modo, si estas personas son objeto de sanción penal, ésta no puede ser imprescriptible⁶⁹. A este respecto, ya fue mencionado que la familia tiene la obligación de asistir a sus parientes enfermos, como desarrollo del principio constitucional de la solidaridad social. Sin embargo, si la convivencia con el paciente pone en peligro la vida y la integridad de los miembros del núcleo familiar, la reclusión debe prolongarse hasta tanto se evidencie la mejoría necesaria para la convivencia.

⁶⁸ Sentencia T-401 de 1992. Este fallo analizó el caso de tres personas inimputables que habían estado internadas durante 22, 26 y 30 años bajo medidas de seguridad y quienes solicitaron el levantamiento de dichas medidas puesto que la valoración médica señalaba que ya no representaban ningún peligro, pese a continuar con algunos trastornos. Sin embargo, los jueces penales negaban la petición con fundamento en que los enfermos estaban recuperados sólo parcialmente y en que la ausencia de apoyo familiar hacía temer por su integridad personal luego de ser liberados. La Corte Constitucional manifestó que carece de razonabilidad el exigir la completa rehabilitación de personas con discapacidades incurables, motivo por el cual su reclusión debe supeditarse a la comprobación de peligrosidad. Además, precisó que la ausencia de apoyo familiar, por sí misma, no es criterio suficiente para mantener indefinidamente privado de la libertad al recluso que padece una enfermedad mental incurable. Ello desconocería la prohibición de penas o medidas de seguridad imprescriptibles y/o perpetuas.

⁶⁹ Sentencia C-176 de 1993. En esta providencia se resolvió la demanda contra normas del Código Penal que establecían que las medidas de seguridad impuestas a los inimputables tendrían una duración mínima de dos años y una duración máxima indefinida. La Corte Constitucional, al declarar inconstitucional tales disposiciones, destacó que el carácter indeterminado del tiempo máximo de duración de las medidas de seguridad vulneraba la prohibición de penas perpetuas. De otra parte, también era inconstitucional la fijación de topes mínimos de duración para las mismas medidas, como quiera que ello no respondía al objetivo de recuperar la capacidad psíquica del inimputable.

Este último criterio fue establecido en una sentencia relativa a una persona con esquizofrenia paranoide crónica que amenazaba con cuchillos a su familia y que, en alguna ocasión, hizo disparos en un lugar público que le provocaron heridas a una persona. Después de dos años de internación, un comité técnico consultivo de la EPS a la que se encontraba afiliado como pensionado, determinó que lo mejor para su salud era darle de alta de la clínica para que continuara el tratamiento rodeado de su familia. Sin embargo, su esposa se negaba a recibirlo porque temía por ella y por sus hijos.

La Corte Constitucional, con fundamento en el principio de solidaridad, destacó que las familias están obligadas a auxiliar a sus parientes enfermos. Sin embargo, cuando el paciente es violento y agresivo, y su estadía en el hogar pone en peligro la vida de sus familiares, el principio de solidaridad llega a su límite y la persona debe continuar internada⁷⁰. Por ese motivo, la Corte ordenó a la EPS mantener al paciente internado en la clínica para que continuara el tratamiento de la enfermedad con la participación de su familia y de la asistencia terapéutica pertinente.

2.1.2. Para tener el derecho a la atención médica por una enfermedad psicológica o mental no es indispensable que el paciente se encuentre en la fase crítica de la misma

Una señora tuvo que afrontar difíciles situaciones durante el transcurso de tres años: el secuestro de su hermana y su hermano, la muerte de cáncer de una hermana y su divorcio. La mujer, quien contaba con 52 años, solicitó a su EPS el suministro de atención psicológica. En un inicio, fue atendida pero, después de las primeras consultas, se le negó la autorización para continuar el tratamiento. La Corte Constitucional destacó que, para tener derecho a la atención médica, no es indispensable que el paciente se encuentre en la fase crítica de una enfermedad psicológica o mental. De ser así, resultarían excluidos los cuidados preventivos y la profilaxis. Por ello, las entidades públicas o privadas encargadas de prestar los servicios de salud no pueden excluir de

⁷⁰ Sentencia T-398 de 2000. Según la Corte, "durante más de 25 años ella ha atendido a su marido, a pesar de las consecuencias que ello aparejaba para su vida y la de sus hijos. Ella ya ha puesto una alta cuota de sacrificio, en cumplimiento de su deber de solidaridad social. Exigir más de su parte, luego de todos estos años de entrega, equivale realmente a vulnerarle sus derechos a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, y a obligarla a que se someta a tratos crueles, inhumanos o degradantes".

su cobertura los padecimientos mentales y psicológicos de sus afiliados o beneficiarios en ninguna de las fases de una determinada patología. A juicio de la Corte, “carece de sentido que la persona afectada por los síntomas de un desajuste psicológico sea rechazada en cuanto al acceso a la prestación de los servicios médicos que lo corrijan o morigeren, bajo el argumento de que no se encuentra en la fase crítica y, peor todavía, arguyendo que ya pasó la etapa inicial de dicha fase”⁷¹.

2.1.3. Las entidades promotoras de salud tienen el deber de asistir de manera permanente a sus afiliados, así no estén obligadas a prestar directamente el servicio. En relación con el suministro de tratamiento psiquiátrico que no se encuentra dentro del POS, la especial protección de las personas con deficiencias mentales fundamenta la obligación de las entidades del sistema de informar, orientar, apoyar y acompañar al paciente, con miras a que pueda lograr su rehabilitación e integración social

Un señor instauró una acción de tutela en contra de la ARS a la cual se encontraba afiliado, puesto que la entidad se negaba a prestarle a su hijo el tratamiento psiquiátrico requerido por la depresión que padecía y que lo condujo a tres intentos de suicidio. La ARS demandada alegó que había brindado atención inicial al paciente, habida cuenta de la urgencia de su situación. También precisó que no estaba obligada a cubrir la atención psiquiátrica requerida por el menor, toda vez que dicha prestación no se encuentra contemplada en el POSS. La Corte Constitucional concedió la tutela y dispuso que un defensor de familia se encargara de asesorar al joven y a la familia. En el fallo, se destacó que la entidad no se exonera de la prestación en cuanto puede exigir del Estado el reintegro de los gastos en que incurra o demandar que el usuario sea atendido en otra institución. En este sentido, mientras el usuario permanezca afiliado al sistema la entidad debe velar por su atención integral, aunque no le corresponda adelantar directamente determinadas acciones y procedimientos⁷².

La recuperación de las personas que padecen enfermedades mentales es entonces una responsabilidad de la entidad a la que se encuentran afiliadas⁷³. Por este motivo, tanto

⁷¹ Sentencia T-248 de 1998.

⁷² Sentencia T-134 de 2002.

⁷³ Este tipo de obligación en cabeza de las entidades de salud, ya había sido mencionada en la sentencia T-290 de 1994, relacionada con el caso de una persona mayor de edad que sufría desde niña de retardo

las EPS como las ARS están obligadas a informar, orientar, apoyar y acompañar en su proceso al usuario que demanda una atención no incluida en los planes obligatorios, a fin de que pueda acceder por intermedio de una institución pública a los servicios requeridos. Estas obligaciones se deben evaluar en cada caso mediante el análisis de las condiciones del afiliado y de las particularidades de su padecimiento. Ello es necesario en cuanto algunos pacientes solamente requieran que se les suministre la información pertinente, en tanto **otros pueden solicitar no sólo información sino, además, el acompañamiento y la coordinación** de la EPS o la ARS durante la demanda de atención y el proceso de su recuperación. En el caso objeto de revisión, la ARS estaba obligada a brindar al demandante toda la información necesaria y a incluirlo en sus programas de educación y prevención.

2.2. DERECHO DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD A NO SER OBJETO DE TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES RELACIONADOS CON LA SALUD

Dos preocupaciones se destacan en torno al respeto del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la integridad personal de los reclusos: la prohibición de tortura y de procedimientos médicos coercitivos y la prohibición de requisas humillantes.

2.2.1. Prohibición de tortura y procedimientos médicos o científicos coercitivos contra las personas privadas de la libertad

En su Observación General 20 sobre la Prohibición de la Tortura y los Tratos o Penas Cruels, el Comité de Derechos Humanos⁷⁴ expresó que las *personas que no*

mental. Esta persona no podía desarrollar actividades tales como estudios, trabajos, labores domésticas y, además, presentaba conductas asociales, inestables y dificultad para expresarse y hacerse entender. A pesar de que llevaba más de diez años gozando de una sustitución pensional, la Caja de Previsión Social suspendió dicha sustitución y, por tanto, la posibilidad de acceder a la atención médica. La Corte Constitucional ordenó el reembolso de las mesadas dejadas de percibir por la afectada y la adopción de medidas necesarias para garantizar su atención médica. La Corte señaló que, cuando una persona se encuentra en un estado de extrema necesidad, no puede ser excluida de la protección eficaz de la dignidad personal a que tiene derecho. En estos casos, es necesario brindarle toda la ayuda posible e, incluso, otorgarle prelación en la destinación de bienes y servicios.

⁷⁴ 44º período de sesiones, 1992, párr. 7.

están en condiciones de dar un consentimiento válido, en particular aquellas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, deben ser protegidas de manera especial contra experimentos médicos o científicos realizados sin su libre consentimiento.

Sobre este punto, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los “Principios de Ética Médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”⁷⁵. En relación con el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, cabe destacar los siguientes principios:

“Principio 1. El personal de salud, especialmente los médicos, encargado de la atención médica de personas presas o detenidas tiene el deber de brindar protección a la salud física y mental de dichas personas y de tratar sus enfermedades al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas.

Principio 4. Es contrario a la ética médica el hecho de que el personal de salud, en particular los médicos:

a) Contribuyan con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas presas y detenidas, en una forma que pueda afectar la condición o salud física o mental de dichos presos o detenidos y que no se conforme a los instrumentos internacionales pertinentes;

b) Certifiquen, o participen en la certificación, de que la persona presa o detenida se encuentra en condiciones de recibir cualquier forma de tratamiento o castigo que pueda influir desfavorablemente en su salud física y mental y que no concuerde con los instrumentos internacionales pertinentes, o participen de cualquier manera en la administración de todo tratamiento o castigo que no se ajuste a lo dispuesto en los instrumentos internacionales pertinentes.

Principio 5. La participación del personal de salud, en particular los médicos, en la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo a personas presas o detenidas es contraria a la ética médica, a menos que se determine, según criterios puramente médicos, que dicho procedimiento es necesario para la protección de la salud física o mental o la seguridad del propio preso o detenido, de los demás

⁷⁵ Resolución 37/194 de 18 de diciembre de 1982.

presos o detenidos, o de sus guardianes, y no presenta peligro para la salud del preso o detenido (...).”

De otro lado, el proyecto de Declaración Interamericana sobre los Derechos y la Atención de las Personas Privadas de la Libertad⁷⁶, contempla la siguiente salvaguarda en torno a este tema:

“Artículo 30. Nadie en prisión o detención debe ser sometido, ni siquiera con su consentimiento, a experimentos médicos o científicos que puedan resultar perjudiciales para su salud y que no estén orientados a mejorar su salud”.

306

CAPÍTULO 3

2.2.2. Prohibición de requisas íntimas que configuran tratos humillantes, crueles, inhumanos y/o degradantes

Una persona privada de la libertad consideraba que desconocía su derecho a la dignidad humana el permanecer esposado durante la realización de diligencias fuera de su pabellón y la práctica de una requisas rutinaria que consistía en hacerlo desnudarse totalmente, mostrando sus partes íntimas, pararse de espaldas y agacharse varias veces.

La Corte Constitucional concedió la tutela y consideró que la rutina de hacer desnudar al interno y obligarlo a agacharse o hacer flexiones de piernas y/o mostrar exhaustivamente sus genitales a la guardia, constituía un trato cruel, inhumano y degradante que vulneraba el derecho fundamental a la dignidad. De otra parte, la Corte estimó que esta práctica era innecesaria porque existían otros medios para detectar elementos prohibidos en el cuerpo de los internos. En relación con la utilización de esposas durante el traslado a cualquier dependencia de la cárcel localizada fuera del pabellón donde estaba recluido el interno, el alto tribunal estimó que tal restricción era razonable cuando no existen otros medios adecuados y proporcionados para garantizar la seguridad de los guardianes, de los demás internos y para prevenir motines o intentos de fuga durante estos trayectos. En dicho caso, no se evidenciaba un trato violento, agresivo, vergonzante o humillante,

⁷⁶ Presentado por el Gobierno de Costa Rica en abril 23 de 2001, tras haber contado con el apoyo de la organización Reforma Penal Internacional.

toda vez que las esposas no se utilizan como sanción –lo cual se encuentra prohibido en los instrumentos internacionales⁷⁷- sino como medida de precaución para evitar la evasión y para prevenir situaciones que afecten la seguridad del establecimiento carcelario⁷⁸.

La protección a las personas privadas de la libertad contra tratos degradantes se relaciona, a su vez, con las requisas de las personas que las visitan. En particular, debe respetarse en todo momento el **derecho a la intimidad y a la integridad física** de las mujeres que desean visitar a sus familiares privados de la libertad y que son objeto de inspecciones vaginales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que una revisión o inspección vaginal debe responder a los siguientes requisitos: (i) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo legítimo en el caso específico; (ii) no debe existir medida alternativa alguna; (iii) debería, en principio, ser autorizada por orden judicial; y (iv) debe ser realizada únicamente por profesionales de la salud⁷⁹.

De otro lado, el Tercer Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de Derechos Humanos en Colombia⁸⁰, recomienda al Estado colombiano la adopción de las siguientes medidas en relación con las requisas tanto de las personas privadas de la libertad como de sus visitas:

“6. Que adopte las medidas necesarias para prevenir, castigar y erradicar hechos de violación, abuso sexual, y otras formas de tortura y trato inhumano por parte de agentes del Estado. Específicamente, en cuanto a las mujeres privadas de su libertad, dichas medidas deberán incluir: un trato acorde con la dignidad humana; la supervisión judicial de las causas de la detención; el acceso a un

⁷⁷ Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Numeral 33.

⁷⁸ Sentencia T-702 de 2001.

⁷⁹ Caso X e Y contra Argentina (Caso 10.506, Informe N° 38/96 del 15 de octubre de 1996). La Sra. X y su hija Y de 13 años habían sido sometidas a inspecciones vaginales durante la realización de visitas a su esposo y padre. La Comisión consideró que las inspecciones vaginales son una invasión de la intimidad y de la integridad física y un desconocimiento de la protección de la unidad familiar. En el caso de la niña Y, dichos procedimientos violaron los derechos de las niñas y los niños a medidas de protección (art. 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁸⁰ OEA/Ser.LV/II.102, doc. 9 rev. 1, Capítulo XII, E, párrs. 4 y 6.

abogado, a los familiares, y a servicios de salud; y **las salvaguardas apropiadas para las inspecciones corporales de las detenidas y sus familiares** (negrilla fuera de texto)”.

Similares consideraciones fueron tenidas en cuenta por la Corte Constitucional al resolver una acción de tutela interpuesta por una mujer que solicitaba la protección de su derecho a la dignidad humana vulnerada por las requisas vaginales de que era objeto al ingresar a la Penitenciaría Nacional de Valledupar. Aunque la tutela fue negada por cuanto las pruebas no demostraron una violación de derechos fundamentales, la Corte advirtió que la prohibición de requisas humillantes se extiende a los visitantes de los reclusos, quienes también deben ser tratados con respeto a su dignidad humana. Por este motivo, el Código Penitenciario contempla la razonabilidad como componente necesario de las requisas a visitantes. En opinión del alto tribunal, no es razonable la requisa que se realice con transgresión del derecho a la dignidad humana de la persona por manipulación de sus partes íntimas, existiendo otros mecanismos para garantizar la seguridad. Si bien por motivos de seguridad se justifica la realización de requisas a quienes ingresan al establecimiento carcelario, las mismas no pueden violar mandatos de índole constitucional y legal. Por este motivo, y debido a la existencia de antecedentes relativos a la realización de requisas vejatorias en la Penitenciaría Nacional de Valledupar, la Corte hizo un llamado para que no se realizaran requisas contrarias a la dignidad humana de los visitantes de los reclusos⁸¹.

2.3. DERECHO A LA SALUD DE LOS ADULTOS MAYORES COMO PROYECCIÓN DEL RESPETO POR EL CICLO DE VIDA

En este documento, se ha analizado la jurisprudencia sobre el acceso a la salud como derecho fundamental de los adultos mayores en situación de debilidad manifiesta (*supra* Capítulo II, 2.4). En este apartado, se estudia el respeto del ciclo de vida como componente de la aceptabilidad de la salud en relación con los adultos mayores.

El ciclo de vida constituye un criterio de discriminación positiva que determina una especial protección a ciertos sujetos, particularmente las niñas, los niños y los adultos

⁸¹ Sentencia T-269 de 2002.

mayores. Al respecto, la Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer⁸², ha manifestado su preocupación por la salud de las mujeres de edad en los siguientes términos:

“24. El Comité está preocupado por las condiciones de los servicios de atención médica a las mujeres de edad, no sólo porque las mujeres a menudo viven más que los hombres y son más proclives que los hombres a padecer enfermedades crónicas degenerativas y que causan discapacidad, como la osteoporosis y la demencia, sino también porque suelen tener la responsabilidad de atender a sus cónyuges ancianos. Por consiguiente, los Estados Partes deberían adoptar medidas apropiadas para garantizar el acceso de las mujeres de edad a los servicios de salud que atiendan las minusvalías y discapacidades que trae consigo el envejecimiento”.

309

CAPÍTULO 3

Por su parte, los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad⁸³ contemplan cinco derechos a partir de los cuales se debe analizar el respeto del ciclo de vida en salud: independencia, participación, cuidado, autorrealización y dignidad. Entre los principios más relevantes en materia de salud se encuentran los siguientes:

“Independencia. 1. Las personas de edad deberán tener acceso a alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención de salud adecuadas, mediante la provisión de ingresos, el apoyo de sus familias y de la comunidad y su propia autosuficiencia.

(...)

5. Las personas de edad deberán tener la posibilidad de vivir en entornos seguros y adaptables a sus preferencias personales y a la evolución de sus capacidades.

Participación. 7. Las personas de edad deberán permanecer integradas en la sociedad, participar activamente en la formulación y la aplicación de las políticas que afecten directamente a su bienestar y poder compartir sus conocimientos y pericias con las generaciones más jóvenes.

⁸² 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1, párr. 24.

⁸³ Adoptados el 16 de diciembre de 1991 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/91 sobre la aplicación del Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento y Actividades Conexas.

(...)

Cuidados. 10. Las personas de edad deberán poder disfrutar de los cuidados y la protección de la familia y la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad.

(...)

11. Las personas de edad deberán tener acceso a servicios de atención de salud que les ayuden a mantener o recuperar un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como a prevenir o retrasar la aparición de enfermedades.

(...)

13. Las personas de edad deberán tener acceso a medios apropiados de atención institucional que les proporcionen protección, rehabilitación y estímulo social y mental en un entorno humano y seguro.

(...)

14. Las personas de edad deberán poder disfrutar de sus derechos humanos y libertades fundamentales cuando residan en hogares o instituciones donde se les brinden cuidados o tratamiento, con pleno respeto de su dignidad, creencias, necesidades e intimidad, así como de su derecho a adoptar decisiones sobre su cuidado y sobre la calidad de su vida.

Autorrealización. 15. Las personas de edad deberán poder aprovechar las oportunidades para desarrollar plenamente su potencial.

(...)

Dignidad. 17. Las personas de edad deberán poder vivir con dignidad y seguridad y verse libres de explotación y de malos tratos físicos o mentales (...).”

Finalmente, en la Proclamación Sobre el Envejecimiento de la Asamblea General de Naciones Unidas⁸⁴, se recomendó el apoyo a iniciativas nacionales relacionadas con

⁸⁴ 42a reunión plenaria. Naciones Unidas. Documento A/RES/47/5. 16 de octubre de 1992.

el establecimiento de servicios de atención primaria de la salud, la promoción de la salud y los programas de autoayuda para las personas de edad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 6 relativa a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores⁸⁵, se refiere al contenido del derecho a la salud de este grupo poblacional de la siguiente forma:

“35. Es evidente que no puede abordarse la incidencia, cada vez mayor, de las enfermedades cronicodegenerativas y los elevados costos de hospitalización, solamente mediante la medicina curativa. A este respecto, los Estados Partes deberían tener presente que mantener la salud hasta la vejez exige inversiones durante todo el ciclo vital de los ciudadanos, básicamente a través de la promoción de estilos de vida saludables (alimentación, ejercicio, eliminación del tabaco y del alcohol, etc.). La prevención, mediante controles periódicos, adaptados a las necesidades de las mujeres y de los hombres de edad, cumple un papel decisivo; y también la rehabilitación, conservando la funcionalidad de las personas mayores, con la consiguiente disminución de costos en las inversiones dedicadas a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales”.

Bajo estos presupuestos, el respeto del derecho a la salud de los adultos mayores debe incluir el tratamiento adecuado de la mujer posmenopáusica y la mujer al envejecer, los factores determinantes del envejecimiento saludable, la depresión, la osteoporosis, las demencias relacionadas con la edad y los cambios de la función inmunitaria relacionados con la edad, entre otro tipo de problemas relacionados con el ciclo de vida. Así mismo, el apoyo familiar para las personas mayores constituye un elemento indispensable para una salud plena.

Ahora bien, el respeto del ciclo de vida remite al concepto de calidad de vida digna para los adultos mayores. La jurisprudencia constitucional se ha referido a estas cuestiones al ordenar, por ejemplo, el suministro de prestaciones tales como pañales para adultos mayores que padecen de incontinencia total y audífonos para personas de la tercera edad que sufren de sordera.

⁸⁵ 13º periodo de sesiones, 1995. Naciones Unidas. Documento E/C.12/1995/16/Rev.1 (1995).

2.3.1. En casos de incontinencia total, es exigible por vía de tutela el suministro de pañales si la negación de éstos hace indigna la existencia y, por ende, desconoce el derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna

Una anciana de 80 años que padecía de incontinencia total, tenía que usar pañales que le eran suministrados por la EPS a la cual estaba afiliada. Sin embargo, tal suministro le fue suspendido con el argumento de que la EPS no tenía obligación alguna al respecto, como quiera que los pañales no estaban incluidos en la lista de prestaciones contempladas en el POS.

Se interpuso entonces una acción de tutela con el objeto de amparar el derecho a una vida digna en conexión con la salud. La Corte Constitucional concedió la tutela y consideró que la inhabilidad para controlar los esfínteres, la avanzada edad, la situación económica que no le permitía a la demandante acudir a métodos más sofisticados para la solución de su problema, la disfunción cerebral que originó dicha anomalía y el riesgo de infecciones en la zona, no le permitían una vida normal ni llevar a buen término sus actividades diarias, a menos que le fueran proporcionadas las condiciones que le facilitarían vivir con dignidad. El no suministro de pañales por parte de la EPS, determinaba que la demandante viviese una vida indigna, de la cual debe protegerse a las personas, según lo dispone el mandato constitucional de protección a la vida. Esta última no se limita a la subsistencia biológica, puesto que abarca la posibilidad de desarrollar las facultades de la persona humana al máximo posible. Además, los pañales hacían parte del tratamiento que el médico tratante consideraba conveniente seguir⁸⁶.

2.3.2. El suministro de dispositivos auditivos es indispensable para asegurar una calidad de vida digna que permita mantener la integración social y el desarrollo normal de la actividad cotidiana de los adultos mayores

Un adulto mayor requería de audífonos para superar sus problemas de audición. Sin embargo, la EPS negaba tal prestación por cuanto se encontraba excluida del POS.

La Corte Constitucional ha considerado que el no suministro de audífonos a adultos mayores, constituye una vulneración al derecho a la salud en conexidad con la vida digna. A juicio de la Corte, es inadmisibles considerar que la falta de audífonos constituye una molestia menor que sólo afecta la salud óptima. Por el contrario, en atención a la

⁸⁶ Sentencia T-099 de 1999.

protección constitucional de la tercera edad, los audífonos constituyen un elemento indispensable para asegurar una calidad de vida digna al adulto mayor que carece de audición y que, por tanto, ha visto disminuida una de las facultades sensoriales necesaria para su integridad personal y física⁸⁷. La jurisprudencia insiste en que si bien el suministro de los audífonos no constituye una urgencia vital, sí deben ser suministrados de manera inmediata para lograr un adecuado desenvolvimiento personal, una relación abierta con el medio, la integración social y la realización de actividades normales como ciudadano⁸⁸.

2.4. DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA PRÁCTICA DE SU MEDICINA TRADICIONAL

El derecho a la salud de los miembros de comunidades indígenas sólo puede ser garantizado si se asegura la realización de los derechos de la comunidad en su conjunto. Todo aquello que afecte la subsistencia de la comunidad atenta contra los derechos individuales, incluida la salud⁸⁹.

⁸⁷ Sentencias T-839 de 2000, T-042 A de 2001, T-488 de 2001, T-1239 de 2001, T-239 de 2002, T-003 de 2003 y T-090 de 2003. Según estos nuevos precedentes, es claro que no se encuentra vigente la doctrina constitucional establecida en las sentencias T-042 de 1999, T-1662 de 2000 y T-041 de 2001, en las cuales se negaron solicitudes de audífonos interpuestas por adultos mayores. El argumento de estos fallos era que el suministro de audífonos por fuera del POS sólo era posible en el caso de los menores de edad y que los audífonos no ponían término a la evolución de la enfermedad, toda vez que sólo buscan potencializar la capacidad auditiva perdida.

⁸⁸ Sentencia T-839 de 2000, reiterada en las sentencias T-849 de 2002 y T-506 de 2003.

⁸⁹ Sobre este punto, véase la Declaración de Ginebra sobre la Salud y la Supervivencia de los Pueblos Indígenas del Mundo. Esta declaración es producto de la Consulta Internacional sobre la Salud de los Pueblos Indígenas, organizada por la Organización Mundial de la Salud en noviembre de 1999. En la Parte II de este instrumento se afirma: "El concepto de salud y de supervivencia de los Pueblos Indígenas es un continuo colectivo, individual e intergeneracional que incluye una perspectiva integral que incorpora 4 dimensiones compartidas de la vida. Estas dimensiones son, el espíritu, el intelecto, lo físico y lo emocional. Uniendo estas cuatro dimensiones fundamentales, la salud y el bienestar se manifiestan en múltiples niveles donde el pasado, el presente y el futuro coexisten simultáneamente. Para los Pueblos Indígenas, la salud y el bienestar son un equilibrio dinámico que incluye interacciones con los procesos de la vida y la ley natural que gobierna el planeta, todos los seres vivientes y la comprensión espiritual. Todas las expresiones culturales relevantes para la salud y el bienestar de los pueblos indígenas incluyen, pero no se limitan a, relaciones individuales y colectivas, relaciones familiares y de parentesco, sistemas de justicia tradicional, música, danzas, ceremonias, prácticas rituales y ceremoniales, juegos, deportes, lenguaje, narraciones, mitología, cuentos, nombres, tierra, mar y aire y sus recursos, diseños, escritura, artes visuales, aspectos y formas de la cultura indígena documentados permanentemente, incluyendo informes científicos y etnográficos, artículos y libros, fotografías, imágenes digitales, grabaciones de video y sonoras, sitios sagrados y de entierro, y material genético humano, restos de los antepasados y artefactos".

La integridad cultural de un pueblo indígena puede resultar amenazada por la imposición de un sistema de salud que impida la supervivencia de la medicina tradicional. Adicionalmente, sin una adecuada protección a la tierra es imposible el acceso a servicios de salud y a factores determinantes de la misma, como el agua potable y el saneamiento básico. Así mismo, la violación del derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios puede implicar una transformación significativa de su medio ambiente, lo cual puede afectar irreversiblemente el manejo comunitario de la salud, entre otros referentes de carácter social, político y económico.

314

CAPÍTULO 3

El contexto anterior ofrece el marco a partir del cual debe analizarse el respeto de la medicina tradicional como elemento de la aceptabilidad de la salud. Esta garantía está consagrada en instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁹⁰, el cual señala:

“Artículo 7. 1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”.

En el capítulo sobre acceso (*supra* Capítulo II, 2.3) fueron expuestas las normas más importantes del Convenio 169 en relación con el acceso de los pueblos indígenas a la salud. En relación con la aceptabilidad, la Declaración de Machu Picchu sobre la

⁹⁰ Adoptado por la Conferencia de la OIT en junio 27 de 1989. Entró en vigor en septiembre 5 de 1991. Colombia ratificó este convenio el 7 de agosto de 1991, mediante la Ley 21 de 1991.

Democracia, los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Lucha contra la Pobreza⁹¹, compromete a los estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones con la promoción y protección de los derechos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, entre los cuales cabe destacar:

- El derecho a su identidad y tradiciones espirituales, culturales, lingüísticas, sociales, políticas y económicas.
- El derecho a no ser desplazados de su patrimonio cultural histórico
- El derecho a sus **sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional**, incluido el derecho a la protección de sus lugares rituales y sagrados

El artículo 37 de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos⁹² establece que los Estados miembros de la Comunidad Andina de Naciones reconocen que “los pueblos indígenas y comunidades de afrodescendientes, además de los derechos humanos que poseen sus miembros como ciudadanos a título individual, gozan como grupos humanos de raíz ancestral, de derechos colectivos, cuyo ejercicio en común promueve su continuidad histórica, la preservación de su identidad y su desarrollo futuro”. En el artículo 38, se reconocen los derechos de los pueblos indígenas a:

- Mantener y desarrollar sus identidades y costumbres en lo cultural, espiritual, político, económico y jurídico
- Desarrollar y mantener su patrimonio cultural tangible e intangible
- La protección de sus conocimientos ancestrales colectivos y el ejercicio de sus prácticas tradicionales

⁹¹ Adoptada por los presidentes de los países miembros de la Comunidad Andina, en presencia de los presidentes de Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, el Príncipe de Asturias y el Secretario General de la Comunidad Andina, reunidos con motivo de la toma de posesión del Presidente del Perú, Dr. Alejandro Toledo, en Lima-Machu Picchu, el 28-29 de julio de 2001.

⁹² Guayaquil, 26 de julio de 2002. Fue suscrita por los Presidentes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela reunidos en Consejo Presidencial Andino y en nombre de los pueblos de la Comunidad Andina.

A su vez, el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas⁹³ ampara la medicina tradicional en los siguientes términos:

Artículo XII. Salud y bienestar. 1. Los pueblos indígenas tendrán derecho al reconocimiento legal y a la práctica de su medicina tradicional, tratamiento, farmacología, prácticas y promoción de salud, incluyendo las de prevención y rehabilitación.

2. Los pueblos indígenas tienen el derecho a la protección de las plantas de uso medicinal, animales y minerales, esenciales para la vida en sus territorios tradicionales (...).

316

CAPÍTULO 3

Cabe anotar que las actividades que, bajo el pretexto del desarrollo u otros fines comerciales e industriales, inducen al desplazamiento forzado de poblaciones indígenas, generan un desarraigo frente a sus territorios y entornos tradicionales. Ello tiene como consecuencia la pérdida de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación simbiótica con la tierra, lo cual repercute perjudicialmente sobre la salud de estas poblaciones⁹⁴.

Hasta este punto, se han precisado los criterios que, en el derecho internacional, protegen la medicina tradicional como componente de la aceptabilidad de la salud⁹⁵. A nivel interno, la jurisprudencia constitucional que se analiza a continuación ha desarrollado un amparo similar tanto en casos de tutela como en sentencias de constitucionalidad.

⁹³ Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997, en su sesión 1333ª durante su 95º Período Ordinario de Sesiones.

⁹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14, párr. 27.

⁹⁵ Otra forma de protección internacional la constituye la Carta de la Tierra o “Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo”. En su artículo 22, este instrumento establece que “Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque participaran efectivamente en el logro del desarrollo sostenible”. Por su parte, el artículo 8 del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 1992 recomienda el respeto, la preservación y conservación de los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas. De igual modo, la Organización Mundial de la Salud cuenta con un Programa de Medicina Tradicional que ofrece apoyo normativo y apoyo a los programas de los Estados miembros para el desarrollo de sus sistemas de medicina tradicional y la integración de los mismos en sus sistemas nacionales de atención de la salud para garantizar el uso apropiado, seguro y eficaz de la medicina tradicional.

2.4.1. La solicitud de acceder a la medicina alternativa tradicional es exigible por vía de tutela cuando existe conexidad entre el derecho a la salud y la protección de la diversidad étnica y cultural

Un interno de 72 años, perteneciente a la comunidad indígena de los Yaguas, elevó tres derechos de petición ante el INPEC con el objeto de ser trasladado a la cárcel de Leticia donde podría recibir el tratamiento que su comunidad le había suministrado para el cáncer de próstata que padecía. La institución demandada negó la solicitud bajo el argumento de que el interno venía siendo atendido en la capital. Por su parte, el juez de primera instancia consideró que sólo el derecho de petición había sido violado.

La Corte Constitucional estimó que, aunque no es obligación del Estado suministrarle medicina alternativa a un recluso, salvo que ya exista infraestructura para prestar este servicio asistencial especial, es necesario en todo caso salvaguardar la protección constitucional de las actividades de los “curanderos” indígenas⁹⁶. Al ordenar el respectivo traslado, el alto tribunal ponderó y armonizó, de un lado, los derechos a la autonomía individual y a la diversidad étnica y cultural y, de otro, el deber del Estado de castigar al trasgresor. Según la Corte:

“Como se trata de una persona que supera la edad de la vida probable, que culturalmente ha pertenecido a una etnia y que tiene una enfermedad terminal (cáncer), el traslado hacia el sitio donde están los suyos es una razonable petición que ha debido ser estudiada por el INPEC; y como hubo desprecio por esos planteamientos, se deduce que se afectó la dignidad del recluso, porque ni siquiera se examinó la factibilidad, en el caso concreto, de ir a morir cerca a su familia y a su tribu, de respetársele su condición de minoría y de aceptársele que el libre desarrollo de su personalidad le permite rechazar la medicina que se le ofrece y, en su lugar, proponer que para mitigar la enfermedad y llegar digna y autónomamente a sus últimos días de vida esté recibiendo la medicina alternativa de su entorno cultural cerca a comunidad indígena de los Yaguas”⁹⁷.

⁹⁶ Sentencia T-214 de 1997. Cabe anotar que en la sentencia C-377 de 1994, la Corte protegió la actividad de los curanderos indígenas. Según la Corporación: “(t)odo lo dicho no implica que en algunos grupos especiales, tales como las tribus indígenas, no puedan existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales. Su actividad está protegida por el artículo 7o. de la Constitución, que asigna al Estado la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural”.

⁹⁷ Sentencia T-214 de 1997.

2.4.2. No son exigibles por vía de tutela los tratamientos relacionados con medicina alternativa bioenergética porque no comprometen el derecho a la salud en conexidad con el respeto del principio de diversidad cultural. Además, los tratamientos de medicina alternativa sólo pueden suministrarse siempre y cuando estén autorizados luego de haber sido comprobada su eficacia y seguridad

Una mujer consideró vulnerados sus derechos a la vida y a la salud por parte de una EPS que no aceptó su remisión a un profesional de medicina alternativa que le practicara un tratamiento bioenergético. En opinión de la demandante, este profesional era el médico idóneo para tratar su dolencia, habida cuenta de las recomendaciones que le habían hecho y de la ineficacia de los múltiples tratamientos que le habían practicado en la entidad demandada.

Según la Corte Constitucional, en este caso no se configuraba una violación de los derechos fundamentales de la actora. La paciente estaba siendo atendida por la EPS, no se le habían negado los servicios médicos solicitados y, además, los profesionales que la habían atendido, en principio, eran idóneos y estaban sometidos a supervisión. A juicio de la Corporación, una orden judicial de remitir a la actora a un profesional no vinculado a la entidad demandada, es decir, a alguien que no es el “médico tratante” y sobre el cual la EPS no tiene ni relación contractual, ni control, ni conocimiento de sus prácticas médicas, no sólo implicaba un cambio drástico en el tratamiento de la paciente sino que incluso podía poner en peligro la misma⁹⁸. La Corte enfatizó:

“[L]a protección efectiva del derecho a la vida y a la salud en relación con entidades como las EPS, se encuentra sometida a una estructura administrativa y legal que el Legislador ha considerado idónea para el ejercicio efectivo de los requerimientos y necesidades de la población, de conformidad con las obligaciones del Estado Social del Derecho. (...) El juez constitucional, entonces, no puede desconocer a priori esos criterios operativos y jurídicos en el caso objeto de estudio, porque tales fundamentos sirven para estructurar la naturaleza de la protección y de las órdenes efectivas que se deben impartir en cada circunstancia específica”⁹⁹.

⁹⁸ Sentencia T-076 de 1999.

⁹⁹ Id.

A su vez, se insistió en que algunos tratamientos específicos han sido excluidos del POS. Entre éstos, son de resaltar los tratamientos no reconocidos por asociaciones médicas o científicas a nivel mundial y aquellos de carácter experimental, así como los que involucren drogas o sustancias experimentales para cualquier tipo de enfermedad. Para que un tratamiento sea incluido en el POS, es necesario que su eficacia sea comprobada por las autoridades de salud, que se reconozca internacionalmente como un tratamiento idóneo y que no se configuren las circunstancias descritas en la lista de exclusiones, de manera tal que su práctica esté debidamente acreditada y sea confiable y segura.

Por lo tanto, si un tratamiento no ha sido acreditado médicamente e incluido en el POS, no puede ser exigido por ningún paciente debido a razones de seguridad. Sin la debida aprobación, un tratamiento médico puede poner en peligro la vida de los pacientes.

2.5. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Los derechos sexuales y reproductivos forman parte de las libertades fundamentales que las personas en situación de discapacidad tienen derecho a disfrutar. Estas personas tienen el derecho a casarse y a planear la propia familia; el derecho al cuidado comprensivo de la salud reproductiva, incluidos la planificación familiar y los servicios de salud, educación e información para la maternidad; el derecho a dar un consentimiento informado referente a todos los procedimientos médicos, incluidos la esterilización y el aborto; y el derecho a estar libre de abuso y explotación sexual.

La Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo¹⁰⁰ exhortó a los Estados a adoptar medidas eficaces para la prevención de la discapacidad y la rehabilitación de las personas con discapacidad. Por ello, se recomendó a los gobiernos que adoptaran la infraestructura apropiada para atender las necesidades de las personas con discapacidad, en particular en lo referente a su educación, capacitación y rehabilitación. Entre otras cuestiones, se recomendó el **reconocimiento de sus necesidades en salud reproductiva**,

¹⁰⁰ Capítulo V, literal E.

incluida la planificación de la familia y la lucha contra el VIH/SIDA y la eliminación de las formas concretas de discriminación que afectan a las personas con discapacidad en relación con los derechos reproductivos, la formación de hogares y familias y la migración internacional.

Si una persona en situación de discapacidad es capaz de prestar su consentimiento en relación con el matrimonio, tiene el derecho a casarse. Cualquier restricción de este derecho o del derecho a fundar una familia, constituye una violación de los derechos humanos, en especial si se trata de las mujeres discapacitadas. A este respecto, la Recomendación General 18 sobre Mujeres Discapacitadas del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹⁰¹, recomienda que en los informes periódicos de los Estados se incluya información sobre las mujeres discapacitadas y sobre las medidas adoptadas para hacer frente a su situación particular, incluidas las medidas especiales dirigidas a que estas mujeres gocen de igualdad de oportunidades en materia de servicios de salud y seguridad social y puedan participar en todos los aspectos de la vida social y cultural.

Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad¹⁰² señalan:

“Art. 9 Los Estados deben promover la plena participación de las personas con discapacidad en la vida en familia. Deben promover su derecho a la integridad personal y velar porque la legislación no establezca discriminaciones contra las personas con discapacidad en lo que se refiere a las relaciones sexuales, el matrimonio y la procreación.

Art. 9.2 Las personas con discapacidad no deben ser privadas de la oportunidad de [...] tener hijos. Teniendo en cuenta que las personas con discapacidad pueden tropezar con dificultades para casarse y para fundar una familia, los Estados deben promover el establecimiento de servicios de orientación apropiados”.

¹⁰¹ Décimo período de sesiones, 1991, Naciones Unidas. Documento HRI/GEN/1/Rev.1 at 83 (1994).

¹⁰² Aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas en su cuadragésimo octavo período de sesiones, mediante resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993.

El Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad (pár. 74)¹⁰³ manifiesta la necesidad de reconocer la importancia de las relaciones personales y sociales –incluidas las relaciones sexuales– de las personas en situación de discapacidad. Así mismo, los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental¹⁰⁴ indican:

“Principio 12. Nunca podrá aplicarse la esterilización como un tratamiento para la enfermedad mental”.

En su Observación General 5 relativa a los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁰⁵, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que las personas con discapacidad tienen derecho a casarse y a fundar su propia familia. Por este motivo, estos ciudadanos deben tener acceso a los servicios de asesoramiento necesarios, a fin de poder realizar sus derechos y cumplir sus obligaciones dentro de la familia. La anotada Observación General afirma a este respecto:

“Las mujeres con discapacidad tienen derecho también a protección y apoyo en relación con la maternidad y el embarazo (...). Esas necesidades y esos deseos deben reconocerse, y debe tratarse de ellos en los contextos del placer y la procreación. (...). En el caso de las mujeres con discapacidad, una operación de esterilización o de aborto sin haber obtenido previamente su consentimiento, dado con conocimiento de causa, constituirá una grave violación del párrafo 2 del artículo 10¹⁰⁶”.

La jurisprudencia constitucional colombiana también se ha ocupado de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad. A continuación se exponen las subreglas establecidas en relación con este tema.

¹⁰³ Resolución 37/52 de 3 de diciembre de 1982, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. (Documento A/37/51).

¹⁰⁴ Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

¹⁰⁵ Naciones Unidas. Documento E/1995/22, párr. 30.

¹⁰⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10. Párrafo 2. “Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto (...)”.

2.5.1. Es inadmisiblemente constitucionalmente suspender el servicio de salud que recibe una mujer discapacitada en calidad de beneficiaria dependiente del afiliado, por el mero hecho de suponer que, al tener un hijo, conformará familia y el padre del menor cubrirá sus necesidades económicas

Una mujer mayor de edad que sufría de esquizofrenia paranoide y recibía asistencia médica como beneficiaria de su padre, tuvo una hija. Por tal razón, la empresa de la que el padre era pensionado, se negó a continuar haciéndose cargo de los servicios de salud de la demandante. La empresa asumió que la concepción de un hijo desvirtuaba la dependencia económica, toda vez que alguien diferente al padre se estaría ocupando del sostenimiento económico de la actora. Mediante una acción de tutela, se solicitó que la empresa asumiera la obligación de atender tanto a la madre como a su hijo, bajo el argumento de que ella no había creado familia alguna y se desconocía al padre del menor, lo que hacía suponer que la mujer había sido víctima de acceso carnal no consentido.

La Corte Constitucional ordenó restablecer el servicio médico a la madre y consideró que era discriminatorio asumir que la mujer que queda en embarazo forma una familia y, por ello, cesa su dependencia económica. La Corporación destacó que la libertad de la mujer no se reduce por el embarazo. En este sentido, “no le es extensible al hombre obligación alguna de manutención de la mujer”, toda vez que “ella es tan responsable como el hombre de lograr su sustento”. Además, el embarazo no implica la obligación de constituir familia. Por el contrario, tal como lo señala el artículo 42 de la Carta, la familia es producto de una “decisión responsable” y no el efecto jurídico de procrear un hijo. A juicio de la Corte:

“Asumir que, por el mero hecho del embarazo, la mujer conforma familia con el padre del menor, implica reducir a la máxima expresión la autonomía de la mujer. Se niega a la mujer la posibilidad de ejercer el derecho a la autonomía sexual, pues se despoja su sexualidad de todo carácter volitivo, para convertirse en un mero hecho. En suma, la mujer termina cosificada”¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Sentencia SU-1167 de 2001.

2.5.2. Están prohibidas las intervenciones quirúrgicas o definitivas en relación con la sexualidad de las personas en situación de discapacidad cuando existe necesidad médica y posible consentimiento futuro. Sin embargo, por razones de dignidad humana que protegen el derecho a la autodeterminación sobre el propio cuerpo, es admisible la ligadura de trompas de la mujer con problemas mentales que le impiden decidir sobre la conformación de una familia

La madre de una mujer de 19 años con retardo mental y epilepsia, solicitó la esterilización quirúrgica de su hija a la EPS a la que se encontraba afiliada. La entidad negó la petición hasta tanto la madre de la paciente obtuviera la representación de su hija a través de un proceso de interdicción por demencia. La madre interpuso entonces una acción de tutela para solicitar la operación. Afirmó entonces que mientras se adoptaba una decisión definitiva por parte de una autoridad judicial, su hija corría el riesgo de quedar embarazada, lo cual ponía en riesgo sus derechos fundamentales.

Para resolver el caso, la Corte Constitucional retomó su jurisprudencia en torno al consentimiento informado y cualificado en la relación médico-paciente. Destacó que si existe necesidad médica (incompatibilidad entre el tratamiento para la epilepsia y la prevención de embarazo o los riesgos propios del embarazo)¹⁰⁸ y la posibilidad futura de lograr condiciones que permitan el consentimiento (ejercicio de la autonomía), no es admisible constitucionalmente la práctica de la intervención¹⁰⁹. Para salvaguardar el derecho a la autodeterminación reproductiva de las personas en situación de discapacidad, la Corte ordenó la conformación de un equipo de médicos especialistas en neurología, psiquiatría y ginecología, a fin de que evaluaran las diversas opciones médicas a las que se podía acudir en procura de preservar al máximo las condiciones físicas necesarias para que la joven con retardo mental pudiera adoptar decisiones autónomas en relación con el manejo de su sexualidad. El alto tribunal insistió en la necesidad de descartar

¹⁰⁸ En el caso, aparecía probado que el posible embarazo sería de alto riesgo para la salud de la mujer y la del feto, por sus antecedentes familiares de eclampsia y porque estaba contraindicado por el tratamiento que recibía para la epilepsia. Además, el tratamiento para la epilepsia era incompatible con anticonceptivos hormonales.

¹⁰⁹ En el caso, los dictámenes médicos cuestionaban la supuesta incapacidad mental de la paciente. La Corte consideró que si existe duda acerca de la capacidad de otorgar un consentimiento futuro, debe asumirse que tal posibilidad existe.

las opciones que tengan carácter quirúrgico y definitivo y que resulten inadecuadas a la condición de salud y al tratamiento que reciban estos pacientes. Además, se ordenó la incorporación de la joven a un programa de educación especial de acuerdo con sus necesidades, en el cual se le impartiera la educación sexual y reproductiva adecuada para las personas con sus condiciones mentales específicas. Dicha educación debe capacitar a la persona en situación de discapacidad para ejercer su sexualidad y manejar las repercusiones de la maternidad, de acuerdo con su condición, intereses y capacidades¹¹⁰.

Este precedente fue complementado por la Corte Constitucional al analizar otra tutela interpuesta para que se efectuara la ligadura de trompas de una menor de edad con discapacidad mental¹¹¹. La Corporación precisó que la madre de la menor tenía la obligación de obtener una autorización judicial para la realización de la intervención quirúrgica dispuesta por el médico tratante¹¹². Según la Corte, la intervención judicial es obligatoria cuando sea necesario limitar o afectar severamente los derechos constitucionales de las personas con discapacidades mentales. De otro lado, se precisaron cuatro variantes posibles frente a casos similares:

(i) Necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro. Cuando existe un alto grado de certeza de que la persona no va a poder alcanzar un nivel de autonomía que le permita comprender y dar su consentimiento para realizar una intervención quirúrgica y existe una razón médica dirigida a salvaguardar la vida e integridad del paciente, basta la autorización judicial para efectuar la intervención.

(ii) No existencia de necesidad médica e imposibilidad de consentimiento futuro. La Corte consideró desproporcionado que una persona que no puede (ni podrá) comprender las consecuencias derivadas de un embarazo o asumir las consecuencias del mismo, sea forzada a soportarlo. Toda vez que en este caso la autonomía (decidir sobre su propio cuerpo) queda reducida a su mínima expresión, el embarazo siempre será forzado.

¹¹⁰ Sentencia T-850 de 2002.

¹¹¹ Sentencia T-248 de 2003.

¹¹² En dicho proceso judicial, debe quedar plenamente demostrado que el menor tiene problemas mentales que impiden dar su consentimiento para este tipo de intervenciones. Si se trata de un mayor de edad, la ley exige declaración previa de su estado, por medio de una interdicción de sus derechos.

Además, se destacó que una persona con deficiencias mentales graves no puede ostentar la calidad de garante de los derechos de un menor. Según la Corte:

“(N)o queda otra opción, a fin de brindar una protección efectiva a una persona en una situación de debilidad manifiesta y en aras de un respeto genuino por los derechos de la mujer, que el juez, en el proceso que para ese fin ha de iniciarse, pueda autorizar, si existen argumentos razonables (v.gr. seguridad personal), la práctica de la tubectomía (ligadura de trompas) a pesar de la ausencia de consentimiento previo”.

(iii) Urgencia médica y posibilidad de consentimiento futuro. De existir una urgencia, debe darse prioridad a la intervención médica, sin que pueda invocarse el consentimiento futuro, como quiera que resulta razonable suponer que la persona habría consentido en la protección de su vida, su integridad física o su salud.

(iv) Inexistencia de necesidad médica y posibilidad de consentimiento futuro. Toda vez que no existe indicación médica sobre la necesidad de la intervención y aparece la posibilidad de lograr consentimiento futuro, la autonomía debe ser protegida de manera absoluta.

2.6. DERECHO A LA SALUD MENTAL Y DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS DE LAS Y LOS ADOLESCENTES

Hasta los 18 años de edad, los adolescentes son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, en su Observación General 4 sobre la Salud y el Desarrollo de los Adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, el Comité de los Derechos del Niño precisó que la salud sexual y reproductiva y la salud mental son las temáticas de mayor preocupación en relación con los adolescentes¹¹³. En efecto, este grupo poblacional corre riesgos específicos frente a enfermedades de transmisión sexual como el VIH/SIDA y presenta problemas específicos tales como la alta tasa de embarazos no deseados¹¹⁴, la

¹¹³ Naciones Unidas. Documento CRC/GC/2003/4 del 21 de julio de 2003.

¹¹⁴ Actualmente, millones de adolescentes se convierten en madres prematuramente. El problema radica en que las adolescentes no están lo suficientemente maduras física y psicológicamente para el parto,

enorme cantidad de suicidios y problemas de salud mental (depresión, entre otros). Por tal motivo, el Comité ha precisado las siguientes obligaciones de tipo prioritario frente a los adolescentes:

“a) Crear un entorno seguro y propicio para los adolescentes, incluso en el seno de la familia, en las escuelas, y en todo tipo de establecimientos en los que vivan, en el lugar del trabajo y/o en la sociedad en general;

b) Garantizar el acceso de los adolescentes a la información que sea esencial para su salud y desarrollo y la posibilidad de que participen en las decisiones que afectan a su salud (en especial mediante un consentimiento fundamentado y el derecho a la confidencialidad), la adquisición de experiencia, la obtención de información adecuada y apropiada para su edad y la elección de comportamientos de salud adecuados;

c) Garantizar que todos los adolescentes puedan disponer de instalaciones, bienes y servicios sanitarios con inclusión de servicios sustantivos y de asesoramiento en materia de salud mental, sexual y reproductiva de calidad apropiada y adaptados a los problemas de los adolescentes;

d) Garantizar que todas las niñas y niños adolescentes tengan la oportunidad de participar activamente en la planificación y programación de su propia salud y desarrollo;

e) Proteger a los adolescentes contra toda forma de trabajo que pueda poner en peligro el ejercicio de sus derechos, especialmente prohibiendo toda forma de trabajo infantil y reglamentando el entorno laboral y las condiciones de trabajo de conformidad con las normas internacionales;

f) Proteger a los adolescentes contra toda forma de lesiones deliberadas o no, con inclusión de las producidas por la violencia y los accidentes del tráfico por carretera;

razón por la cual los partos a edad temprana se traducen en elevados índices de mortalidad y morbilidad materna. De allí la necesidad de impulsar la prevención de embarazos indeseados a través del uso de anti-conceptivos. Por otra parte, los y las adolescentes son víctimas de gran parte de la violencia sexual, la cual incluye la violación, el asalto sexual, el incesto, la explotación del comercio sexual y la esclavitud sexual. De allí que este grupo poblacional sea un sujeto de especial protección frente a los derechos relacionados con la salud sexual y reproductiva.

- g) Proteger a los adolescentes contra las prácticas tradicionales perjudiciales, como son los matrimonios precoces, las muertes por cuestiones de honor y la mutilación genital femenina;
- h) Asegurar que se tienen plenamente en cuenta a los adolescentes pertenecientes a grupos especialmente vulnerables en el cumplimiento de todas las obligaciones antes mencionadas;
- i) Aplicar medidas para la prevención de las perturbaciones mentales y la promoción de la salud mental en los adolescentes”.

Los adolescentes requieren una gama completa de servicios en salud sexual y reproductiva de calidad e información acerca de los mismos. Sin embargo, en muchas ocasiones se tiende a ignorar los problemas en salud que específicamente se relacionan con los adolescentes o se consideran indistinguibles de las preocupaciones por la infancia. Los derechos de los adolescentes a la salud sexual y reproductiva tienen como referente la Convención sobre los Derechos del Niño y la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo¹¹⁵. En estos instrumentos, se insiste en el fomento de una conducta reproductiva y sexual responsable y sana, así como en la prestación de los servicios y la orientación apropiados para ese grupo etáreo. Por este motivo, los Estados deben salvaguardar los derechos de los adolescentes a la intimidad, a la confidencialidad, al respeto y al consentimiento basados en una información correcta y respetar los derechos, deberes y responsabilidades de los padres.

¹¹⁵ Capítulo VII, numeral E del Programa de Acción.

3. Obligaciones Generales del Estado en materia de Aceptabilidad de la salud

En este capítulo se consideran obligaciones con efecto inmediato en materia de aceptabilidad aquellas obligaciones de respeto y de protección (*supra* Introducción, 2.3.2) que, por tratarse de abstenciones del Estado y de intervención directa sobre la actuación de terceros, pueden ser exigidas inmediatamente. Además, son obligaciones de *cumplir* con efecto inmediato las relacionadas con los niveles esenciales del derecho a la salud en el campo de la aceptabilidad. Para ello, se toma como base la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 43).

328

CAPÍTULO 3

3.1. OBLIGACIONES DE ACEPTABILIDAD CON EFECTO INMEDIATO

La Observación General 14 destaca las siguientes **obligaciones de respeto** (párr. 34) en punto a la aceptabilidad de la salud:

- Abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales.
- Abstenerse de aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas.
- Abstenerse de impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud.

Las **obligaciones de proteger** (párr. 35) relacionadas con aceptabilidad, son las siguientes:

- Impedir que terceros induzcan a la mujer a someterse a prácticas tradicionales, por ejemplo a la mutilación de los órganos genitales femeninos.
- Adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género.

Finalmente, las obligaciones de cumplir (párr. 36 y 37) que, por su relación con los niveles esenciales de la salud tienen efecto inmediato en aceptabilidad, son las siguientes:

- Velar porque los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural.
- Apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.

A continuación, se analizan estas obligaciones a partir de su agrupación temática. En este sentido, se ofrece un conjunto de deberes correlativos generales que sintetizan los compromisos que tienen los obligados frente a los derechos y sujetos de especial protección relacionados con el contenido normativo de la aceptabilidad de la salud.

329

CAPÍTULO 3

3.1.1. Obligación de garantizar establecimientos, bienes y servicios respetuosos de la ética médica

En 1949, la Tercera Asamblea General de la Asociación Médica Mundial adoptó el Código Internacional de Ética Médica¹¹⁶, donde se establecen los criterios que deben guiar la actuación del personal de la salud que presta servicios de asistencia sanitaria. Cabe destacar que, en 1999, la Asociación Médica Mundial adoptó la Resolución sobre la Inclusión de la Ética Médica y los Derechos Humanos en el Currículo de las Escuelas de Medicina a Través del Mundo¹¹⁷, en la cual se considera que la ética médica y los derechos humanos forman parte integral del trabajo y la cultura de la profesión médica. Por esta razón, se recomendó a todas las escuelas de medicina del mundo la enseñanza de estos temas como curso obligatorio.

¹¹⁶ Londres, Inglaterra, octubre 1949. Este código fue enmendado en 1968 y 1983 por la misma Asociación. También deben tenerse en cuenta las Pautas Éticas Internacionales para la Investigación y Experimentación Biomédica en Seres Humanos, adoptada en 1993 por el Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas (CIOMS) en Ginebra y la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial sobre Recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación biomédica en personas, adoptada por la 18 Asamblea Médica Mundial, Helsinki, Finlandia, junio de 1964 y enmendada en 1975, 1983 y 1989.

¹¹⁷ Adoptada por la 51ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial, Tel Aviv, Israel, octubre 1999.

3.1.2. Obligación de respetar los requisitos del género

La no adopción de un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género constituye una violación de las obligaciones de cumplir que tienen los Estados. Por ello, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Observación General 14, párr. 20) recomienda que los Estados incorporen la perspectiva de género en sus políticas, en la planificación y en los programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover de manera más adecuada la salud de la mujer y del hombre. Este enfoque reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y de la mujer. La desagregación, según el sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud.

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General 24¹¹⁸, considera que los Estados deben:

31. (...) a) Situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a ésta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer.

3.1.3. Obligación de respetar los requisitos del ciclo de vida

Esta obligación se relaciona con la realización integral del derecho a la salud de los adultos mayores (*supra* Capítulo II, 2.4; Capítulo III, 2.3). En opinión de la Organización Mundial de la Salud¹¹⁹, la calidad de vida es importante en todas las edades, pero en etapas avanzadas de la vida reviste una importancia fundamental. Las personas mayores no suelen contar con una red social amplia y, por consiguiente, es más probable que se encuentren aisladas. La soledad puede ser una causa de depresión, la cual, por lo general, no es diagnosticada correctamente ni recibe tratamiento adecuado. Esta organización propone los siguientes derroteros para la promoción de un envejecimiento sano y activo:

¹¹⁸ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1.

¹¹⁹ Organización Mundial de la Salud. 55ª Asamblea Mundial de la Salud. 4 de abril de 2002. Documento A55/17.

- Prevenir y reducir la carga de las discapacidades, las enfermedades crónicas y la mortalidad prematura.
- Reducir los factores de riesgo asociados con las enfermedades no transmisibles y la disminución de las funciones relacionada con la edad, reforzando al mismo tiempo los factores que preservan la salud.
- Establecer políticas y estrategias encaminadas a prestar una atención continua a las personas que padecen enfermedades o discapacidades crónicas.
- Impartir capacitación y educación a dispensadores formales o informales de atención;
- Velar por la atención, seguridad y dignidad de las personas que envejecen.
- Lograr que las personas que envejecen puedan seguir contribuyendo al desarrollo económico y participando en las actividades tanto de los sectores formal e informal como de su comunidad y su familia.

3.1.4. Obligación de garantizar que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad

La irrupción de la informática en el campo de la salud ha generado importantes beneficios, así como algunas dificultades, especialmente en lo relativo al manejo confidencial de los datos de los pacientes. En el presente capítulo (*infra* 1.1) se ha hecho alusión a la confidencialidad de los datos médicos individuales como garantía respaldada constitucionalmente. Además del estándar general, a nivel internacional se han protegido ámbitos específicos, como el de las personas con VIH/SIDA, caso en el cual la confidencialidad de los datos sobre la salud adquiere especial relevancia para el pleno goce de los derechos humanos de las personas afectadas por este virus¹²⁰.

¹²⁰ Veáanse al respecto las Directrices sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos, aprobadas en la Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos, celebrada en Ginebra del 23 al 25 de septiembre de 1996. En estas directrices se afirma que "las personas no solicitarán consultas, pruebas, tratamiento y apoyo respecto del VIH si ello conlleva discriminación, falta de confidencialidad y otras consecuencias negativas. (...) Por tanto, el deber de los Estados de proteger el derecho a la intimidad comprende la obligación de garantizar que se apliquen salvaguardias adecuadas para que no se realicen pruebas sin consentimiento fundado, que se proteja la confidencialidad, particularmente en el ámbito

Por su parte, los Principios Rectores para la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales¹²¹ establecen un conjunto de garantías aplicables al manejo de la información sobre la salud de los pacientes. Se destacan los siguientes principios relativos a las garantías mínimas que deben existir en la legislación nacional:

1. Principio de la licitud y lealtad. Las informaciones relativas a las personas no se deberían recoger ni elaborar con procedimientos desleales o ilícitos, ni utilizarse con fines contrarios a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

2. Principio de exactitud. Las personas encargadas de la creación de un fichero o de su funcionamiento deberían tener la obligación de verificar la exactitud y pertinencia de los datos registrados y cerciorarse de que siguen siendo lo más completos posibles a fin de evitar los errores por omisión y de que se actualicen, periódicamente o cuando se utilicen las informaciones contenidas en un expediente, mientras se estén procesando.

3. Principio de finalidad. La finalidad de un fichero y su utilización en función de esta finalidad deberían especificarse y justificarse y, en el momento de su creación, ser objeto de una medida de publicidad o ponerse en conocimiento de la persona interesada a fin de que ulteriormente sea posible asegurarse de que: a) Todos los datos personales reunidos y registrados siguen siendo pertinentes a la finalidad perseguida; b) Ninguno de esos datos personales es utilizado o revelado sin el consentimiento de la persona interesada, con un propósito incompatible con el que se haya especificado; c) El período de conservación de los datos personales no excede del necesario para alcanzar la finalidad con que se han registrado.

de la salud y el bienestar sociales, y que la información sobre la situación respecto del VIH no se revele a terceros sin el consentimiento de la persona. A este respecto, los Estados deben garantizar también que, al compilar y comunicar datos epidemiológicos, se protegen la información personal relacionada con el VIH así como la intimidad de las personas frente a la injerencia arbitraria de la investigación e información de los medios de comunicación". De otra parte, la Resolución No. 1997/33 de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Protección de los derechos humanos de las personas infectadas con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y con el síndrome de inmunodeficiencia, protege la confidencialidad de los datos relacionados con este grupo poblacional.

¹²¹ Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/95, de 14 de diciembre de 1990.

4. Principio de acceso de la persona interesada. Toda persona que demuestre su identidad tiene derecho a saber si se está procesando información que le concierne, a conseguir una comunicación inteligible de ella sin demoras o gastos excesivos, a obtener las rectificaciones o supresiones adecuadas cuando los registros sean ilícitos, injustificados o inexactos y, cuando esta información sea comunicada, a conocer los destinatarios (...).

5. Principio de no discriminación. A reserva de las excepciones previstas con criterio limitativo en el principio 6, no deberían registrarse datos que puedan originar una discriminación ilícita o arbitraria, en particular información sobre el origen racial o étnico, color, vida sexual, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o de otro tipo, o sobre la participación en una asociación o la afiliación a un sindicato.

(...)

7. Principio de seguridad. Se deberían adoptar medidas apropiadas para proteger los ficheros contra los riesgos naturales, como la pérdida accidental o la destrucción por siniestro, y contra los riesgos humanos, como el acceso sin autorización, la utilización encubierta de datos o la contaminación por virus informático.

Los mecanismos de inspección, vigilancia y control (*infra* Capítulo IV, 3.1.3) deben garantizar el debido respeto de los principios que han sido enunciados.

3.1.5. Obligación de adoptar medidas preventivas, promocionales y correctivas para proteger a la mujer contra prácticas tradicionales nocivas que afectan sus derechos sexuales y reproductivos

Al precisar las obligaciones de protección a cargo de los Estados, la Observación General 14 (párr. 35) consagra la de impedir que terceros induzcan a las mujeres a someterse a prácticas tradicionales nocivas, tales como la mutilación de los órganos genitales femeninos. Lo anterior implica, a su vez, una obligación de promover consistente en velar por la difusión de información apropiada acerca de las prácticas tradicionales nocivas.

La Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación en Contra de las Mujeres y el Comité sobre la Elimina-

nación de la Discriminación en Contra de las Mujeres consideran que prácticas tradicionales dañinas como la circuncisión femenina/mutilación genital femenina (CF/MGF), violan los derechos humanos. Aunque este tipo de atentados contra la dignidad no se presentan en Colombia, aproximadamente 130 millones de niñas y mujeres en el mundo son víctimas de la CF/MGF¹²². Pese a que existen diversas justificaciones culturales para conservar esta práctica, su verdadera razón de ser es el interés por subordinar a la mujer y controlar su sexualidad. La CF/MGF viola el derecho a la integridad corporal de las mujeres y de las niñas toda vez que consiste en una extirpación de sus órganos sexuales sanos sin que exista necesidad médica.

334

CAPÍTULO 3

Por otra parte, instrumentos como la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios¹²³, proscriben el matrimonio forzado y a edad temprana como práctica tradicional nociva que afecta particularmente a la mujer.

3.1.6. Obligación de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales

El Convenio No. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, concentra parte de sus esfuerzos en la defensa de la medicina tradicional. En efecto, el artículo 25 señala:

“Artículo 25. 2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales (...)”.

¹²² Ver al respecto la página http://www.crlp.org/pri_fcfgm.html, consultada en marzo de 2002.

¹²³ Este instrumento internacional fue adoptado el 7 de septiembre de 1962 y entró en vigor el 9 de diciembre de 1964.

3.1.7. Obligación de abstenerse de aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra las mismas

Como ya se ha precisado (*supra* Capítulo III, 2.1), la comunidad internacional le ha otorgado una gran relevancia a la prohibición de aplicar tratamientos coercitivos para el manejo de enfermedades mentales. Además de los criterios mencionados, es pertinente destacar el énfasis de los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental¹²⁴ en el consentimiento para el tratamiento:

“Principio 5. Examen médico. Ninguna persona será forzada a someterse a examen médico con objeto de determinar si padece o no una enfermedad mental, a no ser que el examen se practique con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional.

Principio 11. Consentimiento para el tratamiento. 1. No se administrará ningún tratamiento a un paciente sin su consentimiento informado, salvo en los casos previstos en los párrafos 6, 7, 8, 13 y 15 del presente principio.

2. Por consentimiento informado se entiende el consentimiento obtenido libremente sin amenazas ni persuasión indebida, después de proporcionar al paciente información adecuada y comprensible, en una forma y en un lenguaje que éste entienda, acerca de:

- a) El diagnóstico y su evaluación;
- b) El propósito, el método, la duración probable y los beneficios que se espera obtener del tratamiento propuesto;
- c) Las demás modalidades posibles de tratamiento, incluidas las menos alteradoras posibles;

¹²⁴ Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119, de 17 de diciembre de 1991.

d) Los dolores o incomodidades posibles y los riesgos y secuelas del tratamiento propuesto.

3. El paciente podrá solicitar que durante el procedimiento seguido para que dé su consentimiento estén presentes una o más personas de su elección.

4. El paciente tiene derecho a negarse a recibir tratamiento o a interrumpirlo, salvo en los casos previstos en los párrafos 6, 7, 8, 13 y 15 del presente principio. Se deberán explicar al paciente las consecuencias de su decisión de no recibir o interrumpir un tratamiento.

5. No se deberá alentar o persuadir a un paciente a que renuncie a su derecho a dar su consentimiento informado. En caso de que el paciente así desee hacerlo, se le explicará que el tratamiento no se puede administrar sin su consentimiento informado.

6. Con excepción de lo dispuesto en los párrafos 7, 8, 12, 13, 14 y 15 del presente principio, podrá aplicarse un plan de tratamiento propuesto sin el consentimiento informado del paciente cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que el paciente, en la época de que se trate, sea un paciente involuntario;
- b) Que una autoridad independiente que disponga de toda la información pertinente, incluida la información especificada en el párrafo 2 del presente principio, compruebe que, en la época de que se trate, el paciente está incapacitado para dar o negar su consentimiento informado al plan de tratamiento propuesto o, si así lo prevé la legislación nacional, teniendo presente la seguridad del paciente y la de terceros, que el paciente se niega irracionalmente a dar su consentimiento;
- c) Que la autoridad independiente compruebe que el plan de tratamiento propuesto es el más indicado para atender a las necesidades de salud del paciente.

7. La disposición del párrafo 6 supra no se aplicará cuando el paciente tenga un representante personal facultado por ley para dar su consentimiento respecto del tratamiento del paciente; (...)

8. Salvo lo dispuesto en los párrafos 12, 13, 14 y 15 del presente principio, también se podrá aplicar un tratamiento a cualquier paciente sin su consentimiento

informado si un profesional de salud mental calificado y autorizado por ley determina que ese tratamiento es urgente y necesario para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a otras personas. Ese tratamiento no se aplicará más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito.

9. Cuando se haya autorizado cualquier tratamiento sin el consentimiento informado del paciente, se hará no obstante todo lo posible por informar a éste acerca de la naturaleza del tratamiento y de cualquier otro tratamiento posible y por lograr que el paciente participe en cuanto sea posible en la aplicación del plan de tratamiento.

10. Todo tratamiento deberá registrarse de inmediato en el historial clínico del paciente y se señalará si es voluntario o involuntario.

11. No se someterá a ningún paciente a restricciones físicas o a reclusión involuntaria salvo con arreglo a los procedimientos oficialmente aprobados de la institución psiquiátrica y sólo cuando sea el único medio disponible para impedir un daño inmediato o inminente al paciente o a terceros. Esas prácticas no se prolongarán más allá del período estrictamente necesario para alcanzar ese propósito. Todos los casos de restricción física o de reclusión involuntaria, sus motivos y su carácter y duración se registrarán en el historial clínico del paciente. Un paciente sometido a restricción o reclusión será mantenido en condiciones dignas y bajo el cuidado y la supervisión inmediata y regular de personal calificado. Se dará pronto aviso de toda restricción física o reclusión involuntaria de pacientes a los representantes personales, de haberlos y de proceder. (...)

13. La persona que padece una enfermedad mental podrá ser sometida a un procedimiento médico u operación quirúrgica importantes únicamente cuando lo autorice la legislación nacional, cuando se considere que ello es lo que más conviene a las necesidades de salud del paciente y cuando el paciente dé su consentimiento informado, salvo que, cuando no esté en condiciones de dar ese consentimiento, sólo se autorizará el procedimiento o la operación después de practicarse un examen independiente.

14. No se someterá nunca a tratamientos psicoquirúrgicos u otros tratamientos irreversibles o que modifican la integridad de la persona a pacientes involuntarios de una institución psiquiátrica y esos tratamientos sólo podrán, en la medida

en que la legislación nacional lo permita, aplicarse a cualquier otro paciente cuando éste haya dado su consentimiento informado y cuando un órgano externo independiente compruebe que existe realmente un consentimiento informado y que el tratamiento es el más conveniente para las necesidades de salud del paciente.

15. No se someterá a ensayos clínicos ni a tratamientos experimentales a ningún paciente sin su consentimiento informado, excepto cuando el paciente esté incapacitado para dar su consentimiento informado, en cuyo caso sólo podrá ser sometido a un ensayo clínico o a un tratamiento experimental con la aprobación de un órgano de revisión competente e independiente que haya sido establecido específicamente con este propósito”.

3.1.8. Obligación de velar porque los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural, lo cual implica respetar la medicina popular que no afecta la salud de las personas

Esta obligación de promover invita a la adecuada contextualización de los servicios de salud con la realidad social sobre la cual se pretende intervenir. Una de las dimensiones de esta obligación, se refiere al desarrollo de estrategias de atención de la salud que no interfieran, en lo posible, con actividades de preservación de la salud que se manifiestan como fenómenos de carácter socio-cultural. Tal es el caso de las parteras, sobanderos y yerbateros, quienes suelen suplir la incapacidad del Estado para atender las necesidades de salud de la población más pobre. Aunque el acceso a este tipo de servicios se funda en costumbres arraigadas en las comunidades, el Estado debe inspeccionar, vigilar y controlar el desarrollo de estas prácticas. Sin embargo, no puede proscribir las actividades médicas con arraigo popular que contribuyan directamente a la realización de la salud¹²⁵.

¹²⁵ En la sentencia C-226 de 1994, la Corte Constitucional consideró que, por lo general, las ocupaciones, artes y oficios no requieren formación académica y no comportan un riesgo social. La regulación del ejercicio de una profesión busca controlar dicho ejercicio y la posibilidad del libre ejercicio de las ocupaciones, artes y oficios. Además, la Constitución establece la posibilidad de reglamentación, inspección y vigilancia de aquellas ocupaciones no profesionales que exijan formación académica o que, a pesar de no necesitar formación, implican un riesgo social.

3.1.9. Obligación de adoptar medidas para enfrentar la violencia contra la mujer y proteger de los actos de violencia a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad

La confrontación de la violencia contra la mujer constituye un elemento decisivo en la defensa y promoción del derecho a la salud de las mujeres. La Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará¹²⁶) señala:

“Artículo 1. Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

Artículo 2. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica:

- a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual;
- b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y
- c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra”.

Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de este instrumento internacional, la Corte Constitucional destacó:

¹²⁶ Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Luego de aprobar esta Convención, a través de la Ley 248 de 1995, Colombia la ratificó el 15 de noviembre de 1996.

“Las mujeres están sometidas a una violencia, si se quiere, más silenciosa y oculta, pero no por ello menos grave: las agresiones en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja, las cuales son no sólo formas prohibidas de discriminación por razón del sexo sino que pueden llegar a ser de tal intensidad y generar tal dolor y sufrimiento, que configuran verdaderas torturas o, al menos, tratos crueles, prohibidos por la Constitución y por el derecho internacional de los derechos humanos. (...) No se puede invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado¹²⁷”.

La Recomendación General 24 sobre la Mujer y la Salud, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer¹²⁸, insiste en que la violencia por motivos de género afecta de manera crítica la salud de las mujeres. Por ello, los Estados deben garantizar:

- a) La promulgación y aplicación eficaz de leyes y la formulación de políticas, incluidos los protocolos sanitarios y procedimientos hospitalarios, que aborden la violencia contra la mujer y los abusos deshonestos de las niñas, y la prestación de los servicios sanitarios apropiados;
- b) La capacitación de los trabajadores de la salud sobre cuestiones relacionadas con el género de manera que puedan detectar y tratar las consecuencias que tiene para la salud la violencia basada en el género;
- c) Los procedimientos justos y seguros para atender las denuncias e imponer las sanciones correspondientes a los profesionales de la salud culpables de haber cometido abusos sexuales contra las pacientes;
- d) La promulgación y aplicación eficaz de leyes que prohíben la mutilación genital de la mujer y el matrimonio precoz”.

¹²⁷ Sentencia C-408 de 1996.

¹²⁸ 20° período de sesiones, 1999, Naciones Unidas. Documento A/54/38/Rev.1. Párr. 15.

3.2. OBLIGACIONES DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO

En este aparte, se analizan las **obligaciones de cumplir** en materia de aceptabilidad de la salud que no hacen alusión directa a los niveles esenciales de este derecho y cuyo cumplimiento, en consecuencia, se subordina a los recursos con los que cuenta el Estado para su realización. Sin embargo, estas obligaciones deben ser desarrolladas por el Estado de manera progresiva y, por tanto, les es aplicable la prohibición de regresividad.

3.2.1. Obligación de velar por la creación de instituciones que presten asesoramiento y servicios de salud mental, distribuidas equitativamente

Esta obligación de cumplir (Observación General 14, párr. 36) busca salvaguardar tanto la dimensión preventiva como asistencial del derecho a la salud mental (*supra* Capítulo III, 1.3 y 2.1). Sobre este particular, la Declaración de los Derechos Humanos y de la Salud Mental¹²⁹ manifiesta:

“Artículo 1. La promoción de la salud mental incumbe a las autoridades gubernamentales y no gubernamentales, tanto como a los organismos intergubernamentales, sobre todo en tiempos de crisis. De acuerdo con la definición de salud de la OMS y con el reconocimiento de la preocupación de la Federación Mundial de la Salud Mental por su funcionamiento óptimo, los programas de salud y de salud mental contribuirán tanto al desarrollo de la responsabilidad individual y familiar en relación con la salud personal y con la de grupos, como a la promoción de una calidad de vida lo más elevada posible.

Artículo 2. La prevención de la enfermedad o del trastorno mental o emocional constituye un componente esencial de todo sistema de servicio de salud mental. En este terreno, la formación será difundida tanto entre los profesionales como entre el público en general. (...)”.

¹²⁹ Adoptada por vez primera el 17 de enero de 1989 bajo el nombre de Declaración de Luxor (Egipto) sobre los Derechos Humanos para los Enfermos Mentales.

CAPÍTULO IV: LA CALIDAD DE LA SALUD

Al referirse a la calidad como elemento esencial del derecho a la salud, la Observación General 14 (párr. 12) del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales señala:

“d) *Calidad.* Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas”.

El artículo 153 de la Ley 100 de 1993, erige la calidad como una regla del servicio público de salud y como principio rector del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Según dicho artículo (numeral 9), el sistema establecerá mecanismos de control a los servicios para garantizar a los usuarios la calidad en la atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y dispensada conforme a estándares aceptados en procedimientos y práctica profesional¹.

¹ Por su parte, los artículos 186 y 227 de la Ley 100 de 1993 se refieren a la calidad de la salud en la siguiente forma: “Artículo 186. Del Sistema de Acreditación. El Gobierno Nacional propiciará la conformación de un sistema de acreditación de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, para brindar información a los usuarios sobre su calidad, y promover su mejoramiento”; “Artículo 227. Control y Evaluación de la Calidad del Servicio de Salud. Es facultad del Gobierno Nacional expedir las normas relativas a la organización de un sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención de salud, incluyendo la auditoría médica, de obligatorio desarrollo en las Entidades Promotoras de Salud, con el objeto de garantizar la adecuada calidad en la prestación de los servicios. La información producida será de conocimiento público”. Entre la normatividad que reglamenta la Ley 100, vale la pena destacar el Decreto 2174 de 1996 donde se define el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad como el “conjunto de instituciones, normas, requisitos y procedimientos indispensables que deben cumplir los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud para garantizar a los usuarios de los servicios el mayor beneficio, a un costo razonable y con el mínimo de riesgo posible”.

El derecho a la salud no se limita a la disponibilidad de un sistema de salud y a la posibilidad de acceder al mismo sin ningún tipo de discriminación y en condiciones de aceptabilidad. La realización plena de este derecho en el Estado Social de Derecho implica el reconocimiento de un verdadero derecho a la prestación de un servicio público de salud de calidad. Por ello, deben existir una serie de mecanismos que garanticen el control y la evaluación de los servicios que se prestan. Así mismo, la calidad debe evaluarse conforme a los fines del Estado Social de Derecho, de allí su estrecha relación con valores como la dignidad humana. En este capítulo se analizan los derechos, sujetos de especial protección y obligaciones en torno a la calidad de la salud.

1. El derecho a la calidad de la salud

En su artículo 365, la Constitución Política establece un estándar general de calidad que debe guiar la prestación de los servicios públicos:

“Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, (...). En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios”.

Esta directriz constitucional abarca la prestación de los servicios de salud. El presente capítulo analiza los componentes del servicio público de salud que son particularmente relevantes desde la perspectiva de la calidad. A continuación se estudian (1.1) el derecho a que los servicios de salud sean prestados por personal idóneo, capacitado y que disponga de garantías laborales para un ejercicio adecuado de su oficio, (1.2) el derecho a que el servicio público de salud sea prestado eficazmente y en condiciones adecuadas, (1.3) el derecho a medicamentos de calidad, (1.4) el derecho a una atención médica adecuada que evite la agravación del estado de salud del paciente, y (1.5) el derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna.

I.I. DERECHO A QUE LOS SERVICIOS DE SALUD SEAN PRESTADOS POR PERSONAL IDÓNEO, CAPACITADO Y QUE DISPONGA DE GARANTÍAS LABORALES PARA UN EJERCICIO ADECUADO DE SU OFICIO

Los artículos 26 y 54 de la Constitución de 1991 se refieren a la calidad del personal de la salud a través de la inspección y vigilancia del ejercicio de las profesiones. Al respecto, la Carta Política señala:

“Artículo 26. Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social.

Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Artículo 54. Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran (...)."

El Informe Preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental², destaca que los profesionales que prestan los servicios de salud desempeñan un papel indispensable en la promoción y protección de este derecho:

“96. En muchos países, los profesionales de la salud están mal pagados y trabajan muchas horas con equipo insuficiente y en instalaciones anticuadas. (...) Las malas condiciones de trabajo contribuyen también a ... que los profesionales médicos más capacitados trabajen para el sector privado en condiciones más favorables y abandonen los sistemas de salud pública”.

A continuación se analiza la jurisprudencia constitucional relativa a la idoneidad del personal de la salud. Se estudia la regulación de los requisitos para ejercer profesiones de la salud (1.1.1), la difusión de información sobre servicios profesionales relacionados con la salud (1.1.2) y la adecuada remuneración que el personal de la salud debe percibir por el ejercicio de su actividad (1.1.3).

1.1.1. La regulación de los requisitos mínimos para ejercer las diferentes profesiones y especialidades médicas constituye una forma de velar por la idoneidad del personal de la salud

El artículo 2 de la Ley 14 de 1962, donde se establece que sólo podrán ejercer la medicina y la cirugía quienes hayan adquirido título profesional de médico y cirujano, fue demandado. En opinión del demandante, esta norma era inconstitucional porque

² Naciones Unidas, Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de febrero de 2003, Documento E/CN.4/2003/58, párr. 96.

prohibía el ejercicio de la medicina por parte de los llamados “empíricos”, quienes curan enfermedades en algunos casos. Entre otras consideraciones, se estimaba vulnerado el derecho al trabajo de las personas que se dedican a la brujería, al espiritismo, la santería, y otras prácticas “de carácter mítico, mágico, religioso”.

La Corte Constitucional declaró exequible la norma y precisó que la libertad de escoger profesión no pugna con la facultad concedida al legislador de exigir títulos de idoneidad³. Por ello, corresponde a las autoridades competentes de la rama ejecutiva –de conformidad con la reglamentación que expida el Congreso- la inspección y vigilancia del ejercicio de estas profesiones, habida cuenta de la función social que las mismas desempeñan. Según la Corte:

“(L)as fronteras que demarcan el derecho de ejercicio de una profesión son el respeto por los derechos ajenos y la protección de los riesgos sociales. Esto explica que la Constitución autorice formas de regulación de las profesiones y de ciertos oficios como reconocimiento de la necesaria formación académica y riesgo de carácter social de estas actividades. Pero el legislador no puede regular de manera arbitraria las profesiones y oficios. En efecto, tales regulaciones sólo son legítimas constitucionalmente si se fundamentan de manera razonable en el control de un riesgo social, y no se traducen en una restricción desproporcionada o inequitativa del libre ejercicio de las actividades profesionales o laborales”⁴.

La corporación concluyó que el control de los riesgos sociales y las limitaciones que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, impiden que quien estudie ciencias ocultas se encuentre habilitado para ejercer la medicina. En este sentido, la medicina requiere de formación académica, a diferencia de una ocupación, un arte o un oficio⁵.

³ Sentencia C-377 de 1994.

⁴ Sentencia C-226 de 1994.

⁵ Con todo, la obligación de respetar la medicina tradicional protege la actividad de brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales (véase supra Capítulo III, 2.4).

De otra parte, la Corte ratificó la importancia de la vigilancia y control sobre el ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud al analizar la constitucionalidad de la Ley 6^a de 1991, la cual reglamenta la especialidad médica de anestesiología. Dicha ley impone una serie de restricciones a los médicos no especializados en anestesiología para aplicar anestésicos a un paciente que lo requiera. Al declarar constitucionales tales restricciones, el alto tribunal sostuvo que la interpretación de la Ley 6^a no impide a un médico atender una urgencia en el campo de la anestesiología, o aplicar anestesia en casos propios de su práctica profesional habitual que no implican riesgo grave para el paciente⁶. En dichos casos, se debe entender que el médico no está ejerciendo la anestesiología como especialidad. En otras palabras, la atención inicial de urgencia puede cumplirla un médico general no especializado en anestesiología. Por el contrario, si el médico general o el odontólogo necesitan someter al paciente a altos niveles de pérdida de la conciencia y pretenden abolir la sensibilidad en una región reducida o extensa del cuerpo y suspender premeditadamente la respiración espontánea y durante largo tiempo, deben, buscar al anestesista. Frente a estos procedimientos de mayor riesgo, su práctica sólo esta autorizada al especialista en anestesiología. Este tipo de disposiciones garantizan la idoneidad del personal de la salud que ejerce la medicina.

Los anteriores criterios jurisprudenciales fueron complementados en la sentencia donde se estudió la constitucionalidad de algunas normas de la Ley 657 de 2001, la cual reglamenta el ejercicio de la especialidad médica de la radiología. Entre otros argumentos, el demandante opinaba que las normas acusadas desconocían el principio de igualdad y el derecho fundamental a escoger profesión u oficio, toda vez que exigían el título de especialista para el manejo de imágenes diagnósticas. Esta situación tendría consecuencias nocivas para los médicos que no cuentan con la necesaria especialización y, además, algunas zonas del país experimentarían dificultades para el suministro de imágenes diagnósticas ante la falta de los especialistas exigidos por la ley.

La Corte Constitucional consideró que los profesionales médicos de especialidades distintas a la radiología pueden realizar e interpretar imágenes diagnósticas, siempre y cuando demuestren previamente el entrenamiento adecuado, conforme a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional, por cuanto éste constituye un presupuesto

⁶ Sentencia C-280 de 1995.

imperativo para asegurar la protección de la salud mediante diagnósticos acertados⁷. En este sentido, es razonable la exigencia de un título de idoneidad adicional o de especialista en radiología e imágenes diagnósticas. Además, la ley señala un período de transición de 4 años que permite a los médicos interesados en desarrollar dichas actividades la adquisición del entrenamiento adecuado para el desarrollo de las mismas. En opinión de la Corte, este lapso asegura que no se desconozcan el principio de buena fe, el principio de igualdad⁸ y los derechos adquiridos de los médicos que desempeñaban las mencionadas actividades al momento de ser expedida la ley.

1.1.2. Es necesario reglamentar la forma en que la información sobre servicios profesionales de salud debe ser públicamente ofrecida, con el fin de impedir un perjuicio en el ejercicio mismo de la profesión y la afectación del interés de la comunidad en la realización de esa actividad

351

CAPÍTULO 4

El artículo 57 de la Ley 23 de 1981, por la cual se dictan normas en materia de Ética Médica, fue demandado con el argumento de que limitaba la libertad de expresión de los médicos en cuanto a la posibilidad de dar a conocer sus servicios a través de medios diferentes a publicaciones de carácter científico.

La Corte Constitucional declaró inexecutable la norma y consideró que, en la medida en que el ejercicio de la medicina está relacionado con el interés general de la comunidad, la práctica médica debe estar sometida a altos niveles de competitividad, seriedad, responsabilidad e idoneidad tanto técnicos como científicos⁹.

Sin embargo, la Corte estimó que, aunque el legislador está autorizado para regular el control y la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen a la comunidad, la norma demandada constituía una limitación desproporcionada de las libertades y derechos

⁷ Sentencia C-038 de 2003.

⁸ Para la Corte, no se desconoce el principio de igualdad puesto que quienes adquieran una formación académica especializada se encuentran en una situación distinta y superior a la de aquellos médicos que no lo hagan.

⁹ Sentencia C-116 de 1999. Sobre la oferta de servicios profesionales, particularmente en el caso de los odontólogos, puede consultarse la sentencia C-355 de 1994.

fundamentales de los médicos. En efecto, la promoción de servicios profesionales permite que los potenciales usuarios conozcan a las personas que ofrecen servicios médicos y las condiciones de prestación de los mismos, lo cual les permite efectuar una selección acorde con sus necesidades.

1.1.3. La calidad de la atención en salud exige que las entidades públicas y privadas que prestan los servicios de salud garanticen la remuneración justa y oportuna del personal médico

Una médica en embarazo prestó sus servicios profesionales a una EPS durante más de 10 meses. Durante ocho meses trabajó sin formalidad escrita alguna y, posteriormente, a través de una orden de prestación de servicios. Sin embargo, dicha orden fue cancelada y a la profesional no le fueron pagadas las respectivas mensualidades. Debido a su estado y a la necesidad urgente del dinero, interpuso una acción de tutela que fue concedida.

La Corte Constitucional precisó que tanto las entidades clínicas y hospitalarias como las EPS y las empresas de medicina prepagada, tienen la obligación de velar por la calidad de los servicios médicos. Por ello, deben contratar médicos generales y especializados del más alto nivel profesional, lo que a su vez exige que éstos sean remunerados de forma justa, oportuna y adecuada, de acuerdo con su grado de preparación, especialidad, experiencia, tipo o clase de servicio prestado y características de la enfermedad que tratan¹⁰.

De otra parte, la Corte Constitucional ha destacado que la falta de una remuneración adecuada al personal médico por parte de las EPS o las IPS constituye una forma de explotación y viola los derechos de los médicos establecidos en la Ley 23 de 1981 (por la cual se dictan normas sobre ética médica)¹¹. De la misma manera, el alto tribunal ha considerado que los médicos, en ejercicio del derecho fundamental de asociación, pueden utilizar formas solidarias y asociativas que regulen la oferta de sus servicios a fin de enfrentar el poder de los intermediarios¹².

¹⁰ Sentencia T-161 de 1998.

¹¹ Sentencia T-1384 de 2000.

¹² Sentencias T-697 de 1996 y T-1384 de 2000.

Similares criterios han sido fijados en sentencias referentes a la constitucionalidad de normas relacionadas con el tema. Un ciudadano demandó el numeral 7° del artículo 1 de la Ley 23 de 1981, en el cual se establece que el servicio del médico sólo lo beneficia a él mismo y a quien lo recibe y nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente. El demandante consideraba que la Ley 100 de 1993 permitía que fueran las EPS y no los médicos las que recibieran los pagos que hacen los pacientes por concepto de la prestación de servicios. La Corte Constitucional declaró exequible la norma y precisó que el profesional médico tiene derecho a ser remunerado de modo que se le reconozca su derecho fundamental a un trabajo en condiciones dignas y justas. Además, el trabajo del personal de la salud no puede ser objeto de ningún tipo de explotación por parte de las entidades autorizadas a intermediar en la prestación de los servicios de salud y de seguridad social¹³.

En consecuencia, el trabajo médico, concebido como una expresión científica y el desarrollo de una actividad, sólo debe producir beneficios al profesional que lo presta y al paciente que lo recibe, sin que terceras personas puedan explotarlo comercial o políticamente. Sin embargo, la regla anterior no se opone a que dichos servicios sean prestados en forma directa o a través de las modalidades autorizadas por la ley para el efecto (IPS públicas o privadas). Así mismo, el alto tribunal precisó que las tarifas que se fijen por concepto de la prestación de servicios médicos, deben propiciar el desempeño de la labor de los profesionales de la salud en condiciones dignas y justas y reflejar la delicada labor médica que estos profesionales desempeñan.

I.2. DERECHO A QUE EL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD SEA PRESTADO EFICAZMENTE Y EN CONDICIONES ADECUADAS

El artículo 78 de la Constitución Política se refiere a la calidad de los servicios públicos en los siguientes términos:

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

¹³ Sentencia C-106 de 1997.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.

A este respecto, la Corte Constitucional ha insistido en que la administración de la seguridad social debe ser expresión del ejercicio racional y razonable de la función pública y de la justicia como característica primordial del orden social¹⁴. El alto tribunal ha destacado una serie de problemas que es necesario enfrentar con un servicio público de salud eficaz y adecuado:

“La inadecuada respuesta de rechazo a las solicitudes de inclusión en los programas; la poca o inexistente participación de representantes de solicitantes en las audiencias o comités que deciden sobre la asignación de los recursos asistenciales; la falta de observancia de las reglas del debido proceso administrativo; la incapacidad de administrar los programas de forma que sus decisiones sean predecibles; la deficiencia en el control de las decisiones administrativas para un ejercicio más completo y objetivo de la discreción en la asignación de los subsidios; las fallas en el sistema administrativo, en especial, en el manejo de la información interna y externa, en el procesamiento de datos, en la obtención y manejo de información estadística, en la recolección de evidencia empírica; etc”¹⁵.

La jurisprudencia constitucional, al analizar violaciones de derechos fundamentales en casos concretos de tutela o al pronunciarse sobre normas relacionadas con el sistema de salud, se ha referido a los diversos criterios que deben configurar la calidad del servicio público de salud en condiciones adecuadas y eficaces. A continuación se hace referencia a la necesidad de un manejo administrativo eficaz (1.2.1), a la protección de bienes imprescindibles para la continuidad en la prestación del servicio de salud (1.2.2), a la vulneración de derechos fundamentales por negligencia administrativa (1.2.3) o por

¹⁴ Sentencia T-149 de 2002.

¹⁵ *Ibid.*

conflictos administrativos (1.2.4), a la inadmisibles retención de pacientes para asegurar el pago de lo debido (1.2.5) y, finalmente, a la reglamentación de las condiciones técnicas en las cuales funcionan los establecimientos que prestan el servicio de salud (1.2.5).

1.2.1. Las entidades encargadas de los programas de asistencia y protección de personas y sectores desfavorecidos deben observar procedimientos que les permitan diferenciar entre demandas empíricamente fundadas y demandas infundadas

Una persona que había sufrido dos infartos y que, por razones de su enfermedad, no podía trabajar, solicitó al Departamento Administrativo de Bienestar Social del Distrito su inclusión en un programa de asistencia a las personas de la tercera edad en situación de pobreza. A pesar de varios meses de trámites, la entidad negó el beneficio hasta tanto no se allegara un certificado de invalidez. Se interpuso entonces una acción de tutela con el objeto de que se ordenara la inclusión del actor en el programa.

Al revisar el caso, la Corte Constitucional señaló:

“(L)a administración pública debe asegurarse de que en la asignación de beneficios, auxilios, subsidios o ayudas estatales se respete el debido proceso administrativo (art. 29 CP), el cual incluye no sólo la prohibición de privar de la prestación al actual beneficiario, sin sujeción al proceso debido establecido en las normas legales vigentes, sino también la exigencia de suministrar información clara, oportuna y completa al potencial beneficiario para que éste tenga la oportunidad efectiva de acceder a tales prestaciones”¹⁶.

El derecho al debido proceso administrativo constituye una garantía fundamental de la calidad del servicio de salud. Por ello, la Corte destacó la importancia de minimizar los errores en la asignación de subsidios y de hacer más eficiente y justo el uso de recursos escasos de la sociedad. Esta racionalidad administrativa debe estar acompañada de un manejo profesional de los casos sometidos a la decisión de la administración. En este sentido, “el concepto profesional va más allá del uso eficiente de los recursos mediante el rechazo de peticiones infundadas. Se preocupa además de la singularidad del contexto individual y de estimar los efectos de una decisión sobre la persona”¹⁷.

¹⁶ Sentencia T-149 de 2002.

¹⁷ *Ibid.*

1.2.2. Es obligatorio garantizar el suministro ininterrumpido de energía eléctrica a bienes constitucionalmente protegidos como los establecimientos de salud, como quiera que es inadmisibles superponer el interés económico de las empresas prestadoras del servicio de energía sobre la posibilidad efectiva y real de goce de ciertos derechos fundamentales

La electrificadora de un departamento fue intervenida con fines de liquidación por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Posteriormente, la Empresa de Interconexión Eléctrica (ISA) inició un programa de limitación del suministro de energía a comercializadores y/o distribuidores morosos, dentro de los cuales se encontraba la electrificadora departamental. Inicialmente, la limitación fue de dos horas diarias y, luego, fue aumentada a cuatro horas al día. Ante esta situación, los rectores de varios centros educativos, los directores de los centros de salud y el director del centro penitenciario interpusieron acción de tutela contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y contra ISA, con el propósito de que cesara la limitación al suministro de energía en cuanto ello vulneraba los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la educación.

La Corte Constitucional reiteró su jurisprudencia acerca del principio de prestación ininterrumpida del servicio de energía a los denominados bienes constitucionalmente protegidos¹⁸. La protección especial de estos bienes e instalaciones determina que es injustificada la conducta de las empresas prestadoras de servicios públicos esenciales que, alegando el ejercicio de atribuciones legales, presionan el pago de sumas adeudadas mediante racionamientos o suspensiones indiscriminadas e indefinidas del servicio en establecimientos penitenciarios, de salud o de seguridad ciudadana. Estas conductas no son admisibles puesto que el correcto funcionamiento de estos bienes permite el goce real y efectivo de diversos derechos fundamentales. Por tal motivo, las limitaciones al suministro del servicio de energía deben condicionarse, caso por caso, a la posibilidad de que, a pesar de la mora en el pago por parte de las empresas, se garantice la prestación ininterrumpida de este servicio a los bienes constitucionalmente protegidos¹⁹.

¹⁸ La noción de “bienes constitucionalmente protegidos” fue elaborada en la sentencia T-881 de 2002. Este tipo de bienes incluye establecimientos como hospitales, acueductos, sistemas de seguridad e instalaciones de seguridad terrestre y aérea.

¹⁹ Sentencia T-134 de 2003.

1.2.3. La negligencia administrativa de los hospitales puede violar derechos fundamentales

Durante dos años, una señora solicitó que la EPS a la que se encontraba afiliada le practicara a su hija de 13 años una operación indispensable para la recuperación del movimiento de su pierna derecha. El médico tratante ordenó una radiografía y una resonancia magnética que no fueron autorizadas por falta de presupuesto. La señora asumió el costo de dichas pruebas y las entregó a la EPS. Tiempo después, un médico de la EPS le manifestó que los exámenes se habían extraviado. Al interponer la acción de tutela, la cirugía no había sido practicada, la menor sufría de dolores agudos y estaba a punto de perder su pierna a causa de la negligencia de la entidad.

La Corte Constitucional insistió en que **la negligencia de las entidades encargadas de prestar los servicios de salud, bien en el campo científico o en el administrativo, no es argumento para negar la protección efectiva a sus pacientes (afiliados o beneficiarios) y, menos aún, cuando se trata de menores**²⁰. En este sentido, se vul-

²⁰ La negligencia administrativa de las entidades del Sistema de Seguridad Social en Salud ha adoptado diversos matices en los casos analizados por la Corte Constitucional. En la sentencia T-443 de 1994 (caso de una madre que quería conocer la suerte de su hijo, de cuya suerte no tenía conocimiento salvo la indicación que había muerto después del parto), el alto tribunal consideró que la vulneración o amenaza del derecho a conocer una información personal puede producirse por la deficiente organización, conservación o custodia de los archivos de las entidades de salud. Expresamente se afirmó que "(e)l manejo de los archivos de la entidad y la falta de diligenciamiento de los documentos legales requeridos para la inhumación del feto, vulneran el derecho fundamental a la información mínima vital y, consecuentemente, el derecho a la seguridad personal de la peticionaria". De otra parte, en la sentencia T-242 de 2000 (caso de un afiliado al Seguro Social desde hacía más de 16 años que requería de una cirugía que le era negada debido a la presunta mora en el pago de aportes. Sin embargo, el demandante desvirtuó este argumento al aportar pruebas de haber cancelado sus cuotas mensuales) la Corte consideró que el proceder del Seguro fue arbitrario y violatorio del principio de buena fe. Al respecto manifestó: "Parece sorprendente que el Seguro Social no conozca cuáles de sus aportantes están al día en el pago de sus obligaciones, y cuáles han incurrido en mora, lo que denota una evidente falla en la prestación del servicio público que le ha sido encomendada, y un desorden e ineficiencia administrativos inaceptable. Ello ha generado, en el caso particular, la afectación del derecho al habeas data del peticionario, por manejo de una información errada que ha conducido a la exclusión del servicio de salud". Aun cuando la vida del actor no corría peligro, la Corporación consideró que la acción de tutela era el mecanismo idóneo para la solicitud de la cirugía, como quiera que el accionante se encontraba en situación de indefensión. Además, se ordenó la remisión del expediente al Procurador General de la Nación para que investigara lo que ocurría en el Seguro Social con el manejo de archivos relativos a las cotizaciones de los afiliados. Finalmente, en el capítulo sobre acceso (supra Capítulo II, 1.1.5) se analizó la sentencia T-387 de 2001, en la cual se concedió una tutela y se ordenó practicar una cirugía pese a que el paciente ni siquiera había iniciado la tramitación para ingresar al SISBEN. Al parecer de la Corte, era inadmisibles que la ineficiencia institucional, la desidia o el aplazamiento voluntario del servicio por parte de una entidad se convirtieran en el mecanismo para desconocer los derechos fundamentales de afiliados y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud.

neran los derechos fundamentales y el principio de buena fe cuando las irregularidades internas de las instituciones de salud son trasladadas a los usuarios, con el único propósito de abstenerse de prestar los servicios que les corresponden²¹. De otra parte, el alto tribunal precisó que un manejo administrativo razonable y eficaz debe asegurar que en el presupuesto de las entidades de salud se contemplen partidas globales orientadas, con los debidos cálculos y proyecciones, a la atención de los costos que lógicamente genera el desarrollo de su objeto. En particular, se debe salvaguardar la práctica de los exámenes y pruebas científicas, los tratamientos y cirugías más corrientes y la atención de urgencias, entre otras prestaciones.

1.2.4. Los derechos fundamentales no tienen por qué resultar afectados por los conflictos que existan entre una EPS y los hospitales o especialistas con los que haya suscrito contratos

A un trabajador le fue ordenada una cirugía por un especialista de su EPS, con el fin de superar un trauma en la rodilla. Después de ser internado y adelantar los exámenes de rutina, se dispuso la operación. Sin embargo, a punto de entrar al quirófano, le fue informado que el hospital no practicaría la operación porque la EPS no había cancelado los servicios correspondientes.

La Corte Constitucional precisó que los afiliados a una EPS no tienen por qué resultar afectados por los conflictos que existan entre la entidad y los hospitales o especialistas con los que haya contratado. Estas controversias deben ser solucionadas ante la justicia ordinaria, sin que ello afecte la atención que debe suministrarse a los pacientes. La Corporación ordenó entonces al hospital practicar la cirugía y señaló que ni las EPS ni los hospitales pueden negar la atención a un paciente por problemas administrativos o burocráticos²².

²¹ Sentencia T-705 de 1999. La Corte consideró que el problema de salud de la menor afectaba sus derechos a la salud y a la integridad física y su calidad de vida, en razón de los dolores que debía soportar y el perjuicio a su autoestima. Además, la ausencia del procedimiento solicitado impedía efectuar un diagnóstico que determinara el tratamiento a seguir. Se ordenó entonces la práctica inmediata de los exámenes y procedimientos necesarios para el manejo del problema de la menor.

²² Sentencia T-489 de 1998. Según la Corte, "El derecho del demandante a recibir los servicios de salud que presta (la EPS) es indiscutible y, sin embargo, está siendo afectado por la controversia existente entre las partes del contrato de prestación de servicios de salud antes señalado, de manera que se le está trasladan-

1.2.5. La retención de los pacientes para asegurar el pago de lo debido por atención médica es una limitación inconstitucional de su libertad que desnaturaliza el papel que juega el servicio público de salud en la realización de la dignidad humana

Una persona ingresó a un hospital regional con una herida en el abdomen, varias costillas fracturadas y anemia aguda. El tratamiento médico resultó exitoso y el paciente fue dado de alta veinte días después. Sin embargo, las directivas del hospital impidieron su salida mientras no cancelara totalmente los costos de hospitalización. El paciente alegaba que no podía pagar porque carecía de recursos.

Según la Corte Constitucional, aunque los hospitales tienen derecho a cobrar por sus servicios, ya que lo requieren para su sostenibilidad económica, no pueden por ese motivo limitar la libertad de sus pacientes. Por ello, se ordenó al hospital permitir la salida del actor, sin ninguna contraprestación, porque si bien el paciente debió informar de su insolvencia antes de ser atendido, la única forma de cobrarle la suma que debía era a través de un proceso judicial. En este sentido:

“Sería motivo de descalabro económico para los hospitales públicos avalar el comportamiento de pacientes que después de recibir la atención médica y teniendo conocimiento desde el inicio del tratamiento de su costo, decidan optar por el más costoso a sabiendas de la imposibilidad económica. (Sin embargo) existen claramente otros medios para lograr el pago de una obligación. Por esta razón, ninguna autoridad judicial puede avalar la actitud de ejercer justicia por la vía privada. (...) La lamentable situación económica por la que atraviesan los hospitales del país -en especial los de provincia-, no puede convertirse en un pretexto para vulnerar derechos constitucionales fundamentales, así se obre con el mejor propósito”²³.

do una carga que no está jurídicamente obligado a soportar, en vista de que él ha cumplido puntualmente con cuanto le corresponde. Luego, dicha controversia debe solucionarse entre quienes son partes y no debe afectar a sujetos extraños a la misma; menos a los trabajadores quienes conforman el extremo más débil de esta relación”.

²³ Sentencia T-487 de 1992.

1.2.6. Puede existir delegación legal para que el Gobierno desempeñe funciones de reglamentación y de policía administrativa en la fijación de las condiciones técnicas de funcionamiento de los laboratorios clínicos e industriales, siempre y cuando estas funciones no afecten directamente el derecho fundamental de escoger profesión y oficio

Un grupo de ciudadanos demandó un párrafo del artículo 8º de la Ley 36 de 1993, el cual establece que, por la vía reglamentaria, el Gobierno actualizará periódicamente las condiciones de funcionamiento de los laboratorios clínicos e industriales. En opinión de los demandantes, la norma era inconstitucional por cuanto confería potestad legislativa al Ejecutivo sin llenar las exigencias de iniciativa gubernamental, precisión material y limitación temporal.

La Corte Constitucional declaró exequible la norma y consideró que la facultad allí establecida constituía un desarrollo de la potestad reglamentaria del Ejecutivo y del ejercicio del poder de policía, ligado a la facultad de vigilancia e inspección de las profesiones. La Corte precisó que estas facultades se relacionan exclusivamente con reglamentaciones técnicas o administrativas que no tienen relación directa con el ejercicio del derecho fundamental a escoger profesión y oficio. La reglamentación de las condiciones de funcionamiento de los laboratorios por parte del gobierno, está orientada por criterios esencialmente técnicos; esto es, por la aplicación a la regulación de los laboratorios de principios científicos reconocidos por la comunidad científica. En opinión del alto tribunal, ello es razonable, puesto que, en ocasiones, cambios tecnológicos o la aparición de nuevos riesgos sanitarios obligan a modificar de manera ágil las condiciones de funcionamiento de los laboratorios, a fin de que se establezcan, por ejemplo, nuevos procedimientos o se tomen determinadas precauciones sanitarias²⁴.

Sin embargo, la Corte precisó que esta posibilidad de reglamentación técnica, no constituye una facultad discrecional abierta. Por el contrario, ella debe inscribirse dentro de los marcos que hacen legítimo el ejercicio del poder de policía administrativa en un Estado social de derecho. En efecto, esta reglamentación debe hacerse de

²⁴ Sentencia C-226 de 1994. La Corte declaró la constitucionalidad condicionada de la norma, toda vez que la reglamentación sólo puede referirse a la actualización de las condiciones técnicas de funcionamiento de los laboratorios conforme a principios científicos.

conformidad con la ley, motivo por el cual el legislador puede precisar en cualquier momento los lineamientos a los que debe sujetarse la potestad reglamentaria del Ejecutivo. Además, la reglamentación que efectivamente se expida debe ser razonable, proporcionada, no puede traducirse en violaciones del principio de igualdad y debe fundarse en principios técnicos y científicos reconocidos²⁵.

De otra parte, la misma ley establecía que ciertos cargos (entre ellos, la dirección de laboratorios) sólo podían ser desempeñado por bacteriólogos. La Corte Constitucional, al declarar inexecutable este componente de la ley, no encontró ningún elemento determinante en la formación de los bacteriólogos que justificara que estos profesionales detentaran el monopolio de la dirección de laboratorios. En opinión de la Corporación, existen otros profesionales igualmente capacitados para realizar, entre otras, las labores de diagnóstico, control de calidad e investigación relacionadas con la bacteriología. Además, una regulación de esta clase impediría que otras personas con formación en ciencias de la salud, en química y en biología realicen gran parte de las labores propias de sus áreas de trabajo. A juicio de la Corte:

“[es] irrazonable la exclusión establecida por la ley, puesto que, si el objetivo perseguido por la misma, al reglamentar la actividad de bacteriólogo, es controlar los riesgos eventualmente ligados con la carrera y dirección científica de laboratorios clínicos o industriales, no hay razón para excluir a otros profesionales ampliamente capacitados para desempeñar tales labores. Estamos en este caso en frente de una forma típica de lo que la doctrina constitucional ha denominado una “clasificación demasiado amplia” (overinclusive statute), esto es, una situación en la cual la ley prohíbe a una determinada categoría de personas efectuar ciertas labores, incluyendo en tal grupo no sólo a las personas que efectivamente ocasionan un riesgo social sino también a personas que no causan tal riesgo. En efecto, en este caso, la ley prohíbe a todos los no bacteriólogos efectuar tales actividades, cuando es obvio que profesionales como los microbiólogos o los patólogos clínicos, por no citar sino dos ejemplos, están ampliamente capacitados para desempeñar las actividades de diagnóstico y control de calidad, de desarrollo biotecnológico, de la investigación básica y aplicada, de la administración y docencia relacionadas con la carrera y la dirección científica del laboratorio clínico e industrial”²⁶.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

1.3. DERECHO A MEDICAMENTOS DE CALIDAD

La Organización Mundial de la Salud ha impulsado diversas campañas relativas a la calidad de los medicamentos²⁷. En particular, se destacan los esfuerzos en relación con el suministro de medicamentos esenciales (aspecto analizado en el capítulo sobre disponibilidad) y el control de la calidad de los medicamentos. Este último tema es de suma importancia habida cuenta de los graves efectos que puede generar la comercialización de medicamentos de baja calidad, vencidos o adulterados. Al estudiar las obligaciones sobre vigilancia y control, se profundizará más sobre este punto. En este acápite, se analiza la jurisprudencia constitucional sobre la calidad de los medicamentos.

1.3.1. En principio, las acciones populares son el mecanismo judicial procedente para la defensa del derecho colectivo a la calidad de los medicamentos. Sin embargo, en circunstancias de indefensión, urgencia y riesgo inminente para los derechos fundamentales, la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo y eficaz para evitar un perjuicio irremediable causado por problemas en la calidad de los medicamentos

Una persona interpuso una acción de tutela contra el laboratorio farmacéutico que distribuía de manera exclusiva en Colombia el medicamento Coumadin de 5 miligramos. El demandante necesitaba este medicamento de por vida, como consecuencia de una operación de corazón abierto en la cual le fue colocada una prótesis valvular. A través de la acción, se solicitó el análisis del medicamento por parte del Instituto Nacional de Salud, a fin de verificar su concentración. Con ello, se pretendía la cancelación de la licencia de importación y de distribución del producto por parte del laboratorio demandado. Además, se solicitó que la posibilidad de distribución fuera concedida a varios

²⁷ Entre otras, véanse las resoluciones WHA55.18 sobre calidad de la atención y seguridad del paciente (55ª Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, mayo 13-18 de 2002), WHA50.3 que contiene las directrices sobre el sistema OMS de certificación de la calidad de los productos farmacéuticos objeto de comercio internacional y WHA50.20 sobre calidad de los productos biológicos objeto de comercio internacional en el marco de la prevención y lucha contra las enfermedades (50ª Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, mayo 5-14 de 1997). Así mismo, debe tenerse en cuenta la Resolución WHA47.17 sobre inocuidad, eficacia y calidad de los productos farmacéuticos en el marco de la prevención y lucha contra las enfermedades (47ª Asamblea Mundial de la Salud, Ginebra, mayo 1-12 de 1994). De otra parte, en 1988, la Organización Mundial de la Salud publicó las Directrices para el Desarrollo de Políticas Farmacéuticas Nacionales, así como los Criterios Éticos para la Promoción de Medicamentos.

laboratorios para, así, lograr una mayor competencia en calidad y precios. Según lo afirmado por el actor, durante una época el medicamento era producido con una calidad excelente y a un precio razonable. Sin embargo, la droga se comenzó a producir e importar a costos exagerados y, según el demandante, con una calidad bastante dudosa. Afirmó que la pérdida de calidad del medicamento determinó que tuviera que aumentar la dosis del mismo y le produjo un coágulo a nivel de la prótesis valvular que tenía en el corazón, situación que puso en riesgo su vida.

Inicialmente, la tutela fue negada por cuanto el Instituto Nacional de Salud certificó la calidad del medicamento. Sin embargo, en la revisión del caso por parte de la Corte Constitucional se efectuaron diversas precisiones²⁸. La Corporación destacó que el **derecho a la calidad del medicamento** es de naturaleza colectiva. Por ello, en principio, las acciones populares son el mecanismo judicial procedente para su defensa²⁹. Empero, al analizar la situación de indefensión y el riesgo que sufrió la vida del actor, se consideró que en el caso concreto era procedente la acción de tutela para evitar un perjuicio potencial inminente e irremediable. En efecto, para el demandante, una dosis de anticoagulante inferior a la prescrita médicamente representaba un potencial perjuicio irremediable: la pérdida de su vida por obstrucción de la válvula aórtica. Adicionalmente, la situación de indefensión se concretaba en la medida en que el laboratorio demandado detentaba la licencia exclusiva para distribuir el medicamento. La Corte concluyó entonces que la posibilidad de acudir a la autoridad administrativa para que ejerciera el control de calidad respectivo, no constituía orgánica y materialmente un medio de defensa judicial con la efectividad necesaria para afrontar la urgencia del caso³⁰.

²⁸ Sentencia T-322 de 1994.

²⁹ *Ibid.* La Corte precisó que a través de las acciones populares es posible adelantar un control sobre la calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, la responsabilidad de los productores o comercializadores por atentar contra la salud, la seguridad o el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios y la participación de éstos en el estudio de las disposiciones que les conciernen.

³⁰ En la sentencia T-333 de 2000, la Corte también protegió el derecho a la salud del consumidor. A pesar de que no se trataba de un problema sobre la calidad de un medicamento, si se analizó el riesgo que para los derechos fundamentales implica la utilización de una sustancia química prohibida en la fabricación de productos alimenticios. En dichos casos, la información no puede ser objeto de confidencialidad, de tal forma que el derecho al habeas data no es excusa para doblegar el interés general. Según la Corporación, "(e)l decomiso preventivo de productos elaborados con insumos tóxicos, su destrucción, la práctica de pruebas químicas, entre otros procedimientos sanitarios, son hechos que trascienden al público y no pueden permanecer en la clandestinidad, así ello tenga repercusiones económicas para los agentes involucrados. No puede pretender una firma que usa como insumo una sustancia tóxica prohibida, peligrosa

1.3.2. Existe el derecho a recibir un medicamento excluido del POS siempre y cuando en el listado del plan obligatorio no exista un reemplazo que ofrezca similar idoneidad y efectividad

Una paciente de 71 años que sufría de osteoporosis, interpuso una acción de tutela porque su EPS le negaba el suministro de una droga. El medicamento había sido formulado por su médico tratante con el objeto de mejorar su condición. Al revisar el caso, la Corte Constitucional confirmó la sentencia de primera instancia que negaba la acción de tutela. La Corporación, al acoger un concepto del médico tratante, precisó que si bien el medicamento no existía en el listado del POS, sí tenía un sustituto con los mismos efectos de la droga negada, lo cual permitía paliar los problemas de osteoporosis que padecía la demandante³¹.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que no es viable la autorización del suministro de un medicamento excluido del POS si lo que se busca con éste se puede lograr con otra droga que sí se encuentra presupuestada administrativa y financieramente por el sistema de salud³². Con todo, el medicamento sustituto (i) debe ser eficaz (debe obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto en sus indicaciones), y (ii) no puede generar daños (contraindicaciones o reacciones adversas). Cabe anotar que son los médicos tratantes, en razón de su conocimiento experto, quienes están autorizados para determinar si un medicamento contemplado en el POS es idóneo para sustituir a otro no contemplado en el mismo³³.

para la salud humana, que el informe de la autoridad sanitaria no se conozca por el público, más aún si parte de la producción por este motivo fue decomisada. Si el nivel de ventas desciende y se reduce su participación en el mercado, ello obedece a la conducta ilegal e inhumana de la empresa. No puede exigir quien ha contaminado un producto alimenticio o utilizado en su fabricación una sustancia química prohibida, que sobre esto se mantenga el sigilo a fin de no perder clientes, como si el nivel de ventas debiera mantenerse o incrementarse a toda costa sin tener en cuenta la salud de los consumidores, y por fuera de toda consideración acerca de las estrategias lícitas o ilícitas empleadas para ello. El derecho a la ganancia es legítimo y se garantiza por el derecho; pero no es tan absoluto como para asegurarlo a quien se lucra envenenando a la población". En consecuencia, los miembros de la comunidad tienen el derecho constitucional de acceder a la información detallada y relevante sobre la composición y efectos de los bienes y servicios que ingresan al mercado. Además, tienen derecho a incidir sobre los tipos de producción y consumo que sean acordes con un desarrollo sostenible y con la protección de su salud y seguridad integral.

³¹ Sentencia T-202 de 2003.

³² Sentencia T-344 de 2002.

³³ Sentencia T-1325 de 2001. En este caso, la Corte Constitucional, a partir de un concepto médico, corrigió la equivocación de un juez de instancia al conceder una tutela. En efecto, el juez de primera instancia había ordenado un tratamiento médico inadecuado para el accionante.

1.3.3. La decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para preservar la salud de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el comité técnico científico de la EPS, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario

El médico tratante de una persona que sufría de artritis reumatoidea agresiva consideró que la paciente requería de un medicamento diferente a todos aquellos que le habían sido recetados hasta el momento. Al momento del dictamen, los resultados obtenidos habían sido ineficaces y la enfermedad persistía, razón por la cual el médico ordenó el suministro del medicamento Etanercept. La paciente afirmó que el medicamento era de mayor eficacia y más rápida acción que los anteriormente utilizados. Sin embargo, se vio obligada a interponer una acción de tutela, toda vez que la EPS se negaba a suministrar el medicamento mencionado. La entidad argumentaba que la droga no se encontraba en el listado del POS y que, además, el comité técnico científico había conceptualizado que no se habían utilizado las drogas disponibles en el plan obligatorio para tratar la enfermedad.

La Corte Constitucional reiteró que prevalece el concepto de médico tratante incluso cuando el comité técnico científico de la EPS considera que el suministro de un medicamento no es necesario y que, además, existen otras posibilidades terapéuticas³⁴. Frente a la prescripción del medicamento, la Corte consideró que debe hacerla el médico tratante por cuanto es la persona que (i) tiene conocimientos médicos de la especialidad correspondiente, (ii) dispone de información específica acerca del caso del paciente que requiere el medicamento, y (iii) está formalmente vinculado a la EPS. Por ello, se considera que el médico tratante es la persona más competente para determinar si un paciente realmente necesita un medicamento y con qué grado de urgencia³⁵. Además, la Corporación precisó que el comité técnico científico no es la autoridad médica

³⁴ Sentencia T-284 de 2001 (caso de una paciente de 74 años aquejada de blefaroespasmio y distonía cervical. Estas enfermedades le impedían ver y caminar. Para enfrentar las dolencias, el médico tratante consideraba que la toxina botulínica era el único medicamento que podía ofrecer una respuesta adecuada. Sin embargo, la droga no se encontraba incluida en el listado del POS). Sobre la prevalencia del concepto del médico tratante sobre funcionarios administrativos de la EPS, véanse las sentencias T-666 de 1997, T-155 de 2000, T-179 de 2000 y T-378 de 2000.

³⁵ Sentencia T-344 de 2002.

competente para dictaminar si la vida de un paciente está o no en riesgo, puesto que sólo es un órgano administrativo que vela por la prestación adecuada del servicio. Por ello, no es en estricto sentido un órgano de carácter técnico³⁶.

El medicamento que se encuentre contemplado en el POS debe ser idóneo en el caso específico para sustituir al que no lo está. Por esta razón, el agotamiento de los medicamentos sustitutos del POS debe hacerse de conformidad con las características específicas de la situación del paciente. En el caso bajo estudio, el comité científico de la EPS, al negar el medicamento, no ofreció ningún argumento de orden técnico vinculado a los hechos del caso o a la historia clínica de la paciente. Por el contrario, dos médicos expertos consultados por la Corte conceptuaron sobre las ventajas del medicamento negado en relación con las alternativas contempladas en el POS.

Con todo, las EPS pueden desatender las órdenes de los médicos tratantes cuando éstas son evidentemente inapropiadas. En este sentido, la Corte Constitucional estimó que los fundamentos de la decisión negativa contraria a la del médico tratante deben fundarse en (i) la opinión científica de expertos en la respectiva especialidad y (ii) la historia clínica del paciente y, particularmente, en los efectos que el tratamiento solicitado tendría concretamente en el demandante. La Corte destacó que no es aceptable que la EPS niegue o retrase el suministro de una droga cuando no se ha llevado a cabo el proceso mediante el cual el comité técnico verifica el concepto del médico tratante.

1.4. DERECHO A UNA ATENCIÓN MÉDICA OPORTUNA, ADECUADA Y QUE EVITE LA AGRAVACIÓN DEL ESTADO DE SALUD DEL PACIENTE

Los servicios de salud están llamados a mejorar el estado de salud de las personas. Por ello, la atención médica no debe ser de cualquier clase. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido expresamente que el derecho a una vida digna determina que la atención que se dispense a los pacientes tienda a evitar la agravación de su estado

³⁶ Sentencia T-344 de 2002. La Corte afirma expresamente: "La exigencia de que tan sólo uno de los miembros del Comité sea médico, muestra que no se trata de un tribunal profesional interno de la EPS en el que se someten a consideración las decisiones de carácter médico, sino de un órgano administrativo que debe asegurar que las actuaciones de la entidad y sus procedimientos, se adecuen a las formas preestablecidas, así como también garantizar el goce efectivo de un adecuado servicio de salud".

de salud³⁷. Más adelante (*infra* Capítulo IV, 1.5), se analizarán, a partir de la conexidad del derecho a la salud con los derechos a la integridad, a la vida y a la dignidad humana, los problemas que para la calidad de la salud se desprenden de la valoración que el Sistema de Seguridad Social en Salud hace de la condición del paciente atendido. En el presente acápite, se analizan criterios jurisprudenciales directamente relacionados con la calidad de la atención sanitaria: (1.4.1) la integralidad de la atención y del tratamiento; (1.4.2) el principio de buena fé en la atención sanitaria, y (1.4.3) la demora en la atención como situación violatoria de derechos fundamentales. Estos criterios constituyen una proyección del **principio de oportunidad** que gobierna al mencionado sistema, de tal forma que los servicios de salud no sean sometidos a retrasos innecesarios o injustificados. Ello implica que sobre los aseguradores y prestadores de salud recae la carga de la atención diligente.

1.4.1. La atención médica debe generar un restablecimiento integral de la salud del paciente

Una paciente que sufría un severo enfisema solicitó por vía de tutela que, además de los exámenes pre-transplante, se ordenara la aprobación del transplante de pulmón, el suministro constante de oxígeno, el tratamiento post-transplante y su remisión, en caso de cualquier complicación de salud, al equipo médico encargado del trasplante. Sin embargo, los fallos de instancia –que ordenaron los exámenes pre-transplante– consideraron que el juez de tutela no podía seleccionar ni prescribir el tratamiento médico correspondiente.

³⁷ Sentencia T-010 de 1999 (caso de una beneficiaria que acudió a la sección de urgencias de su EPS para que la atendieran por un fuerte dolor en el abdomen. El dolor se debía a la presencia de múltiples cálculos en la vesícula biliar. Habiéndosele diagnosticado una colelitiasis, fue remitida a la sección de cirugía general. Sin embargo, pasados casi cuatro meses, no se había adelantado procedimiento quirúrgico alguno. La demandante agregó que, quince días antes de interponer la acción de tutela, fue atacada nuevamente por un fuerte cólico, para el cual le fue recetada una buscapina y que, a pesar de seguir con el malestar, aún no había sido operada. Un concepto médico en relación con el caso, estableció que la paciente no corría un riesgo inminente ni su condición se había deteriorado hasta el punto que constituyera una urgencia quirúrgica. Sin embargo, la Corte Constitucional consideró que no se debía esperar a que la demandante padeciera dolencias graves para tutelar sus derechos, más aún cuando las complicaciones en su estado de salud podían ponerla en peligro de muerte).

Al revisar el caso, la Corte Constitucional analizó si era o no adecuada la orden impartida para restablecer íntegramente los derechos conculcados y amenazados por el comportamiento irregular de la entidad demandada³⁸. La Corporación consideró que el juez de tutela debe ordenar la ejecución de todas las indicaciones del equipo médico tratante. Con ello, se pretende evitar que las EPS tan sólo lleven a cabo las indicaciones médicas que consideren prioritarias. En el caso concreto, los dictámenes del médico tratante eran bastante claros en relación con el tratamiento a seguir y, por ello, la orden del juez de tutela era apropiada. En consecuencia, la Corte dispuso que a la accionante se le proporcionara oxígeno de manera constante, se le brindaran las terapias de apoyo previas y posteriores al trasplante y se realizara el trasplante de pulmón cuando el equipo médico lo considerara prudente. Además, ordenó que, en caso de cualquier urgencia (previa o posterior al trasplante), la paciente fuera remitida al equipo interdisciplinario encargado de intervenirla. El alto tribunal destacó que sólo de esta manera podía realizarse el **principio de integralidad** que debe caracterizar al tratamiento que las EPS y las IPS deben brindar a los afiliados y sus beneficiarios³⁹.

En atención al principio de integralidad, la atención y el tratamiento de los usuarios deben ser integrales, de forma tal que se ofrezcan los servicios en la cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia necesarias. Esto implica el suministro, dentro de los límites establecidos por la ley, de todo cuidado, droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, cualquier examen de diagnóstico y seguimiento y demás cuestiones que el médico tratante considere necesarias para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente⁴⁰. A su vez, la Corte Constitucional ha considerado que la integralidad

³⁸ Sentencia T-133 de 2001.

³⁹ Sentencia T-179 de 2000. En esta sentencia, la Corte analizó el caso de cinco menores discapacitados, que padecían graves enfermedades provenientes, casi todas ellas, de un retardo mental grave e incurable. La Corporación precisó que los niños discapacitados demandantes tenían derecho a una atención sanitaria preferente, integral y muy especializada, que comprendía el tratamiento adecuado y la rehabilitación posible (supra Capítulo II, 2.1). Esta regla fue reiterada en la sentencia T-122 de 2001, relacionada con una enferma que padecía cáncer de mama que ya no se podía tratar con cirugía y respecto al cual recibía una serie de tratamientos. La paciente también sufría una lesión cervical que debía ser manejada con droga y un collar de Filadelfia. Sin embargo, la EPS se negaba a suministrar estos elementos alegando que se encontraban fuera del POS. Para la Corte, si bien la actora sufría de un cáncer que había sido tratado sin queja alguna de la paciente, ello no justificaba el comportamiento omisivo de la EPS respecto de la debida atención a su lesión cervical, toda vez que uno de los principios que caracterizan a la seguridad social en Colombia es el de la integralidad.

⁴⁰ Sentencia T-133 de 2001.

también se manifiesta en el deber de prestar tratamiento y rehabilitación de la enfermedad a través, por ejemplo, de terapia física⁴¹.

1.4.2. El servicio médico debe ser desarrollado y culminado atendiendo al principio de buena fé

A un paciente hemofílico se le autorizó la realización de una intervención de alto riesgo. Sin embargo, la EPS se negó a realizar la operación porque consideró que la antigüedad de afiliación se había perdido, puesto que algunas cotizaciones no habían sido pagadas oportunamente. Aunque el paciente había efectuado cumplidamente sus aportes, el patrono se retrasó en la consignación oportuna de los mismos (mora patronal⁴²). El paciente interpuso una acción de tutela con el objeto de que fueran reconocidas las semanas cotizadas y le practicaran la intervención quirúrgica. La Corte Constitucional concedió el amparo y resaltó que las instituciones del Sistema de Seguridad Social en Salud deben regirse en sus actuaciones por el principio de buena fe⁴³. En efecto, la continuidad del tratamiento es lo que razonablemente espera quien ha recibido atención médica. En el caso objeto de análisis, el principio de buena fe resultaba garantizado no sólo por el comportamiento de la EPS frente al demandante, a quien continuó prestándole el servicio, sino de la expedición que se hizo del carné correspondiente y del hecho de que los aportes los debería haber hecho el empleador. Al desconocer el principio de buena fe, la EPS incumplió sus obligaciones contractuales. La prestación del servicio era entonces exigible, toda vez que el beneficiario tenía la conciencia de haber adquirido el derecho por medios legítimos exentos de fraude.

Según la Corte:

“(S)i el beneficiario del servicio de salud no cotiza oportunamente lo debido, su incumplimiento autoriza al prestatario del servicio a aplicar la excepción de contrato no cumplido a partir de la fecha en que no está obligado por reglamento a satisfacer la prestación debida, a menos que el beneficiario estuviera cobijado

⁴¹ Id.

⁴² En el apartado sobre disponibilidad de servicios de salud se analizó la jurisprudencia sobre mora patronal (supra Capítulo I, 1.5.5, b).

⁴³ Sentencia T-059 de 1997.

por la buena fe y que la EPS hubiera allanado la mora mediante el recibo de la suma debida. Si se da el presupuesto del allanamiento a la mora, la EPS no puede suspender el servicio de atención al usuario ni alegar la pérdida de antigüedad acumulada por cuanto habría violación del principio de buena fe y no sería viable alegar la excepción de contrato no cumplido” (negrilla fuera de texto)⁴⁴.

En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes incurre en mora si deja de cumplir lo pactado, cuando su cocontratante ha incumplido sus obligaciones o no se allana a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. Por lo tanto, la EPS no puede suspender la atención médica si se ha comprometido a cumplir con su parte del contrato, así no haya recibido aportes. En estos casos, la pérdida de la antigüedad no es suficiente para que se interrumpan los servicios. Con todo, si la EPS no se allana a cumplir y existe mala fe del beneficiario que no paga sus aportes, la EPS puede invocar la excepción de contrato no cumplido.

De otra parte, el servicio médico debe ser culminado atendiendo al principio de buena fé. En efecto, para la Corte Constitucional es inaceptable que un paciente a quien le ha sido diagnosticada una intervención médica de urgencia, sea remitido de una institución asistencial a otra, para que, al final, la atención médica necesaria le sea negada⁴⁵. Cuando esto ocurre, la entidad responsable, además de retardar injustificadamente la asistencia requerida, crea en el usuario expectativas y esperanzas frustradas que vulneran el principio de la buena fe. Para la Corte, si pese a conocer el tiempo de cotización del afiliado, el tipo de enfermedad que padece y el diagnóstico sobre el tratamiento o procedimiento que debe practicarse, la EPS remite al paciente de un lugar a otro, asume **la obligación de culminar la prestación del servicio médico, quirúrgico, terapéutico o asistencial que haya sido recetado por su personal científico**, sin que, después,

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Sentencia T-756 de 1999 (caso de un afiliado al Seguro Social desde 1966 que fue remitido por el ortopedista a una EPS del instituto con el objeto de implantarle una prótesis total del hombro y efectuarle una transposición miotendinosa de carácter urgente. Sin embargo, la orden médica fue trasladada de un municipio a otro hasta que, después de pasado un tiempo, la intervención fue negada con el argumento de que el paciente había perdido su antigüedad en el sistema por haber suspendido las cotizaciones durante más de seis meses). Para la Corte, la remisión del paciente a diversas instituciones debe entenderse como la asunción por parte de la entidad de la obligación de atenderlo hasta obtener el restablecimiento de su salud. Por este motivo, la entidad no puede eximirse de su responsabilidad acudiendo a normas que no hizo conocer al afiliado desde el comienzo y, con ello, afectó su buena fe y puso en grave peligro su integridad personal.

pueda alegar la falta de períodos mínimos de cotización ni otra causa para excusarse de actuar o para negar los cuidados requeridos por la persona.

1.4.3. La demora irrazonable en la atención médica de una enfermedad grave constituye una violación de derechos fundamentales. Así mismo, el retardo injustificado en el suministro de un medicamento o en la programación de una cirugía –incluso si ésta no es urgente, por no existir un riesgo inminente para la vida– pueden generar una situación que afecta la calidad de vida del paciente y, por ello, la acción de tutela es procedente para la protección del derecho a la salud

Una persona que sufría de osteoporosis y requería atención permanente para controlar fuertes dolores en la columna, solicitó una cita médica con un especialista de su EPS, la cual le fue asignada para cuatro meses después. La entidad fundamentó la demora en el argumento de que contaba con muy pocos especialistas que se ocuparan de este tipo de dolencias y recomendó que el paciente utilizara el servicio de urgencias en caso de presentarse una crisis.

En opinión de la Corte Constitucional, **la dilación injustificada de la atención a un paciente con una enfermedad grave desconoce tanto la obligación de practicar la medicina preventiva como el derecho a la igualdad en el otorgamiento de las citas**. En este sentido, los pacientes enfermos tienen derecho a ser atendidos con mayor prontitud⁴⁶. Por ello, la Corte ha ordenado la práctica de cirugías en casos de pacientes que lo requieren con urgencia⁴⁷. En cuanto a los tratamientos o cirugías que no son urgentes, la Corporación ha señalado que si bien es cierto que los pacientes deben esperar su turno⁴⁸, la demora debe estar justificada. De lo contrario, la acción de tutela

⁴⁶ Sentencia T-347 de 1996. La Corte señaló: “Resulta inaudito y abusivo que la entidad estatal encargada de recaudar la mayor cantidad de aportes patronales y personales, que conforma el mayor fondo financiero y de recursos del país, se excuse de atender a una persona débil y enferma, alegando falta de médicos especialistas en el área, y fije una cita para médico especialista después de cuatro meses de solicitada, en una ciudad como Cali, en la que es notoria la presencia abundante y calificada de estos profesionales de la salud”.

⁴⁷ Veáanse las sentencias T-010 de 1999 y T-344 de 2002, entre otras.

⁴⁸ En la sentencia T-688 de 1998 se afirma que “las entidades deben fijar reglas precisas para que tanto los pacientes como el personal responsable de la programación de cirugías y tratamientos, sepan el orden en el que estas prestaciones se deben ejecutar”.

es procedente⁴⁹. No basta, por ejemplo, con señalar la falta de recursos económicos o de médicos, para retardar el servicio⁵⁰.

Ahora bien, la jurisprudencia constitucional sólo ha ordenado la **realización inmediata** de cirugías, cuando éstas son necesarias para aliviar dolencias prolongadas o que impiden el desenvolvimiento autónomo de una persona. En estos casos, la Corte ha estimado que **la mora en la programación y realización de un procedimiento quirúrgico que permite al paciente llevar una vida normal mediante la superación de fuertes dolencias, afecta la dignidad de las personas**⁵¹. Es así como la extensión injustificada de una enfermedad o dolencia o una disfuncionalidad en la salud, que le impide a la persona valerse por sí misma, vulnera el derecho fundamental a la integridad personal y el derecho a llevar una vida digna, pese a que no haya inminencia de muerte o de pérdida irremediable de algún órgano o facultad. En suma, el derecho a la salud debe ser tutelado cuando exista certeza sobre la vulneración o amenaza de derechos fundamentales en cualquier grado y no solamente cuando la violación sea demasiado grave⁵².

Cabe anotar que los anteriores criterios también deben ser aplicados en casos de demora injustificada en la entrega de medicamentos. En efecto, la Corte Constitucional ha

⁴⁹ Sentencias T-281 de 1996 y T-688 de 1998. Según la Corte, incluso la omisión de suministrar la fecha exacta a un afiliado sobre cuándo se le realizará un procedimiento quirúrgico o se le iniciará un tratamiento, puede implicar la vulneración de derechos fundamentales. Las entidades del sistema de seguridad social no pueden dejar de fijar o informar la fecha exacta de una cirugía con el pretexto de que el procedimiento no es inaplazable. Cabe anotar que, en estos casos, la Corte no ha ordenado la realización inmediata de intervenciones quirúrgicas sino la fijación de una fecha para su realización en un plazo razonable, según las circunstancias del caso concreto.

⁵⁰ Sentencia T-042 de 1996 (caso de una paciente que, debido a un accidente, requería el implante de una prótesis en su pierna. La demora de su IPS en la práctica de la cirugía, produjo una disminución funcional en la extremidad, acompañada de un dolor intenso y permanente).

⁵¹ Id. En este fallo, la Corte consideró que más de 27 meses de espera para llevar a cabo una cirugía necesaria para aliviar los dolores e impedir el deterioro de la salud de una paciente, es un lapso que supera cualquier criterio razonable y hace patente, además, una deficiente administración de los recursos con que cuenta el Seguro Social. Para casos donde se ordena la realización inmediata de intervenciones que han sido prescritas por los médicos tratantes pero no han sido programadas y/o no se han practicado, veáanse las sentencias T-190 de 2000, T-227 de 2000, T-229 de 2000 y T-539 de 2000.

⁵² Sentencia T-260 de 1998. La Corte afirmó: "es equivocado, entonces, el planteamiento del juez de primera instancia según el cual, como la visión del demandante no está en peligro de perderse, debe denegarse el amparo constitucional solicitado. Sería tanto como esperar a que un enfermo demuestre que está al borde de la muerte para que el juez de tutela tome cartas en el asunto, cuando lo natural y obvio dentro del campo de la medicina es evitar llegar a tan terrible estado".

considerado que el sometimiento de un paciente a interminables reuniones del comité técnico científico de la EPS con el objeto de decidir si se autoriza o no un determinado medicamento, constituye una violación de derechos fundamentales⁵³. Según la Corte, si lo que el comité necesita es información para tomar una decisión, **no corresponde negar la prestación** sino adoptar, a la mayor brevedad posible, las medidas necesarias para reunir los elementos de juicio pertinentes.

1.5. DERECHO A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A UNA VIDA DIGNA

Como ha sido destacado en el Informe Preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental⁵⁴, la forma y el contenido del derecho a la salud involucran los principios fundamentales que sustentan el derecho internacional de los derechos humanos: la igualdad, la no discriminación y la dignidad de la persona. La dignidad humana es entonces un elemento fundamental en la comprensión de los elementos esenciales del derecho a la salud.

Específicamente en relación con la calidad de la atención sanitaria, ésta debe ser aquella capaz de brindar una vida digna al beneficiario del servicio público de salud. Por ello, dicha atención debe incluir todas las prestaciones necesarias para garantizar la vida digna del paciente. De no ser así, los establecimientos, bienes y servicios de salud no alcanzan un estándar mínimo de calidad.

En este punto, es importante precisar qué se entiende por dignidad humana. La Corte Constitucional ha reconocido una dimensión social de la dignidad humana, normativamente determinada, que fundamenta su condición de **derecho fundamental autónomo**. Para llegar a tal conclusión, la Corte sintetizó las líneas jurisprudenciales sobre este tema en los siguientes términos:

⁵³ Sentencias T-1188 de 2001 y T-344 de 2002.

⁵⁴ Naciones Unidas, Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Informe preliminar del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Sr. Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos. 13 de febrero de 2003, Documento E/CN.4/2003/58, párr. 39.

“Al tener como punto de vista el objeto de protección o contenido material del enunciado normativo “dignidad humana”, la Corte Constitucional ha identificado tres lineamientos claros y diferenciales:

(i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se 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 Corte 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.

(...) (L)os 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. (...) La Corte 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) (negrilla fuera de texto)”⁵⁵.

⁵⁵ Sentencia T-881 de 2002.

El contenido material de la dignidad humana desarrollado por la jurisprudencia constitucional fundamenta la relevancia de este concepto como componente de la calidad del derecho a la salud. Así como el servicio público de salud debe contar con requisitos mínimos de salubridad e idoneidad, estos componentes de la calidad del servicio deben complementarse con la salvaguarda de la dignidad de las condiciones de existencia de los pacientes. A continuación se analizan las distintas formas en que el Sistema General de Seguridad Social en Salud ha asumido esta última obligación. Inicialmente, se explican los criterios que han permitido garantizar la dignidad humana como componente de la calidad de la salud: la noción de que la calidad de vida resulta comprometida cuando se vulnera la dignidad del paciente (1.5.1), la proscripción de toda conducta que mantenga el dolor, considerada como un atentado contra la dignidad humana (1.5.2), y una concepción integral de la curación, que la entiende no sólo como superación de la enfermedad sino también como mejora de las condiciones de vida (1.5.3). Para terminar, se hace una breve referencia a las líneas jurisprudenciales más significativas en relación con el suministro de ciertas prestaciones excluidas del POS que comprometen la vida digna de los pacientes (1.5.4).

1.5.1. Calidad de vida. La normatividad que impide el suministro de prestaciones por fuera del POS debe inaplicarse no sólo en casos de riesgo inminente para la vida sino también cuando se compromete la calidad de vida del paciente y, por ende, su dignidad humana

A una persona le fue diagnosticada una osteoporosis y el médico tratante ordenó la práctica de un examen de densiometría osea en la columna y la cadera, así como la entrega de un corset de Jewett. Luego de acudir en varias oportunidades a la EPS, a la paciente no le fueron suministrados los procedimientos prescritos, con el argumento de que la entidad carecía de recursos. Por este motivo, se interpuso una acción de tutela. En primera instancia, la tutela fue negada bajo la consideración de que la negativa de suministrar las prestaciones solicitadas por la enferma no amenazaba ni ponía en peligro su derecho a la vida. La Corte Constitucional retomó el dictamen del médico tratante, según el cual si bien la falta del examen no implicaba un riesgo para la vida, sí afectaba funcionalmente la locomoción de la paciente⁵⁶. Además, el corset podía disminuír

⁵⁶ Sentencia T-1030 de 2001. En este fallo se reiteró la doctrina de la Corte (sentencia C-033 de 1998) según la cual la negativa de las EPS a prestar servicios de salud requeridos por afiliados de escasos recursos

el dolor y, por tanto, mejoraría el bienestar de la actora. La Corporación retomó su jurisprudencia en torno a la calidad de vida exigible por vía de tutela y afirmó:

“El derecho fundamental a la vida que garantiza la Constitución -preámbulo y artículos 1, 2 y 11- no se reduce a la mera existencia biológica, sino que expresa una relación necesaria con la posibilidad que les asiste a todas las personas de desarrollar dignamente todas las facultades inherentes al ser humano. Sin duda, cuando se habla de la posibilidad de existir y desarrollar un determinado proyecto de vida, es necesario pensar en las condiciones que hagan posible la expresión autónoma y completa de las características de cada individuo en todos los campos de la experiencia”⁵⁷.

376

CAPÍTULO 4

El concepto de vida no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, la cual daría lugar al amparo de tutela sólo en el evento de que la persona se encuentre a punto de fallecer o de perder una función orgánica de manera definitiva. En el Estado social de derecho, el derecho a la vida propende por la existencia en condiciones dignas. Según la Corte, “al hombre no se le debe una vida cualquiera, sino una vida saludable”⁵⁸. Así mismo, la vida digna es aquella que no se encuentra en grave riesgo. Por ello, la jurisprudencia constitucional ha destacado que **la falta de protección que pone en riesgo la vida convierte el derecho a la salud en derecho fundamental por su conexidad con el derecho a la vida**⁵⁹.

económicos con el argumento de falta de recursos, atenta contra los derechos a la salud en conexión con la vida y el derecho a la asistencia social.

⁵⁷ Esta doctrina constitucional se inicia en la sentencia T-926 de 1999. En este fallo, la Corte ordenó el suministro de Viagra con fundamento en la conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna que surgía en el caso concreto (sobre este punto, véase infra 1.5.4, d). La doctrina ha sido reiterada en las sentencias T-416 de 2001, T-566 de 2001, T-849 de 2001, T-1030 de 2001, T-1081 de 2001, T-1276 de 2001, T-1302 de 2001, T-004 de 2002, T-994 de 2002 y T-090 de 2003.

⁵⁸ Sentencia T-494 de 1993. Reiterada en las sentencias T-395 de 1998 y T-1344 de 2001. En la sentencia T-395 de 1998, la Corte afirmó que “la tutela puede prosperar no solo ante circunstancias que tengan la virtualidad de hacer desaparecer las funciones vitales, sino ante eventos que pueden ser de menor gravedad pero que puedan llegar a desvirtuar claramente la calidad de vida de las personas, en cada caso específico”.

⁵⁹ Sentencia T-571 de 1992. Este fallo analizó el caso de una mujer que interpuso acción de tutela para que se le siguiera prestando atención en la institución hospitalaria donde le practicaron una cesárea y le aplicaron una anestesia que le produjo adormecimiento en las piernas y pérdida del control urinario. El hospital nunca definió un tratamiento adecuado para la paciente, pese al paso del tiempo y de reiteradas revisiones médicas. La Corte señaló que el derecho a la salud es fundamental cuando su desprotección pone en riesgo la vida. Se ordenó, en consecuencia, la permanencia de la señora en la institución hospitalaria hasta tanto no se definiera el tratamiento adecuado a seguir.

1.5.2. Mantener a una persona expuesta a dolencias permanentes que pueden ser evitadas, constituye un trato cruel e inhumano que impide llevar una vida digna

Una persona afectada por una lesión en la columna vertebral requería una intervención quirúrgica que, pasados más de seis meses de haber sido prescrita, no había sido practicada. La paciente era aquejada por un dolor de tal magnitud que, incluso, le impedía subir y bajar escaleras. Por este motivo, interpuso una acción de tutela con el objeto de que se ordenara la operación. Al revisar el caso, la Corte Constitucional precisó que cuando una EPS se niega a prestar un servicio tendente a poner fin o mitigar los dolores y sufrimientos que una enfermedad le produce a una persona, ello constituye una forma de trato cruel e inhumano prohibido por la Constitución. Al respecto, la Corte afirmó:

“Una lesión que ocasiona dolor a la persona y que puede ser conjurada mediante una intervención quirúrgica, se constituye en una forma de trato cruel (CP art. 12) cuando, verificada su existencia, se omite el tratamiento para su curación. El dolor intenso reduce las capacidades de la persona, impide su libre desarrollo y afecta su integridad física y psíquica. La autoridad competente que se niega, sin justificación suficiente, a tomar las medidas necesarias para evitarlo, omite sus deberes, desconoce el principio de la dignidad humana y vulnera los derechos a la salud y la integridad física, psíquica y moral de la persona. (...) El dolor envilece a la persona que lo sufre. Si quien está en el deber de impedirlo no lo hace, incurre con su omisión en la vulneración del derecho a la integridad personal del afectado, quedándole a éste último la posibilidad de ejercer las acciones judiciales para la protección inmediata de sus derechos fundamentales”⁶⁰.

⁶⁰ Sentencia T-499 de 1992. La Corte ordenó a la EPS que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, realizara la totalidad de los exámenes médicos necesarios para determinar si la accionante debía ser intervenida quirúrgicamente y, en caso afirmativo, autorizara de manera inmediata la operación. Este precedente sobre la vulneración de derechos fundamentales por la falta de tratamiento contra el dolor de un paciente, ha sido reiterado en diversas sentencias que se relacionan con la negación de cirugías. En efecto, las siguientes sentencias retoman el fallo de 1992: sentencia T-322 de 1997 (cirugía de reemplazos articulares en ambas rodillas para enfrentar una artritis aguda), T-796 de 1998 (suministro de prótesis ocular para un menor de edad), T-572 de 1999 (suministro de prótesis mamarias en situaciones donde se afecta la integridad física y psíquica), T-1253 de 2000 (cirugía de reconstrucción del tendón de Aquiles que requería una persona con limitación y dificultad para caminar), T-1255 de 2000 (transplante de cornea requerido con urgencia), T-1384 de 2000 (cirugía para el tratamiento de una hernia discal), T-1742 de 2000 (intervenciones e implantes de material de osteosíntesis como tratamiento para una malformación en una

Cabe anotar que la jurisprudencia constitucional ha estimado que el sufrimiento físico no es el único trato inhumano. En efecto, también ha reconocido la existencia de un trato de esta clase cuando se somete a una persona a un dolor psicológico o moral⁶¹ (*infra* Capítulo IV, 1.5.4. a).

Así mismo, la Corte ha considerado que se desconoce el derecho a una existencia digna cuando se prolongan dolencias físicas, se generan nuevos malestares y se mantiene una enfermedad que puede ser mejorada⁶². El dolor es una circunstancia que incomoda la existencia hasta el punto de hacerla insoportable. Por ello, su extensión injustificada vulnera efectivamente la vida de la persona⁶³.

378

CAPÍTULO 4

pierna), T-579 de 2000 (cirugía para enfrentar calcificaciones que generaban mucho dolor e impedimentos para mover el brazo), T-910 de 2000 (intervención quirúrgica para tratar una fractura facial), T-494 de 2001 (cirugía para resolver un cálculo de colesterol), T-536 de 2001 (cirugía para el tratamiento de cólicos que generaban calambres e imposibilidad de trabajar), T-791 de 2001 (cirugía de columna), T-855 de 2002 (cirugía para tratar la incontinencia mixta que genera gran dolor, uso continuo de pañales, imposibilidad de transporte en vehículos debido al dolor, necesidad de un cojín ortopédico para sentarse y dificultades para permanecer de pie). Además, el precedente mencionado ha sido citado en algunos fallos donde se ordena la realización de cirugía de mamoplastia reductora (*infra* 1.5.4, b).

⁶¹ En la sentencia T-796 de 1998, se reconoció que existe un trato cruel e inhumano cuando no se suministra una prótesis a un niño que ha perdido un ojo a causa de un proyectil. Similar consideración ofreció la Corte (sentencia T-572 de 1999) al ordenar, a favor de una mujer, la práctica de una cirugía de implante de prótesis mamarias (*infra* 1.5.4, c).

⁶² Sentencia T-260 de 1998. En las sentencias T-283 de 1999 y T-860 de 1999, la Corte precisó que “el dolor o cualquier otro malestar que le impida al individuo desplegar todas las facultades de que ha sido dotado para desarrollarse normalmente en sociedad, aunque no traigan necesariamente su muerte, no solamente amenazan, sino que rompen efectivamente la garantía constitucional señalada (el derecho a la vida), en tanto que hacen indigna su existencia”.

⁶³ Sentencia T-344 de 1999. En similares términos, la Corte Constitucional (sentencia T-027 de 1999, reiterada en la sentencia T-457 de 2001) ha señalado que no solamente cuando la persona está al borde de la muerte su derecho a la vida resulta amenazado. Aunque la eventualidad de la muerte sea lejana, esta amenaza puede producirse cuando el titular del derecho a la vida es sometido a una existencia indigna, indeseable o dolorosa. Por ello, “se desconoce el derecho a la vida digna de una persona cuando no se hace nada para superar su dolor, haciéndose procedente la acción de tutela en el caso de un sufrimiento prolongado en el tiempo en forma injustificada y donde no existe certeza de que la dolencia no llegue a complicarse”. Vale la pena insistir en que nunca debe esperarse a que el estado de salud de una persona se agrave o ésta agonice para que proceda la tutela y sea atendida adecuadamente.

1.5.3. La curación debe entenderse como mejora en las condiciones de vida de la persona y no solamente como superación total de la enfermedad. En el concepto curación se incluyen todo los servicios necesarios para 1) aliviar las condiciones producidas por una enfermedad, condición física o mental; 2) evitar las secuelas de la misma, o 3) superar la condición de limitación física que padece la persona como consecuencia de la enfermedad⁶⁴

Una paciente con cistitis crónica intersticial requería una droga cuyo suministro le era negado debido a que no era posible conseguirla en el país. Por este motivo, le fue ordenada una valoración por parte de otro médico con el fin de establecer si existía un medicamento diferente que pudiera ser efectivo en su caso. Toda vez que esta valoración no había sido realizada, la paciente interpuso una acción de tutela que fue negada porque su vida no corría peligro. Al revocar las decisiones de instancia y ordenar la inmediata revisión médica del caso, la Corte Constitucional consideró que la conexidad de los derechos fundamentales a la salud y a una vida en condiciones dignas, exige el suministro de medicamentos que, pese a no curar una enfermedad, pueden aliviar sus síntomas. Según la Corte:

“(E)l tratamiento que debe proporcionársele al enfermo, no se reduce al que está dirigido a obtener su curación; cuando se trata de enfermedades crónicas como la diabetes, y aún de las terminales, la persona tiene derecho a recibir todos los cuidados médicos dirigidos a proporcionarle el mayor bienestar posible mientras se produce la muerte, y a paliar las afecciones inevitables de los estados morbosos crónicos, que muchas veces son también degenerativos”⁶⁵.

Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el concepto de curación con el objeto de amparar a las personas con pronóstico no favorable de curación (*supra* Capítulo II, 2.1) y a quienes padecen enfermedades en período terminal (etapas graves de cáncer o SIDA). En estos casos, la Corte ha señalado que el derecho al máximo

⁶⁴ Sentencia T-850 de 2002. Nota 4.

⁶⁵ Sentencia T-173 de 2003. La Corte precisó que si no era posible efectuar un tratamiento con medicamentos que se encontraran en el país, la EPS debía adelantar la gestión pertinente para conseguir la droga inicialmente recomendada por el médico tratante. En estos casos, los gastos en los que incurra la entidad pueden ser reclamados al Fosyga. Esta doctrina jurisprudencial se inicia en la sentencia T-926 de 1999 y ha sido reiterada en los fallos T-975 de 1999, T-360 de 2001, T-327 de 2002 y T-173 de 2003.

grado de curación posible es un elemento fundamental de la posibilidad de recuperación que entraña todo tratamiento médico⁶⁶. La Corporación ha insistido en que la curación debe entenderse como aquella mejoría en las condiciones de vida que incluye todo progreso en la salud física y psíquica y no simplemente la superación total de la enfermedad⁶⁷. Por ello, las entidades encargadas de prestar servicios de salud deben utilizar al máximo los medios científicos razonablemente disponibles⁶⁸. Además, en el caso de enfermedades crónicas o terminales, el tratamiento debe proporcionar el mayor bienestar posible al paciente.

1.5.4. Inaplicación del régimen de exclusiones del POS frente a casos especiales donde el derecho a la salud tiene conexidad con el derecho a una vida digna

Como ha sido precisado anteriormente (*supra* Capítulo I, 1.5.2.1), el Plan Obligatorio de Salud (POS) es un conjunto de prestaciones expresamente delimitadas que deben satisfacer y garantizar las EPS atendiendo a la definición establecida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud. Dentro del POS no están incluidos ciertos tratamientos, procedimientos, actividades y medicamentos por falta de tecnología o de condiciones financieras del sistema.

Los fallos que se analizan no constituyen un recuento exhaustivo de todos los casos de concesión de acciones de tutela por conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna⁶⁹. Sin embargo, recogen las líneas jurisprudenciales más relevantes y significativas en relación con las eventualidades en las que se ha ordenado el reconocimiento de prestaciones que se encuentran fuera del POS y que deben ser suministradas

⁶⁶ Sentencias T-645 de 1996, T-209 de 1999, T-1237 de 2001 y T-089 de 2003, entre otras.

⁶⁷ Sentencia T-067 de 1994.

⁶⁸ En la sentencia T-089 de 2003 la Corte afirmó: “(d)e ahí que no resulte acertado, en principio, como lo hizo la entidad demandada, pensar o sugerir, que nada puede o debe hacerse por pacientes que presentan afecciones permanentes, degenerativas o terminales, pues a ellos asisten los mismos derechos que a cualquier otro enfermo”.

⁶⁹ La Corte Constitucional ha construido líneas jurisprudenciales en torno a ciertos casos de conexidad del derecho a la salud con el derecho a la vida. Cuando el caso no corresponde a una línea jurisprudencial específica, la Corporación ha aplicado los criterios que se han analizado en relación con calidad de vida, dolor y curación.

con el objeto de salvaguardar el orden constitucional⁷⁰. En esta medida, se estudia la jurisprudencia sobre graves trastornos psicológicos (a), cirugías estéticas (b), prótesis mamarias (c), suministro de Viagra (d), hormona del crecimiento (e) y ceguera (f).

1.5.4.1. Los graves trastornos psicológicos que impiden continuar una vida normal, comprometen la vida digna de la persona. Por ello, la atención médica necesaria para el restablecimiento de problemas graves de salud mental forma parte del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida

Una beneficiaria del Seguro Social sufría de una depresión mayor recurrente que le producía estados psicológicos preocupantes y, además, la había llevado a cometer dos intentos de suicidio. El único medicamento efectivo para tratar la enfermedad era la Fluvoxamina, medicamento no contemplada por el POS. A través de la acción de tutela, la enferma solicitó el suministro del medicamento. La Corte Constitucional estimó que el derecho a la salud no sólo se refiere a la integridad física de las personas sino que comprende, además, su estabilidad y recuperación mental. Por tanto, en casos de problemas mentales de gravedad que afecten la dignidad de la persona, el derecho a la salud se convierte en un derecho fundamental que debe ser protegido por medio de la acción de tutela. En cuanto la Fluvoxamina era el único medicamento que garantizaba la recuperación de la paciente, debía ser suministrado pese a encontrarse incluido en el listado del POS. La Corte anotó que la EPS puede repetir contra el Fosyga para recuperar el dinero invertido en el medicamento⁷¹.

381

CAPÍTULO 4

⁷⁰ A lo largo del texto, se han analizado algunas líneas jurisprudenciales sobre casos especiales donde se ordena el suministro de prestaciones que no se encuentran incluidas en el POS pero que, en los casos concretos, son exigibles en razón de la conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna. Sin embargo, la exposición de tales precedentes se ha efectuado en el marco de la especial protección constitucional que requieren algunos sujetos vulnerables. Véase al respecto el análisis del suministro de pañales para adultos mayores que padecen de incontinencia total (supra Capítulo III, 2.3.1), dispositivos auditivos para adultos mayores (supra Capítulo III, 2.3.2), atención médica cualificada y preferente para personas en situación de discapacidad con pronóstico no favorable de curación (supra Capítulo II, 2.1.1).

⁷¹ Sentencia T-409 de 2000.

1.5.4.2. Las cirugías estéticas, por no estar incluidas en el POS, no son exigibles por vía de tutela. Sin embargo, las intervenciones estéticas que tienden a poner fin a dolores corporales y restablecer la integridad física, pueden ser exigidas por vía de la acción de tutela en razón de la conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna

Una mujer sufría fuertes dolores dorsales y lumbares debido a una severa hiperplasia mamaria bilateral. A pesar de haber sido tratada con fisioterapia, no mostraba resultados favorables. Por ello, solicitó a su EPS la práctica de una mamoplastia reductora, considerada por los médicos como la única solución a su problema. Sin embargo, la entidad se negó a practicar dicha cirugía porque no se encontraba incluida en el POS, toda vez que era considerada como un procedimiento estético. La paciente interpuso entonces una acción de tutela. Al revisar el fallo de instancia, la Corte Constitucional afirmó que era razonable excluir los tratamientos cosméticos o estéticos del POS, habida cuenta de la escasez de recursos destinados a la salud⁷². Sin embargo, cuando un tratamiento no tiende al mejoramiento de la figura personal, sino a paliar o poner fin a graves dolores que ocasiona una imperfección física, la situación es distinta. Según la Corte:

“(…) en cada caso particular deberá establecerse por las entidades encargadas de prestar los correspondientes servicios y por el juez constitucional -cuando el asunto es llevado ante su estrado- si la intervención quirúrgica que requiere el afiliado o beneficiario tiene realmente el carácter estético o cosmético, o si,

⁷² En este punto, la Corte reiteró su doctrina establecida en la sentencia T-449 de 1997, en la cual negó una solicitud de cirugía de carácter estético. En palabras de la Corte, “(T)anto la intervención quirúrgica que requiere el accionante en el tabique, como aquellas para ocultar las cicatrices que le quedaron en su cuerpo como consecuencia del accidente de tránsito, no tienen una directa y real evidencia de poner en peligro su vida y subsistencia. La necesidad de dichas cirugías se encuentra dentro del ámbito meramente prestacional del derecho a la salud, porque ellas no son necesarias para asegurar el derecho a la vida del actor, ni su negativa a ordenarlas afecta el núcleo esencial del derecho a la salud”. Así mismo, en la Sentencia T-757 de 1998 la Corte negó una tutela interpuesta por una señora que presentaba un nódulo quístico en la ceja derecha, el cual era de crecimiento lento y no producía trastornos en la visión, pero alteraba las proporciones del rostro. La decisión tuvo como fundamento las características específicas que presentaba la afección que padecía la actora. En efecto, la dolencia no necesitaba ser tratada de manera urgente, toda vez que no comprometía su vida o su integridad personal, no implicaba ninguna limitación funcional y no había adquirido una magnitud que afectara su dignidad como persona. Sin embargo, la Corporación aclaró que la tutela podía llegar a ser procedente en caso de que el lipoma afectara de manera funcional la visión u otro órgano vital o adquiriese una entidad y volumen tales que afectaran la dignidad humana.

por el contrario, a pesar de su apariencia, guarda relación con un imperativo de salud considerado sustancialmente, pues habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales⁷³.

En cuanto el dolor debe ser evitado por los medios con los que cuentan las entidades de salud, en el caso bajo estudio procedía ordenar la operación correctora a fin de proteger el derecho a la vida digna, a la integridad personal y a la salud de la actora. Además, la Corte consideró que la intervención cumplía un papel preventivo frente a posibles daños en la columna vertebral de la paciente que podían llegar a ser irreversibles. Aunque en estricto sentido la cirugía ordenada era estética, ella contribuía directamente a la funcionalidad del paciente⁷⁴. Esta regla es igualmente aplicable cuando no es la funcionalidad la que está en juego sino la estabilidad psicológica de la demandante (como ocurre en los casos de suministro de prótesis mamarias que se analiza en el siguiente acápite).

De otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que es pertinente la utilización de la acción de tutela a fin de lograr la recuperación del equilibrio emocional, psicológico y mental alterado por una afección física. En efecto, el amparo debe proteger el derecho a la salud en conexidad con los derechos fundamentales a la integridad personal y a una vida en condiciones dignas⁷⁵.

⁷³ Sentencia T-119 de 2000. En el mismo sentido, veáanse las sentencias T-102 de 1998, T-471 de 2000, T-476 de 2000, T-1251 de 2000, T-070 de 2001, T-389 de 2001, T-461 de 2001, T-577 de 2001, T-935 de 2001 y T-1274 de 2001. En la sentencia T-749 de 2001, la Corte estimó que la cirugía en los senos era de carácter estético, y por tal razón, no era procedente la acción de tutela.

⁷⁴ Esta regla fue reiterada en la sentencia T-576 de 2003 (caso de una persona a quien se le habían extraído unas piezas dentales y necesitaba su reposición para masticar adecuadamente. A pesar de que la EPS negaba la intervención odontológica argumentando que se trataba de una cirugía estética, la Corte Constitucional precisó que la prestación solicitada estaba dirigida a superar una limitación funcional que comprometía de manera grave la integridad del actor).

⁷⁵ En la sentencia T-722 de 2001, se protegió el derecho a la salud, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana de un joven que padecía un acné maduro quístico que afectaba seriamente su rostro. Esta situación le generaba depresión secundaria y dificultades para su vida social, en cuanto se avergonzaba de su condición. La Corte ordenó el suministro de un medicamento para el acné que el demandante acreditó no poder pagar.

Ahora bien, en la medida en que las EPS están eximidas de autorizar la práctica de cirugías estéticas, tampoco están obligadas a autorizar las intervenciones quirúrgicas y procedimientos médicos derivados de las complicaciones provenientes de cirugías de orden estético, suntuario y cosmético⁷⁶. Lo anterior, claro está, si no hay compromiso del derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida y a la integridad física.

1.5.4.3. El suministro de prótesis mamarias es exigible cuando permite el restablecimiento de la integridad física, moral y psíquica en que se funda una vida digna

Una señora interpuso acción de tutela contra su EPS para que esta le fuera practicado un implante de prótesis mamarias recomendado por los médicos adscritos a la entidad. La actora había sido objeto de una resección total de ambos senos como tratamiento de una enfermedad fibroquística. Sin embargo, el implante le era negado por encontrarse excluido del POS. La demandante adujo que su integridad física y psíquica resultaba afectada, toda vez que presentaba problemas graves de autoestima, depresiones y deterioro de su relación de pareja. La Corte Constitucional amparó los derechos a la dignidad, a la integridad física y a la salud de la actora, con el argumento de que las disposiciones legales que excluyen tratamientos del POS deben ser inaplicadas cuando de éstos depende el restablecimiento y la protección de la dignidad de las personas. En efecto, todo procedimiento que permita la recomposición del equilibrio emocional o que mitigue graves afecciones emocionales de una persona, debe ser practicado por las EPS, así no se encuentre contemplado en el POS⁷⁷.

⁷⁶ Sentencia T-676 de 2002. En este fallo se analizó el caso de una mujer que se sometió a una cirugía estética de aumento de senos, lipectomía abdominal y lipoinyección glútea. Después de efectuada la intervención, se presentaron complicaciones que generaron la amputación de una de sus piernas y de dos dedos y que pusieron en peligro su sistema respiratorio y sus riñones. La mujer necesitaba de tratamientos de hemodiálisis, de recuperación vascular y la atención médica integral correspondiente. La EPS demandada negó la autorización de los tratamientos requeridos, con el argumento de que los mismos eran consecuencia de una cirugía estética, y, por tanto, se encontraban fuera del POS. La Corte negó la tutela y ratificó el argumento de la EPS, toda vez que no encontró que el derecho a la salud resultara afectado en conexidad con el derecho a la vida. Además, no se acreditó la incapacidad económica de la demandante para asumir el tratamiento.

⁷⁷ Sentencia T-572 de 1999. El suministro de prótesis mamarias y las correspondientes intervenciones quirúrgicas también fue ordenado en la sentencia T-566 de 2001, en la cual la Corte analizó el caso de una adolescente de 16 años a quien no le crecía uno de sus senos. Pese a que el Síndrome de Poland que padecía la menor no comprometía aspectos funcionales de su salud, se concedió la tutela en cuanto la carencia del seno derecho implicaba un grave perjuicio psicológico. El derecho a la salud adquiriría

1.5.4.4. El derecho a llevar una vida sexual normal y a no sufrir afecciones psicológicas que perturben la dignidad, determina la necesidad de suministrar Viagra a las personas que padecen enfermedades que generan disfunción eréctil

A un señor de 43 años le fue diagnosticada una neuropatía diabética que le produjo trastorno de la potencia sexual y disfunción eréctil. Para paliar este problema, le fueron recetadas diez pastillas de Viagra que la EPS correspondiente se negó a suministrar por cuanto este medicamento se encuentra fuera del POS. El afectado interpuso una acción de tutela contra la entidad, puesto que la negativa de proveer el Viagra afectaba su derecho a la salud y le producía trastornos psicológicos. La Corte Constitucional advirtió que el derecho a la vida no se reduce a la mera existencia biológica, en cuanto expresa una relación necesaria con el desarrollo digno de todas las facultades inherentes al ser humano. Por ello, el derecho a llevar una vida sexual normal forma parte del derecho fundamental a la vida. Según la Corte, la enfermedad del actor, además de ser una afección psicológica, constituía un impedimento a su vida de pareja en tanto aspecto esencial del concepto de vida digna. Además, se obstaculizaba el ejercicio de otros derechos fundamentales, como el de formar libremente una familia y el derecho de la pareja a decidir sobre la procreación de los hijos. En consecuencia, la Corte amparó el derecho del actor ordenando a la EPS suministrar el medicamento con la posibilidad de repetir contra el Fosyga⁷⁸.

1.5.4.5. La acción de tutela es procedente para exigir el suministro de la hormona del crecimiento cuando la estatura de un menor es inferior a la del promedio de la población y ello incide patológicamente en su desarrollo físico y afecta su autoestima y dignidad

Una menor de edad, afectada por el Síndrome de Rubenstein y beneficiaria del régimen subsidiado de salud, requería del suministro de hormonas para su normal

entonces conexidad con el derecho a la integridad y el derecho a una vida digna, puesto que, como lo destacó la Corporación, “al carecer la menor de su seno derecho, la sensación de incompletud corpórea limita la posibilidad de interacción social -ella puede verse cohibida de relacionarse con sus pares y mayores por el miedo al rechazo o por el real rechazo que se tiende a tener frente a una persona diferente en rasgos tan esenciales de la feminidad- y sobre todo, puede ser un obstáculo para su presente y futuro desarrollo de la sexualidad”.

⁷⁸ Sentencia T-926 de 1999.

crecimiento. La Secretaría de Salud encargada, le negó el suministro de los medicamentos respectivos porque eran muy costosos y no estaban incluidos en la lista del POS. Esta circunstancia comprometería el desarrollo psicoafectivo normal de la menor, razón por la cual se interpuso una acción de tutela donde se solicitó la provisión de la droga. La Corte Constitucional concedió la tutela y consideró que el derecho a la salud de los niños y las niñas es un derecho fundamental, motivo por el cual es exigible toda la atención necesaria para garantizar el desarrollo físico e intelectual que asegure una existencia digna a los menores. El derecho a la salud es fundamental en los casos donde corre riesgo el desarrollo normal tanto físico como anímico de un niño. Para la Corte, la falta del medicamento prescrito implicaría una afectación del desarrollo anímico de la menor al sentirse en condiciones de inferioridad respecto de sus compañeros⁷⁹.

En estos casos⁸⁰, la tutela ha sido concedida porque la ausencia del tratamiento hormonal hace imposible un desarrollo físico que se aproxime a los parámetros normales. Con todo, la Corte ha considerado que la acción de tutela sólo es procedente cuando las dificultades de crecimiento generan problemas distintos a que el menor presente una estatura inferior a la del promedio de la población⁸¹.

⁷⁹ Sentencia T-442 de 2000. La línea jurisprudencial en torno a este tema se inicia con la sentencia T-666 de 1997.

⁸⁰ Sentencias T-414 de 2001, T-421 de 2001, T-970 de 2001, T-1188 de 2001 y T-244 de 2003. En la sentencia T-087 de 2003, se negó el suministro de la hormona de crecimiento porque, en concepto del médico tratante, pese a que la menor presentaba una talla baja, su estatura se encontraba dentro del promedio normal (baja-normal), sin que mediara una situación patológica subyacente. De otro lado, la condición de la niña no conducía a una situación de inferioridad o debilidad frente a los demás y no se demostró la incapacidad de asumir el costo del tratamiento.

⁸¹ Sentencia T-970 de 2001. Según la Corte: "En algunos casos el retraso en el crecimiento puede acarrear otro tipo de consecuencias en la salud del niño, lo cual hace indispensable el tratamiento hormonal. Sin embargo, puede darse el caso en que no exista una relación entre el retraso en el desarrollo físico y otros problemas de salud, reduciéndose la situación a que la persona, una vez concluido su desarrollo físico, tenga una estatura inferior al del promedio de la población. (...) No obstante lo anterior, en la historia clínica del menor afectado se indicó que además del problema de baja estatura, presentaba de manera crónica problemas de salud relacionados con rinitis alérgica y desnutrición. Adicionalmente, en la historia clínica se descarta una causa hereditaria o generacional relacionada con la baja estatura al comprobarse la inexistencia de casos similares en los padres o familiares, concluyendo que el déficit hormonal y, por ende, la baja estatura del menor es una patología, es decir, no es normal. Es suficiente esta exposición para revocar la decisión de segunda instancia y en su lugar tutelar los derechos fundamentales a la salud y la seguridad social del niño".

1.5.4.6. La negación de prestaciones o la negligencia en relación con gestiones destinadas a la atención de problemas graves de la visión (cataratas, desprendimiento de retina o ceguera) afectan la vida digna de las personas

Una mujer de 74 años que padecía de glaucoma y cataratas, requería de una cirugía urgente. Sin embargo, la EPS a la que se encontraba afiliada negó la prestación y solicitó a la señora que acudiera a la red pública hospitalaria, motivo por el cual ésta interpuso una acción de tutela para solicitar que se ordenara la intervención. En el fallo respectivo, la Corte Constitucional⁸² retomó dos de los criterios conforme a los cuales ha resuelto solicitudes de amparo relacionadas con problemas de la visión. En primer lugar, destacó:

“Las afecciones que menoscaban la visión de una persona, reducen y limitan su calidad de vida ya que le impiden al individuo usar adecuadamente uno de los sentidos de los que ha sido dotado para conocer el mundo exterior. En esta medida, la intervención del juez constitucional se hace necesaria para restaurar a la persona en su dignidad, ordenándole a la entidad que sea del caso, autorizar o practicar la cirugía”⁸³.

En este sentido, la Corte ha considerado que los problemas graves de la visión dificultan ostensiblemente el desempeño de un individuo en la sociedad. Por ello, si este

⁸² Sentencia T-827 de 2002.

⁸³ Sentencia T-1081 de 2001, reiterada en las sentencias T-1096 de 2002 y T-1114 de 2002. La línea jurisprudencial sobre el suministro de cirugías de cataratas y otros problemas graves de la visión, se inicia con la sentencia T-260 de 1998 (caso de un pensionado de escasos recursos a quién no se le había practicado una cirugía de cataratas ordenada por el médico tratante, con el argumento de que debía pagar parte de los gastos que ella implicaba). Lo anterior fue reiterado en las sentencias T-472 de 1999, T-860 de 1999, T-121 de 2000 y T-827 de 2002. En la sentencia T-448 de 2002, la Corte señaló que “(s)i bien es cierto, en el presente caso la enfermedad que padece el actor no pone en peligro su vida, no lo es menos que sus condiciones de vivirla dignamente se reducirían en gran medida con la pérdida de la visión por un ojo”. Cabe anotar que en la sentencia T-474 de 2002 se analizó el caso de un paciente con cataratas a quien se le había practicado una intervención quirúrgica en sus ojos, la cual no tuvo éxito porque no fueron detectadas previamente una serie de complicaciones. Posteriormente, al paciente le fue suspendido el tratamiento. La Corte Constitucional salvaguardó el derecho a la continuidad en la atención médica y ordenó la práctica de todos los procedimientos que fueran ordenados por el médico tratante. Finalmente, en la sentencia T-1114 de 2002 se ordenó una terapia fotodinámica como tratamiento para el sangrado permanente que sufría un paciente debido al derrame que sufrió en un ojo. Las tres cauterizaciones que necesitaba el actor costaban 15 millones de pesos y éste no contaba con los recursos correspondientes.

tipo de afecciones son tratables, la omisión de prestar una adecuada atención sanitaria desconoce el derecho a una vida en condiciones dignas⁸⁴. En segundo lugar, la Corte ordenó que la EPS o ARS correspondiente adelantara la coordinación necesaria con la Secretaría de Salud Pública Departamental a fin de que la cirugía se realizara en un plazo muy breve (no mayor a 10 días)⁸⁵.

De otro lado, el alto tribunal ha considerado que, aún en casos donde no es posible recuperar la visión, es obligatorio el suministro de las intervenciones quirúrgicas necesarias para prevenir perjuicios mayores en la salud del paciente⁸⁶. Además, la acción de tutela también es procedente cuando la negativa de una EPS de suministrar lentes para gafas compromete la existencia en condiciones dignas⁸⁷.

⁸⁴ Sentencia T-860 de 1999. La Corte, al acoger un concepto pericial, estimó que “los pacientes con cataratas y pérdida de visión unilateral tienen afectados sus campos visuales y pueden ser más propensos a sufrir caídas y/o accidentes de tránsito, lo cual puede poner en serio riesgo su vida”. Por ello, ordenó la programación de la cirugía de cataratas, el cubrimiento del costo del lente intraocular y de los medicamentos que se requirieran durante la cirugía. En la sentencia T-121 de 2000, la Corte señaló expresamente que “las condiciones de vida digna de la paciente se ven afectadas si uno de sus sentidos -el de la vista- se encuentra totalmente bloqueado por falta de una cirugía”.

⁸⁵ Este criterio jurisprudencial se inicia en la sentencia T-822 de 2001. En ella, la Corte no le ordena a la entidad demandada la realización de la operación. La orden se concentra en (i) el suministro de información al paciente y (ii) el desarrollo de la gestión necesaria para efectuar la intervención quirúrgica. Lo anterior ha sido reiterado en las sentencias T-448 de 2002, T-827 de 2002 y T-1096 de 2002.

⁸⁶ Sentencia T-416 de 2001. En este caso, había transcurrido un largo lapso de tiempo desde el desprendimiento de retina que impedía recuperar la visión. Sin embargo, una pronta intervención quirúrgica evitaría el surgimiento de graves infecciones y molestias. Para la Corte Constitucional, la intervención permitiría un desarrollo de la vida en condiciones de dignidad y, por ello, era conducente ordenar el procedimiento.

⁸⁷ Sentencia T-645 de 1998 (caso de un adulto mayor a quien le era negada sistemáticamente la entrega de lentes para sus gafas, con el argumento de que las disposiciones legales ordenaban que, en el caso de los adultos, los lentes se deben suministrar cada cinco años). La Corte consideró que el derecho a la vida en condiciones dignas resulta vulnerado por la prolongación de dolencias físicas, la generación de nuevos malestares y el mantenimiento de una enfermedad que puede ser mejorada. Por ello, se inaplicó la normatividad respectiva y se ordenó el suministro de los lentes en un lapso no mayor a 48 horas.

2. Sujetos de Especial Protección Constitucional y Derecho a la Calidad de la Salud

Como ha sido evidenciado, la calidad de la atención médica es un derecho exigible por todo paciente. Sin embargo, la calidad de la atención es un aspecto del derecho a la salud frente al cual ciertos grupos vulnerables pueden encontrarse en particulares circunstancias de indefensión. En efecto, la precariedad de la alimentación y las circunstancias insalubres de reclusión impiden un goce efectivo del derecho a la salud por parte de las personas internas en establecimientos carcelarios. Dichas circunstancias también impiden un tratamiento digno de las personas con discapacidad internadas en instituciones de beneficencia. Así mismo, la calidad de la rehabilitación de las personas con discapacidad compromete a las diversas entidades del sistema con el suministro de una serie de elementos independientemente de que éstos estén incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. En relación con estos sujetos de especial protección, la calidad de la atención incluye entonces la realización de todos los programas y actividades destinados a la rehabilitación. Bajo estos supuestos, a continuación se analizan la relación entre la calidad de la salud y las condiciones de reclusión de las personas privadas de la libertad y el derecho a la rehabilitación de las personas en situación de discapacidad.

389

CAPÍTULO 4

2.1. CALIDAD DE LA SALUD Y CONDICIONES DE RECLUSIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

Si la salud es entendida no sólo como estar libre de enfermedades sino como un completo estado de bienestar, ella implica, necesariamente, una serie de factores que la hacen posible (alimentación, vivienda saludable, agua potable, etc). Por ello, es claro que la existencia de condiciones ambientales de extrema insalubridad hacen nugatoria la calidad de la salud. En este sentido, las personas privadas de la libertad tienen derecho a contar con establecimientos de reclusión que dispongan de los factores determinantes de la salud.

Al respecto, en su Observación General 21 sobre el Trato Humano de las Personas Privadas de su Libertad⁸⁸, el Comité de Derechos Humanos indica que los reclusos no

⁸⁸ 44º período de sesiones, abril 10 de 1992. Esta observación analiza el artículo 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

deben ser sometidos a penurias o a restricciones que no resulten de la privación de la libertad. Por su parte, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos⁸⁹ se refieren a la calidad de la salud de las personas privadas de la libertad en los siguientes términos:

“25. 1) El médico estará encargado de velar por la salud física y mental de los reclusos. Deberá visitar diariamente a todos los reclusos enfermos, a todos los que se quejen de estar enfermos y a todos aquellos sobre los cuales se llame su atención.

2) El médico presentará un informe al director cada vez que estime que la salud física o mental de un recluso haya sido o pueda ser afectada por la prolongación, o por una modalidad cualquiera de la reclusión.

26. 1) El médico hará inspecciones regulares y asesorará al director respecto a:

- a) La cantidad, calidad, preparación y distribución de los alimentos;
- b) La higiene y el aseo de los establecimientos y de los reclusos;
- c) Las condiciones sanitarias, la calefacción, el alumbrado y la ventilación del establecimiento;
- d) La calidad y el aseo de las ropas y de la cama de los reclusos;
- e) La observancia de las reglas relativas a la educación física y deportiva cuando ésta sea organizada por un personal no especializado.

2) El Director deberá tener en cuenta los informes y consejos del médico según se dispone en las reglas 25 (2) y 26, y, en caso de conformidad, tomar inmediatamente las medidas necesarias para que se sigan dichas recomendaciones. Cuando no esté conforme o la materia no sea de su competencia, transmitirá inmediatamente a la autoridad superior el informe médico y sus propias observaciones”.

⁸⁹ Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 15 sobre el Derecho al Agua, destaca que los Estados deben velar porque “los presos y detenidos tengan agua suficiente y salubre para atender a sus necesidades individuales y cotidianas”⁹⁰.

Las condiciones de encarcelamiento pueden tener un efecto perjudicial sobre la salud física y mental de los reclusos. Por ello, el Estado, además de garantizar la atención médica, también debe ofrecer condiciones que promuevan el bienestar tanto de los reclusos como de los funcionarios de los centros de reclusión. A continuación se analiza la jurisprudencia constitucional más relevante acerca del derecho a condiciones de reclusión dignas y se precisa su relación con los factores determinantes del derecho a la salud.

2.1.1. El derecho a la salud de los reclusos resulta vulnerado por las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias de los establecimientos de reclusión, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios. Tanto el hacinamiento como un ambiente malsano en las cárceles, desvirtúan por completo los fines del tratamiento penitenciario

Una persona privada de la libertad interpuso una acción de tutela por la violación de sus derechos a la igualdad y a la dignidad humana. Afirmó encontrarse detenido en condiciones infrahumanas, toda vez que debía dormir en el suelo del baño o en los pasillos de la cárcel. Además, como consecuencia de su situación, había sido víctima de enfermedades infectocontagiosas que debía soportar sin la necesaria atención médica, como quiera que la cárcel no contaba con un servicio de salud eficiente.

La Corte Constitucional concedió la tutela y ordenó que, en el término de 48 horas, proporcionara al actor un sitio adecuado y digno para su descanso. Además, se ordenó el suministro de los cuidados asistenciales y los medicamentos que requiriera para el mantenimiento de su salud⁹¹. La Corte consideró que el trato digno que deben recibir

⁹⁰ Naciones Unidas. Documento E/C.12/2002/11 del 20 de enero de 2003, párr. 16, literal g.

⁹¹ Sentencia T-256 de 2000.

las personas privadas de la libertad, exige que los establecimientos carcelarios reúnan condiciones mínimas de higiene, salubridad y comodidad⁹².

De otra parte, la Corte reiteró su doctrina sobre el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas⁹³. Entre los supuestos que determinaron la declaratoria de dicho estado, figura la constatación de que una gran cantidad de presos duermen sobre el suelo, que los lugares destinados a actividades comunes y los propios baños se convierten en dormitorios y que se presentan innumerables casos de reclusos enfermos que requieren tratamiento hospitalario, pero no pueden ser trasladados a los centros médicos por carencia de personal de guardia. La Corte manifestó que las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Por ello, la Corporación insistió en que la labor de resocialización no consiste en imponer determinados valores a los reclusos, sino en brindarles los medios para que, en uso de su autodeterminación, establezcan el camino de su reinserción al conglomerado social.

La Corte también ha precisado que **el cuidado de la salud** en los campos médico, quirúrgico y asistencial a cargo de los establecimientos carcelarios **debe ser oportuno**; es decir, no puede ser tardío respecto a la evolución de la enfermedad que padece un recluso⁹⁴. En este sentido, **aún en los casos en que la patología admita espera, si el interno sufre dolores intensos, razones de índole humanitaria determinan que la atención médica o farmacéutica se brinde con carácter inmediato**. Por este mo-

⁹² Esta garantía tiene un carácter reforzado en el caso de reclusos enfermos con VIH/SIDA. Al respecto, la sentencia T-502 de 1994 concedió la tutela interpuesta por un recluso afectado por dicha enfermedad quien denunciaba los riesgos que corría en razón de la humedad del pabellón donde residía. La Corte Constitucional reconoció que esta situación podía poner en riesgo la vida del interno debido a sus problemas de defensas. Se ordenó entonces que, en el plazo de tres meses, se realizaran las obras de adecuación que fueran necesarias.

⁹³ Sentencia T-153 de 1998. En este fallo, la Corte ordenó al INPEC, al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Departamento Nacional de Planeación la elaboración, en un término de tres meses, de un plan de construcción y refacción carcelaria tendente a garantizar a los reclusos condiciones de vida dignas.

⁹⁴ Sentencia T-535 de 1998 (caso de un recluso con parálisis facial que consideraba amenazados sus derechos a la vida y a la salud debido a la negligencia en la atención médica y a un ambiente malsano producto del hacinamiento, del racionamiento de agua, de la carencia suficiente de inodoros y de la ausencia de lugares aptos para el descanso. La Corte Constitucional ordenó que, en el término de cuarenta y ocho horas, el interno recibiera la atención médica necesaria para su problema facial).

tivo, la demora en la prestación de los servicios sanitarios a los internos constituye una modalidad de tortura. Adicionalmente, la Corporación ha precisado que las denominadas celdas de aislamiento deben ser objeto de las adecuaciones físicas necesarias para humanizar la estadía de quienes deban ser reclusos en las mismas. En particular, estas celdas deben ofrecer condiciones higiénico-sanitarias mínimas de ventilación y luminosidad⁹⁵.

2.1.2. Las personas privadas de la libertad tienen el derecho fundamental a recibir una alimentación que responda, en cantidad y calidad, a prescripciones dietéticas y de higiene que garanticen, como mínimo sus necesidades básicas de nutrición. El hambre es una forma de tortura que debe ser proscrita de las cárceles

Un interno interpuso una acción de tutela porque las raciones alimentarias que le suministraba la cárcel en la que estaba recluso habían disminuido en cantidad y calidad. La Corte Constitucional concedió la tutela y ordenó que se restableciera el suministro de una alimentación adecuada para los internos. Además, precisó que el hambre constituye forma de tortura que debe ser proscrita de las cárceles⁹⁶. En efecto, el hambre, que supone necesariamente sufrimiento y ostensible daño a la integridad personal de quien la padece, constituye un trato cruel e inhumano y, por tanto, una pena adicional no contemplada en la ley⁹⁷.

⁹⁵ Sentencia T-265 de 1999 (caso de unos internos que habían sido “aislados” en lugares de una cárcel donde tenían que convivir con moscas, roedores y en medio de sus propios excrementos). Este fallo fue reiterado en la sentencia T-588 de 1999.

⁹⁶ Sentencia T-718 de 1999.

⁹⁷ Sobre este punto, véase también la sentencia T-714 de 1996 (caso de unos reclusos que interpusieron acciones de tutela en contra del economo del centro penitenciario donde estaban reclusos, por considerar que ese funcionario vulneró sus derechos fundamentales al suministrarles comida desbalanceada, cruda y antihigiénica). En este fallo, la Corte Constitucional precisó que las personas reclusas en establecimientos carcelarios o penitenciarios tienen el derecho fundamental a recibir una alimentación que responda, en cantidad y calidad, a prescripciones dietéticas o de higiene que garanticen, como mínimo, sus necesidades básicas de nutrición. Por ello, el racionamiento alimentario, la provisión de comida no apta para el consumo humano (descompuesta o antihigiénica) o la alimentación evidentemente desbalanceada constituyen un tratamiento indigno o inhumano que compromete el mínimo vital del recluso. Según la Corte, “este tipo de castigo suplementario -fruto de una conducta voluntaria o negligente- resulta absolutamente reprochable desde la perspectiva de un Estado social y democrático de derecho que no persigue el sufrimiento innecesario del recluso como venganza por el daño causado a la sociedad o como mecanismo para purgar su culpa, sino su total rehabilitación para que pueda administrar adecuadamente su libertad cuando regrese a la vida comunitaria”.

De otro lado, la Corte reiteró que el Estado tiene la obligación de brindar a los internos una alimentación suficiente y adecuada. Cuando se incumple este deber, se desconocen los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la integridad personal de los reclusos⁹⁸. El deber de alimentar adecuadamente a las personas privadas de la libertad recae en las autoridades municipales, quienes deben apropiar los recursos necesarios para atender adecuadamente la manutención de los internos⁹⁹. Para la Corte, este deber no exige el suministro de comidas suntuarias o excesivamente costosas, pero sí el de una alimentación adecuada para satisfacer las necesidades nutricionales de cualquier persona, sin detrimento de su dignidad¹⁰⁰.

2.2. DERECHO A LA REHABILITACIÓN MÁXIMA POSIBLE DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad¹⁰¹, señalan que la atención médica y la rehabilitación son requisitos esenciales para alcanzar la igualdad de participación de las personas en situación de discapacidad. Por ello, los Estados deben comprometerse con la prestación de servicios de

⁹⁸ Cabe anotar que, en la sentencia T-714 de 1996, la Corte precisó que la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para controvertir una acción u omisión que comprometa el mínimo vital de las personas reclusas a través, por ejemplo, de un racionamiento drástico de comida o de la provisión de alimentos descompuestos, contaminados o antihigiénicos. En los casos en que resulta comprometido el componente no fundamental del derecho a la alimentación de los reclusos (a través, por ejemplo, del cambio de un alimento por otro que no tiene similares condiciones, la disminución de pequeñas cantidades de comida o aspectos accesorios relacionados con la forma de presentación), las acciones legales procedentes son las penales, civiles, disciplinarias y contenciosas establecidas para la defensa de los intereses del recluso y, en general, para impugnar las actuaciones u omisiones ilegales de la administración.

⁹⁹ Entre otros argumentos, la Corte destacó que el artículo 68 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) establece que los alimentos deben tener una calidad y cantidad que aseguren la suficiente y balanceada nutrición de los reclusos. Además, el artículo 17 del mismo Código señala que los presupuestos municipales deberán contemplar las partidas necesarias para hacer efectiva la alimentación de los internos.

¹⁰⁰ Sentencia T-208 de 1999 (acción de tutela interpuesta por un recluso porque recibía alimentación de pésima calidad, cantidad ínfima y, en ocasiones, descompuesta). La Corte Constitucional advirtió que la administración tiene el deber de velar por que la alimentación que reciben los reclusos sea suministrada sin interrupción. Además, ésta debe cumplir con requerimientos higiénico-sanitarios mínimos que garanticen una correcta nutrición.

¹⁰¹ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su cuadragésimo octavo período de sesiones, mediante Resolución 48/96, del 20 de diciembre de 1993. Documento A/RES/48/96, de 4/3/94.

salud de alta calidad a este grupo poblacional. La idoneidad de la atención médica es el factor más importante en relación con el derecho a la salud de las personas con discapacidad. Los siguientes artículos de las Normas Uniformes precisan el contenido de la atención médica de calidad que deben recibir los discapacitados:

“Artículo 2. Atención médica. Los Estados deben asegurar la prestación médica eficaz a las personas con discapacidad.

1. Los Estados deben esforzarse en proporcionar programas dirigidos por equipos multidisciplinarios de profesionales para la detección precoz, la evaluación y el tratamiento de las deficiencias. En esa forma se podría prevenir, reducir o eliminar sus efectos perjudiciales. Esos programas deben asegurar la plena participación de la personas con discapacidad y de sus familias en el plano individual y de las organizaciones de personas con discapacidad a nivel de la planificación y evaluación.

2. Debe capacitarse a los trabajadores comunitarios locales para que participen en esferas tales como la detección precoz de las deficiencias, la prestación de asistencia primaria y el envío a los servicios apropiados.

3. Los Estados deben velar porque las personas con discapacidad, en particular lactantes y niños, reciban atención médica de igual calidad y dentro del mismo sistema que los demás miembros de la sociedad.

4. Los Estados deben velar porque todo el personal médico y paramédico esté debidamente capacitado y equipado para prestar asistencia médica a las personas con discapacidad y tenga acceso a tecnologías y métodos de tratamiento pertinentes.

5. Los Estados deben velar porque el personal médico, paramédico y personal conexo sea debidamente capacitado para que pueda prestar asesoramiento apropiado a los padres a fin de no limitar las opciones de que disponen sus hijos. Esa capacitación debe ser un proceso permanente y basarse en la información más reciente de que se disponga.

6. Los Estados deben velar porque las personas con discapacidad reciban regularmente el tratamiento y los medicamentos que necesiten para mantener o aumentar su capacidad funcional.

Artículo 3. Rehabilitación. Los Estados deben asegurar la prestación de servicios de rehabilitación para las personas con discapacidad a fin de que logren alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad.

1. Los Estados deben elaborar programas nacionales de rehabilitación para todos los grupos de personas con discapacidad. Esos programas deben basarse en las necesidades reales de esas personas y en los principios de plena participación e igualdad.

2. Esos programas deben incluir una amplia gama de actividades, como la capacitación básica destinada a mejorar el ejercicio de una función afectada a compensar dicha función, el asesoramiento a las personas con discapacidad y a sus familias, el fomento de la autonomía y la prestación de servicios ocasionales como evaluación y orientación.

3. Deben tener acceso a la rehabilitación todas las personas que la requieran, incluidas las personas con discapacidades graves o múltiples.

4. Las personas con discapacidad y sus familias deben estar en condiciones de participar en la concepción y organización de los servicios de rehabilitación que les conciernan.

5. Los servicios de rehabilitación deben establecerse en la comunidad local en la que viva la persona con discapacidad. Sin embargo, en algunos casos, pueden organizarse cursos especiales de rehabilitación a domicilio, de duración limitada, si se estima que esa es la forma más apropiada para alcanzar una determinada meta de capacitación.

6. Debe alentarse a las personas con discapacidad y a sus familias a participar directamente en la rehabilitación, por ejemplo, como profesores experimentados, instructores o asesores.

7. Los Estados deben valerse de la experiencia adquirida por las organizaciones de las personas con discapacidad cuando formulen o evalúen programas de rehabilitación”.

Por su parte, la Declaración de los Derechos de los Impedidos¹⁰² señala sobre este tema lo siguiente:

“6. El impedido tiene derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, incluidos los aparatos de prótesis y ortopedia; a la readaptación médica y social; a la educación; la formación y a la readaptación profesionales; las ayudas, consejos, servicios de colocación y otros servicios que aseguren el aprovechamiento máximo de sus facultades y aptitudes y aceleren el proceso de su integración o reintegración social. (...)”

8. El impedido tiene derecho a que se tengan en cuenta sus necesidades particulares en todas las etapas de la planificación económica y social”.

Así mismo, la Convención sobre los Derechos del Niño establece los siguientes estándares de protección:

“Artículo 23. 1. Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, (...) y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración

¹⁰² Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3447 del 9 de diciembre de 1975.

social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”.

En su artículo 47, la Constitución de 1991 recoge estos criterios al precisar que el Estado debe adelantar una política de “previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. La atención especial que las autoridades públicas deben dispensar a las personas en situación de discapacidad, ha sido analizada a lo largo de este libro. Inicialmente, en el capítulo sobre disponibilidad de la salud (*supra*, Capítulo I, 2.1), se examinó el derecho de las niñas y los niños a disponer de los servicios necesarios para un desarrollo armónico e integral de su salud y se especificó que las reglas allí señaladas se hacen extensibles a las niñas y los niños discapacitados. En el capítulo sobre acceso (*supra*, Capítulo II, 2.1), se analizó la atención preferente y especializada a que tienen derecho los menores con pronóstico no favorable de curación y se indicó que esta doctrina constitucional se extiende a los discapacitados mayores de edad. En este sentido, aunque no exista esperanza de recuperación definitiva, al paciente deben facilitársele todos aquellos servicios y cuidados que le procuren alivio o mejoramiento. Por último, en el capítulo sobre aceptabilidad (*supra*, Capítulo III, 2.1) se estudió la protección especial que debe dispensarse a las personas con discapacidad mental en relación con la atención médica que reciben y a su trato por parte de terceros.

A continuación, la calidad de la atención en salud que deben recibir las personas con discapacidad se examina desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional relacionada con las condiciones de adecuación e idoneidad de las instituciones que ofrecen atención médica de calidad a los discapacitados. Además, se analizan las subreglas relacionadas con el suministro de prestaciones necesarias para la rehabilitación.

2.2.1. La atención integral y especializada que requieren los discapacitados, exige unas mínimas condiciones de salubridad para un tratamiento adecuado

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el Centro de Educación Especial del Niño Diferente fueron demandados mediante acción de tutela a fin de proteger los derechos fundamentales de 33 personas discapacitadas que residían en un albergue totalmente inadecuado para su rehabilitación. En efecto, los demandantes estaban

hacinados, como quiera que la vivienda sólo podía ser habitada por 6 o 7 personas y tenía un solo baño. En el proceso se comprobó que las instalaciones no reunían las condiciones necesarias para albergar a las personas discapacitadas y no eran aptas desde el punto de vista estructural, higiénico, sanitario y funcional para el desarrollo de un proceso terapéutico y de rehabilitación adecuado.

La Corte Constitucional concedió la tutela y destacó que tanto la infancia con problemas de discapacidad y retardo como los mayores de edad discapacitados, gozan de especial protección constitucional debido a su capacidad limitada para la realización autónoma de las actividades cotidianas¹⁰³. Estas circunstancias resultan agravadas cuando las condiciones de albergue no incluyen los recursos adecuados para la atención especial que requieren las personas con discapacidad y, además, las colocan en circunstancias de dependencia e indefensión que determinan la protección inmediata de sus derechos fundamentales. La Corte ordenó entonces que, en el término de 30 días, los demandantes fueran trasladados a un local apropiado dotado de condiciones sanitarias adecuadas y de los elementos necesarios para un desarrollo correcto de actividades de rehabilitación. Estas actividades comprenden, entre otras, el suministro de alimentación nutritiva y balanceada, el derecho al cuidado y al amor, la educación especial, la recreación y la salud.

2.2.2. La calidad de la salud de las personas con discapacidad requiere el acceso a servicios de rehabilitación idóneos y cualificados, que incluyan las prótesis y demás elementos necesarios para el desarrollo de una vida digna. Si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos necesarios para realizar el procedimiento¹⁰⁴

Unas menores de edad requerían unas sillas de ruedas debido a las complicaciones cerebrales que padecían. Sin embargo, la EPS correspondiente negó el suministro de estos elementos, pese a la imposibilidad económica de los padres para costearlos. Por este motivo, los padres de las niñas interpusieron una acción de tutela con el fin de que la entidad de salud entregara las sillas de ruedas. La Corte Constitucional concedió

¹⁰³ Sentencia T-644 de 1996. Este fallo reiteró la sentencia T-049 de 1995.

¹⁰⁴ Sentencia T-859 de 2003.

la tutela y consideró que, en tratándose de niños con problemas físicos y síquicos, las normas del POS que restringen el suministro de sillas de ruedas y de otros implementos similares vulneran los artículos 13 (especial protección a personas en situación de debilidad manifiesta), 44 (derecho fundamental a la salud de los niños) y 47 (previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos) de la Constitución¹⁰⁵. Además, la Corte consideró que la calidad de vida de una persona con discapacidad gana en dignidad con la utilización de la silla de ruedas, la cual, al permitirle desplazarse, alivia su estado y hace menos dura la experiencia de la parálisis. En consecuencia, la Corporación inaplicó la normatividad restrictiva y ordenó que, en el término de 48 horas, la EPS suministrara las sillas de ruedas.

400

CAPÍTULO 4

Es de resaltar que el suministro de sillas de ruedas también debe ser garantizado a los mayores de edad con discapacidad. Al analizar el caso de un mayor de edad cuadraplégico que requería una silla de ruedas, la Corte Constitucional precisó que la negativa de suministrar este elemento implicaba, en el caso concreto, la vulneración de los derechos fundamentales del actor. En efecto, la silla de ruedas no podía ser sustituida por otro elemento previsto en el POS que tuviera la misma efectividad. Además, en el expediente estaba acreditada la imposibilidad del actor de asumir el costo de la silla, la cual había sido debidamente prescrita y autorizada por el médico tratante¹⁰⁶.

La Corte Constitucional también ha ordenado el suministro de otro tipo de elementos destinados a mejorar la situación de las personas con discapacidad, tales como prótesis, órtesis y demás insumos que requieren los procesos de rehabilitación. A este respecto, es preciso destacar la interpretación de la Corte acerca de la Resolución 5261 de 1994, según la cual ésta no excluye el suministro de prótesis¹⁰⁷. Según la Corporación, el

¹⁰⁵ Sentencia T-556 de 1998. La línea jurisprudencial sobre el suministro de silla de ruedas se inicia en la sentencia T-640 de 1997. Este fallo y la sentencia T-556 de 1998 han sido reiterados en las sentencias T-607 de 2001, T-145 de 2003, T-319 de 2003 y T-444 de 2003. En la sentencia T-145 de 2003, la Corte Constitucional consideró que "el que el médico tratante haya dicho que la silla no era mejorar su salud sino la calidad de vida del menor, constituye una afirmación que debe ser valorada desde el punto de vista constitucional por el juez. Así, la expresión "calidad de vida" en el contexto específico de este caso no significa, lujo, placer o beneficio adicional a los mínimos de los que ha de gozar todo ser humano para vivir dignamente. Por el contrario, lo que está en juego para el menor es nada menos que el goce efectivo de su derecho fundamental a la libertad de movimiento (CP, art. 24) (...)".

¹⁰⁶ Sentencia T-319 de 2003.

¹⁰⁷ Sobre esta interpretación de la Resolución 5261 de 1994, véase la sentencia T-941 de 2000.

suministro de prótesis que constituyen una urgencia para la persona y que tiendan a lograr su adecuado desenvolvimiento personal y la integración social que la Constitución pretende para las personas con discapacidad, forma parte del derecho a la salud en conexidad con el derecho a una vida digna¹⁰⁸. Además, en muchos casos, los elementos mencionados son imprescindibles para alcanzar un óptimo desempeño laboral. El alto tribunal manifiesta:

“(L)as prótesis, órtesis y aparatos que tengan como función mejorar o complementar la capacidad física del paciente están expresamente incluidas en el P.O.S., criterio que se refuerza al constatar que estos “aparatos” tienen el cargo de apoyar de manera efectiva a la rehabilitación de la enfermedad, o de la discapacidad. Es entonces el argumento funcional el que da cuenta de la necesidad de incluir estos aparatos en el P.O.S. Es decir, el aparato en sí mismo no tiene relevancia como factor condicionante del mejoramiento de la salud y de la calidad de vida del paciente, es fundamentalmente la función de reemplazo del miembro cercenado, lo que hace a aquél objeto una prestación obligatoria en el sistema de salud colombiano. La negativa de la entidad prestadora de salud a autorizar el cubrimiento del cargo económico de dicho procedimiento, vulnera el derecho fundamental a recibir la atención en salud definida en el Plan Básico de Salud y en el Plan Obligatorio de Salud de manera autónoma –sin necesidad de probar la vulneración del derecho a la vida digna-¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Véase la sentencia T-428 de 2003 (caso de un mayor de edad cuadrupléjico que requería el cambio de un socket para el adecuado funcionamiento de la prótesis que tenía en su miembro inferior izquierdo. La EPS respectiva negó el suministro con el argumento de que el artículo 12 de la Resolución 5261 de 1994 no lo incluía en el POS. Con base en los criterios enunciados, la Corte ordenó la entrega del socket en el término de 48 horas).

¹⁰⁹ Sentencia T-860 de 2003. La jurisprudencia de la Corte que entiende el derecho a la salud como derecho fundamental autónomo fue analizada con anterioridad (supra Introducción, 2.1.1.3).

Sobre este particular, se ha consolidado una jurisprudencia en torno a la entrega a niños y mayores de edad de corsé ortopédico¹¹⁰, catéter¹¹¹ y prótesis para el ojo¹¹², entre otro tipo de suministros. Así mismo, en relación con prótesis respecto a las cuáles se duda sobre su inclusión en el POS, la Corte ha considerado que **“los aparatos cuyo propósito es la recuperación de la función anatómica de una extremidad cercenada, no pueden estar excluidos del POS. En consecuencia, tampoco puede estarlo el aditamento que permite que ese aparato sea funcional a las necesidades de recuperación y adaptación individualizada del paciente”**¹¹³.

La duda respecto a si una determinada prestación hace parte del POS constituye un problema de índole constitucional. Esto implica que no sólo los profesionales de la salud están llamados a resolver la disputa. Al juez constitucional le corresponde intervenir si dicha duda se resuelve en detrimento de los derechos fundamentales de las personas. Al respecto, la Corporación estableció la siguiente regla: **si se busca garantizar el mayor nivel de salud posible, autorizar un procedimiento implica autorizar los elementos necesarios para realizar el procedimiento, salvo que sea expresamente**

¹¹⁰ Sentencia T-480 de 2002.

¹¹¹ Sentencia T-219 de 2002. En este caso, una persona parapléjica necesitaba utilizar cuatro veces al día un catéter para eliminar su orina. Por tal motivo, requería la aplicación diaria de cuatro sondas de Nelaton, de un medicamento para el control de una infección urinaria y de otros implementos como gases, xilocaina e Isodine. Sin embargo, la ARS a la que estaba afiliado lo desvinculó por inconsistencias en la base de datos de afiliados al SISBEN, razón por la cual dejó de recibir los mencionados implementos. La Corte Constitucional concedió la tutela y precisó que las personas con discapacidad cuentan con un derecho fundamental de acceso a la seguridad social en salud. Tal prerrogativa responde a la obligación de las autoridades de procurar condiciones que permitan la integración de este grupo poblacional. La necesidad de un catéter en el corazón y su vinculación con el derecho fundamental a la salud de una niña fueron analizadas en la sentencia T-614 de 2003.

¹¹² Sentencia T-1387 de 2000. En este caso, una persona a quien le fue extraído su ojo izquierdo como consecuencia de un tumor solicitó el suministro de una prótesis para el ojo, la cual fue negada por la EPS correspondiente con el argumento de que no se encontraba incluida en el POS. La Corte Constitucional consideró que la vida y la salud del demandante se habían visto afectadas con el cambio en su aspecto personal. En efecto, la cavidad originada en la intervención quirúrgica presentaba con el tiempo mayor “hundimiento”, lo cual tenía implicaciones en la vida familiar, social, laboral y personal del actor. La Corporación ordenó el suministro de la prótesis a la mayor brevedad posible, con el objeto de garantizar una vida digna al demandante.

¹¹³ Sentencia T-860 de 2003. Para la Corte, “la tesis según la cual al no estar expresamente contemplado el recambio de socket, alineación y mano de obra en el POS, se entiende excluido del mismo, no solamente es constitucionalmente inadmisibles, sino que violenta las condiciones definitivas mismas de los aparatos cuya destinación es la complementación de la capacidad física perdida por el paciente”.

excluido uno de tales elementos. La interpretación en este caso opta por aquellas opciones que extiendan o amplíen el espectro de goce del derecho fundamental atendiendo a la búsqueda del logro del más alto nivel posible de salud¹¹⁴.

2.2.3. El servicio de educación especial hace parte del tratamiento especial y adecuado en salud que deben recibir las personas con discapacidad

Una EPS negó a un menor de edad el servicio de educación especial que era necesario para el tratamiento del retardo psicomotor que padecía. La entidad afirmaba que esta prestación se encontraba excluida del POS. La madre del niño interpuso entonces una acción de tutela. La Corte Constitucional señaló que la omisión de dispensar un tratamiento especial y adecuado a niño que tiene problemas psicomotores afecta su calidad de vida futura y su dignidad¹¹⁵. En efecto, los derechos fundamentales de los niños resultan vulnerados cuando afrontan una evolución irregular de sus sistemas físico y psicológico, que los sitúa en una posición de debilidad manifiesta frente a la mayoría de la población¹¹⁶.

¹¹⁴ Sentencia T-859 de 2003.

¹¹⁵ Sentencia T-338 de 1999. En este fallo, se hizo una excepción de inconstitucionalidad del literal n) del artículo 15 del decreto 1938 de 1994, que expresamente excluye del POS las actividades, procedimientos e intervenciones de carácter educativo, instruccional o de capacitación que se lleven a cabo durante el proceso de rehabilitación, distintos a aquellos estrictamente necesarios para el manejo médico de la enfermedad y sus secuelas. En contraste, la Corte Constitucional expresó que las normas que restringen este tipo de tratamientos desconocen los preceptos constitucionales puesto que no tienen en cuenta la especial protección que la Carta depara a los niños.

¹¹⁶ En la sentencia T-850 de 2002, se ordenó la inclusión de una mayor de edad que sufría de retraso mental y epilepsia refractaria en un programa de educación especial para que le fuera impartida una educación sexual y reproductiva tendiente a capacitarla para ejercer su sexualidad y entender las repercusiones de la maternidad, de acuerdo con su condición, intereses y capacidades. Para un análisis más detallado de este caso, véase el capítulo sobre aceptabilidad (supra Capítulo III, 2.5.2).

3. Obligaciones de Calidad en el derecho a la salud

En este capítulo, se consideran obligaciones con efecto inmediato las obligaciones relativas a la calidad de la salud que se circunscriben a los niveles esenciales de este derecho establecidos por la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De otro lado, también tienen efecto inmediato las obligaciones de respeto y de proteger que, por tratarse de abstenciones del Estado y de intervención directa sobre la actuación de terceros, pueden ser exigidas inmediatamente (*supra* Introducción, 2.3.2).

404

CAPÍTULO 4

3.1. OBLIGACIONES DE CALIDAD CON EFECTO INMEDIATO

La Observación General 14 (párr. 44) destaca como **obligación de prioridad comparable** a la importancia de los niveles esenciales del derecho a la salud relacionados con la calidad del mismo, la siguiente:

- (...) e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

Las **obligaciones de proteger** (párr. 35) relacionadas con la calidad de la salud son:

- Controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros.
- Asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología.

Finalmente, las **obligaciones de cumplir** (párr. 36 y 37) que tienen efecto inmediato en materia de calidad de la salud, por su relación con los niveles esenciales de este derecho, son las siguientes:

- Velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico.
- Fomentar la educación en materia de salud.
- Fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información.
- Velar porque el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados.

A continuación, se analizan estas obligaciones a partir de su agrupación temática. En este sentido, se ofrece un conjunto de deberes correlativos generales que sintetizan los compromisos que tienen los obligados frente a los derechos y sujetos de especial protección relacionados con el contenido normativo de la calidad de la salud.

3.1.1. Obligación de garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud sean de buena calidad

La Corte Constitucional ha precisado que el Estado es responsable de garantizar que las entidades públicas y privadas prestadoras de servicios de salud estén dispuestas en todo momento a brindar atención oportuna y eficaz a sus usuarios. Ello compromete a estas instituciones con el suministro de la atención médica, quirúrgica, hospitalaria y demás servicios indispensables en los lugares y condiciones que exijan los casos concretos¹¹⁷. La Observación General 14 (párr. 12), hace alusión a esta obligación genérica de garantizar la calidad del personal de la salud, de la infraestructura que permite la prestación del servicio y de los medicamentos que son suministrados. El contenido específico de estos aspectos ha sido desarrollado con anterioridad (*supra* Capítulo IV, 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 y 1.5).

3.1.2. Obligación de controlar la comercialización de equipo médico y de medicamentos

En el caso colombiano, la libertad de empresa admite la comercialización de equipo médico y de medicamentos por parte de terceros. Sin embargo, la Constitución regula e impone controles a esta actividad en los siguientes términos

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios”.

¹¹⁷ Sentencia T-347 de 1996.

La Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 35) establece que el Estado debe controlar la comercialización de equipo médico y de medicamentos por parte de terceros. De la misma manera, las autoridades públicas deben controlar la comercialización efectuada por organismos estatales y tienen la obligación de abstenerse de comercializar medicamentos peligrosos.

A este respecto, la Organización Mundial de la Salud ha publicado una serie de guías y recomendaciones en torno al desarrollo cualificado de políticas farmacéuticas. Entre los principales referentes normativos se encuentran las Buenas Prácticas en la Fabricación y el Control de Calidad de los Medicamentos (1975), las Directrices para el Desarrollo de Políticas Farmacéuticas Nacionales (1988), los Criterios Éticos para la Promoción de Medicamentos (1988), el Proyecto de Certificación sobre la Calidad de los Productos Farmacéuticos (1989) y la Calidad de los Productos Biológicos en el Comercio Internacional (1997). Las Directrices para la Protección del Consumidor, adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas¹¹⁸, señalan que los siguientes deben ser tenidos en cuenta en la protección de los consumidores de medicamentos:

“A. Seguridad física. 11. Los gobiernos deben adoptar o fomentar la adopción de medidas apropiadas, incluidos sistemas jurídicos, reglamentaciones de seguridad, normas nacionales o internacionales, normas voluntarias y el mantenimiento de registros de seguridad, para garantizar que los productos sean inocuos en el uso al que se destinan o normalmente previsible.

12. Se deben adoptar medidas adecuadas para garantizar que los artículos producidos por los fabricantes sean inocuos para el uso al que se destinan y para el normalmente previsible. Los responsables de introducir los artículos en el mercado, en particular los proveedores, exportadores, importadores, minoristas y similares (en lo que sigue denominados “distribuidores”) deben velar por que, mientras están a su cuidado, esos artículos no pierdan su inocuidad debido a manipulación o almacenamiento inadecuados. Se deben facilitar a los consumidores instrucciones sobre el uso adecuado de los artículos e información sobre los riesgos que entraña el uso al que se destinan o el normalmente previsible. Dentro de lo posible, la información de vital importancia sobre cuestiones de seguridad debe comunicarse a los consumidores mediante símbolos comprensibles internacionalmente.

¹¹⁸ Resolución 39/248 de abril 9 de 1985.

13. Se deben adoptar medidas adecuadas para que los fabricantes o distribuidores notifiquen sin demora a las autoridades competentes y al público, según proceda, la existencia de peligros no previstos de que se hayan percatado con posterioridad a la introducción de los productos en el mercado. Los gobiernos también deben estudiar los métodos para garantizar que los consumidores estén debidamente informados sobre esos peligros.

14. Los gobiernos deben adoptar, cuando proceda, políticas en virtud de las cuales, si se descubre que un producto adolece de un defecto grave y/o constituye un peligro considerable aun cuando se utilice en forma adecuada, los fabricantes y/o distribuidores deban retirarlo y reemplazarlo o modificarlo, o sustituirlo por otro producto; si no es posible hacerlo en un plazo prudencial, debe darse al consumidor una compensación adecuada.

(...)

Productos farmacéuticos

61. Los gobiernos deben elaborar o mantener normas y disposiciones adecuadas y sistemas de reglamentación apropiados para asegurar la calidad y el uso adecuado de los productos farmacéuticos mediante políticas nacionales integradas en materia de medicamentos, que pueden abarcar, entre otras cosas, la adquisición, la distribución, la producción, los mecanismos de concesión de licencias, los sistemas de registro y la disponibilidad de información fidedigna sobre los productos farmacéuticos. Al hacerlo, los gobiernos deben tener especialmente en cuenta la labor y las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud en materia de productos farmacéuticos. Para determinados productos, debe alentarse el uso del Sistema de certificación de la calidad de los productos farmacéuticos objeto de comercio internacional, de esa organización, y de otros sistemas internacionales de información sobre productos farmacéuticos. Se deben adoptar también, según proceda, medidas para fomentar el uso de los medicamentos con sus denominaciones comunes internacionales, aprovechando la labor realizada por la Organización Mundial de la Salud.

62. Además de las esferas prioritarias indicadas, los gobiernos deben adoptar las medidas que proceda en otras esferas, como la de los plaguicidas y las sustancias químicas, con respecto, cuando proceda, a su uso, producción y almacenamien-

to, habida cuenta de la información pertinente en materia de salud y medio ambiente que los fabricantes deben proporcionar e incluir en el rotulado de los productos”.

Cabe anotar que deben ser objeto de una vigilancia rigurosa e independiente todos los experimentos y ensayos clínicos con medicamentos que lleven a cabo las corporaciones farmacéuticas.

De otra parte, la Corte Constitucional ha precisado que “las demoras en la actualización de las drogas cubiertas por el sistema de salud conducen a la violación de las garantías fundamentales de los asociados”¹¹⁹.

3.1.3. Obligación de ejercer la inspección y vigilancia del servicio público de salud

Como lo ha destacado la Corte Constitucional, “una adecuada regulación, así como un efectivo control y vigilancia del sector de la salud, es un prerrequisito de una correcta prestación del servicio y garantía del goce efectivo de los derechos de afiliados y beneficiarios”¹²⁰. Al respecto, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párr. 51) considera que es una violación de las obligaciones de proteger la no adopción de todas las medidas necesarias para proteger a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por parte de terceros. El Comité incluye en esta categoría omisiones tales como:

“la no regulación de las actividades de particulares, grupos o empresas con objeto de impedir que esos particulares, grupos o empresas violen el derecho a la salud de los demás; la no protección de los consumidores y los trabajadores contra las prácticas perjudiciales para la salud, como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas; (...)”.

¹¹⁹ Sentencia T-344 de 2002. En este fallo, la Corte destacó que habían pasado más de cinco años sin que se adicionara algún medicamento al listado del Plan Obligatorio de Salud.

¹²⁰ Sentencia T-344 de 2002.

La inspección y vigilancia del servicio público de salud debe tender a evitar este tipo de situaciones violatorias del derecho a la salud. La Corte Constitucional ha considerado que la obligación del Estado de ejercer inspección y vigilancia sobre el servicio público de salud tiene como supuesto el deber de intervenir para racionalizar la prestación de este servicio en función de los intereses superiores de la colectividad¹²¹. En este sentido, dentro de la órbita de la intervención estatal en la economía, es admisible que la actividad privada relacionada con el servicio público de salud sea sujeta a permisos, licencias o autorizaciones expedidas por autoridades públicas¹²².

3.1.4. Obligación de proporcionar capacitación adecuada al personal de la salud, incluida la educación en derechos humanos, de tal forma que éste reúna las condiciones necesarias de formación, experiencia y deontología

Esta obligación se desprende de la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrs. 44, 35, 36 y 37). En opinión del Comité, la idoneidad del personal de la salud debe permitir a éste reconocer y responder a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados.

3.2. OBLIGACIONES DE CALIDAD DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO

En este aparte se analizan las **obligaciones de cumplir** relacionadas con la calidad de la salud que no hacen alusión directa a los niveles esenciales de este derecho y cuyo cumplimiento, por tanto, se subordina a los recursos con que cuenta el Estado para su realización. Sin embargo, en el caso de estas obligaciones es aplicable el mandato de desarrollo progresivo y la prohibición de regresividad (*supra* Introducción, 2.3.3.3).

¹²¹ Sentencia C-974 de 2002.

¹²² Las funciones de inspección, vigilancia y control cobijan a todos los factores determinantes de la salud, entre los cuales se destaca el medio ambiente. En la sentencia T-380 de 1993, la Corte Constitucional precisó que el incumplimiento de la función de vigilancia ambiental por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo el cuidado y la preservación del medio ambiente, propicia abusos de particulares en la explotación de los recursos naturales. Esta situación resulta agravada si, luego de ocasionado un daño forestal, el Estado no actúa oportunamente para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental.

3.2.1. Obligación de fomentar la investigación en salud

La investigación médica es un componente esencial para avanzar en la prevención, lucha y tratamiento de las enfermedades (*supra*, Capítulo I, numeral 1.4.1). Por tal motivo, el contenido normativo de esta obligación involucra dos componentes. En primer lugar, y bajo criterios de progresividad, los Estados deben destinar los recursos suficientes para el fortalecimiento de centros de investigación sobre los problemas de la salud. En segundo lugar, dichos recursos no pueden ser objeto de reducciones presupuestales injustificadas, puesto que ello generaría regresividad en la realización de la calidad del derecho a la salud.

La Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad¹²³, contempla los siguientes criterios en relación con la importancia de la investigación para la realización del derecho a la salud:

“1. Todos los Estados promoverán la cooperación internacional con objeto de garantizar que los resultados del progreso científico y tecnológico se usen en pro del fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales, la libertad y la independencia, así como para lograr el desarrollo económico y social de los pueblos y hacer efectivos los derechos y libertades humanos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

2. Todos los Estados tomarán medidas apropiadas a fin de impedir que los progresos científicos y tecnológicos sean utilizados, particularmente por órganos estatales, para limitar o dificultar el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de derechos humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes.

3. Todos los Estados adoptarán medidas con objeto de garantizar que los logros de la ciencia y la tecnología sirvan para satisfacer las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población (...).

¹²³ Proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3384 (XXX), de 10 de noviembre de 1975.

(...) 5. Todos los Estados cooperarán en el establecimiento, el fortalecimiento y el desarrollo de la capacidad científica y tecnológica de los países en desarrollo, con miras a acelerar la realización de los derechos sociales y económicos de los pueblos de esos países”.

Por su parte, la Corte Constitucional ha considerado que la restricción absoluta de la investigación científica vulnera el núcleo esencial del derecho fundamental a la investigación (CP, art. 27)¹²⁴.

¹²⁴ Sentencia C-505 de 2001. La Corte consideró que la expresión “la investigación”, contenida en un aparte del artículo 2 de la Ley 22 de 1984, es constitucional si se interpreta en el sentido de que no sólo quienes ostentan un título en biología están legitimados para adelantar investigaciones relacionadas con seres vivos. Sin embargo, el Estado conserva la potestad de inspección, control y vigilancia sobre esta actividad, en razón del riesgo social derivado de las investigaciones relacionadas con el estudio del ser humano.

CONSIDERACIONES FINALES

1. Como derecho social de prestación, el derecho a la salud es un derecho de configuración legal. Sin embargo, su contenido mínimo esencial limita la actuación del legislador en este campo. En relación con el derecho a la salud, los estados tienen, como mínimo, (i) la obligación de garantizar los niveles esenciales correspondientes (obligaciones básicas) y (ii) la obligación de adoptar medidas apropiadas que permitan su desarrollo progresivo. Además, las subreglas jurisprudenciales delimitan un contenido normativo del derecho a la salud, en el cual se proyecta gran parte de su núcleo esencial. En todos estos aspectos, es aplicable la prohibición de regresividad (Observación General 14, párr. 48).

El presente libro describe el contenido mínimo esencial del derecho a la salud. La sistematización tanto de la jurisprudencia como del bloque de constitucionalidad en la materia, permite entender el carácter de derecho fundamental que adquiere el derecho a la salud (sea en sí mismo, en el caso de algunos sujetos de especial protección o por su conexidad con otros derechos fundamentales). La exhaustiva sistematización de los componentes del derecho, deja sin piso las teorías que abogan por la supuesta indeterminación de la prestación debida en relación con el derecho a la salud y, a partir de ello, niegan su exigibilidad judicial.

2. El proceso democrático es el principal espacio para la definición del contenido del derecho a la salud exigible judicialmente. El punto de partida debe constituirlo el contenido mínimo esencial precisado en este libro: las obligaciones con efecto inmediato y los precedentes de la jurisprudencia constitucional. A partir de allí, se debe repensar la progresividad. En todo caso, frente a todo lo alcanzado hasta el momento, es inadmisiblemente constitucionalmente la adopción de retrocesos injustificados. Los criterios expuestos a lo largo del libro constituyen referentes que permiten racionalizar tanto la deliberación

pública en torno al derecho a la salud como el diseño de los programas e instituciones que conforman la política pública en el sector. En este sentido, el libro no cierra ningún debate; por el contrario, lo abre en torno a un referente básico de discusión: el contenido mínimo esencial del derecho.

416

Así mismo, el respeto por el proceso democrático debe estar acompañado por el respeto de los intereses de minorías que pueden ver afectado su derecho a la salud por las decisiones adoptadas por las mayorías. Por tal motivo, el libro concentra gran parte de su análisis en los sujetos de especial protección en salud. Las subreglas y fuentes del bloque de constitucionalidad del derecho a la salud en torno a los sujetos, exigen que sus intereses afectados sean tomados en cuenta por la política pública.

3. Los precedentes jurisprudenciales visibilizan los errores más graves en el diseño y la implementación de la política pública en salud. De allí la importancia del contenido normativo del derecho a la salud que se ofrece en este libro, toda vez que las políticas que cobijan al sector salud deben ser reestructuradas de conformidad con ese contenido y con miras a superar las falencias que ese sector presenta. En tanto las subreglas que se ofrecen en este libro son consecuencia de problemas en la política pública, están llamadas a incidir en ella, de tal forma que se cierre el círculo vicioso de descargar en la acción de tutela los problemas del sistema. Los jueces no pueden seguir enfrentando las fallas estructurales del sistema, toda vez que cuentan con una capacidad limitada frente a posibles soluciones. La jurisprudencia ofrece luces sobre las directrices de política pública que deben desarrollarse en algunas temáticas con un alto grado de demanda judicial, asunto que tanto el Ejecutivo como el Legislativo deben atender con suma diligencia y desde una perspectiva de derechos humanos.

4. No necesariamente todo el contenido de los niveles esenciales del derecho a la salud es exigible por vía de tutela. Por ejemplo, el derecho a la calidad de los medicamentos y el derecho a la idoneidad del personal de la salud hacen parte de un elemento esencial del derecho a la salud –calidad– pero constituyen derechos colectivos que pueden ser exigidos a través de acciones populares o de grupo. Al ser parte de los niveles esenciales del derecho a la salud, generan obligaciones con efecto inmediato que hacen exigibles actualmente a estos derechos. Con todo, no es la acción de tutela el camino para su exigibilidad, salvo que en un caso concreto exista conexidad con otros derechos fundamentales.

5. De otra parte, se debe reforzar la inspección, vigilancia y control (*supra* Capítulo IV, 3.1.3) en relación con el respeto y cumplimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es sumamente grave que se exija la interposición de acciones de tutela como un requisito más para el suministro de cierto tipo de prestaciones. Esta conducta es claramente ilegal e injustificable¹.

6. La realización del derecho a la salud, entendida como salud integral, exige un desarrollo idóneo de sus componentes individual y colectivo. Al respecto, en el presente libro se ofrece un contenido normativo del derecho a la salud pública, de tal forma que pueda ser proyectado en el diseño de la política pública respectiva. En consecuencia, se deben superar enfoques que solo se concentran en la dimensión asistencial del derecho a la salud sin dar mayor importancia a los componentes de promoción y prevención. Particularmente, la idea de atención básica que consagra la Ley 100 de 1993 no logra reunir todos los componentes que son predicables de la salud pública. De allí la necesidad de armonizar la regulación legal actual con los criterios establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos pertinente (*supra* Capítulo I, 1.4), teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales se han concentrado fundamentalmente en los alcances de la salud pública y la atención básica.

417

¹ En la sentencia T-1384 de 2000, la Corte Constitucional destacó que la tutela no es un trámite administrativo o un requisito previo que deba cumplirse con el fin de lograr la atención en salud. Por consiguiente, “la conversión de la tutela en un trámite adicional, además de desdibujar la protección constitucional, entraña una violación al artículo 84 de la Carta”. Según este artículo, “(c)uando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio”. En opinión de la Corporación, “la atención en materia de salud ha sido suficientemente reglamentada y, dada su naturaleza de servicio público, bien puede aplicarse la prohibición constitucional contenida en el precepto mencionado”.