

**LAS ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTRÓFICAS – ERC- Y LA LEY 100
DE 1993: ACCESO Y CONTINUIDAD AL TRATAMIENTO.**

DIEGO EDUARDO JAIMES MORENO

JHON JAIRO RODRIGUEZ VEGA



**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA – COLOMBIA**

2014

**LAS ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTRÓFICAS – ERC- Y LA LEY 100
DE 1993: ACCESO Y CONTINUIDAD AL TRATAMIENTO.**

**DIEGO EDUARDO JAIMES MORENO
JHON JAIRO RODRIGUEZ VEGA**

Trabajo de Grado para optar al título de Abogado

**Director
ARMANDO CASTRO PÉREZ**



**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
BUCARAMANGA – COLOMBIA**

2014

DEDICATORIA

A Dios por la vida y permitirnos este maravilloso logro.

A nuestras familias y seres queridos por su apoyo y entrega incondicional.

*A mis padres EDUARDO JAIMES y
CONSTANZA
MORENO que están en el cielo orgullosos de verme ser abogado.*

A mi Hermana Ana María y Sobrino Hernán David, por su paciencia y cariño.

A los profesores, administrativos y directivos de la Escuela de Derecho de la Universidad Industrial de Santander quienes estuvieron presente en nuestro proceso de formación.

A nuestros compañeros, amigos y a todas aquellas personas que de manera incondicional siempre estuvieron dispuestos a ayudarnos.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	14
OBJETIVOS	17
JUSTIFICACIÓN	19
1. DERECHOS FUNDAMENTALES	21
1.1. LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.	25
1.2. DERECHOS INDIVIDUALES	25
1.2.1. Clasificación.	26
1.3. DERECHOS COLECTIVOS	27
1.4. ORIGEN Y PROPÓSITO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.	29
1.5. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO	36
1.6. DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES	42
1.5.1. Definición De La Corte Constitucional.	47
1.7. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD	49
2. LA SALUD EN COLOMBIA: DE LA TEORÍA JURÍDICA FUNCIONAL A LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	55
2.1. LA SALUD EN LA TEORÍA DE LA GENERACIONES DE DERECHOS	57
2.2. LA SALUD EN LA VISIÓN DEL CONSTITUYENTE DE 1991	59
2.3. SENTENCIA T-760 DE 2008	60
2.4. LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA SISTEMÁTICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA	62

3. LAS ENFERMEDADES RUINOSAS Y CATASRÓFICAS –ERC- EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA	76
3.1. CONCEPTO GLOBAL Y ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA INFECCIÓN POR VIH/SIDA.	76
3.2. LAS LUCHAS POR EL RECONOCIMIENTO COMO PACIENTES ESPECIALES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	80
4. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LOS ENFERMOS DE VIH/SIDA DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD COLOMBIANO.	84
4.1. FALLAS OBJETIVAS DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO, FRENTE A LOS MENORES QUE PADECEN VIH/SIDA.	85
4.2. ACCESO Y CONTUNIDAD AL TRATAMIENTO DE LOS PACIENTES PORTADORES DE VIH/SIDA FRENTE A LA REFORMA DE LA LEY 100 DE 1993	88
5. PROPUESTA ACADÉMICA PARA GARANTIZAR EFECTIVAMENTE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LAS PERSONAS QUE PADECEN INFECCION POR VIH/SIDA, ESPECIALMENTE LOS MENORES DE EDAD O PERSONAS DEPENDIENTES.	91
6. CONCLUSIONES	97
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1 Contenido más frecuente en las tutelas interpuestas	24
Tabla 2. Casos notificados de VIH/Sida y muerte por Sida 1983 – 2011	53

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Clasificación de los Derechos Humanos	26

LISTA DE GRAFICAS

	Pág.
Gráfica 1. Contenido POS en las Tutelas	23
Gráfica 2. Tasa de mortalidad por SIDA por 100.000 habitantes, Colombia 1991 – 2011	52

RESUMEN

TÍTULO: LAS ENFERMEDADES RUINOSAS O CATASTRÓFICAS – ERC- Y LA LEY 100 DE 1993: ACCESO Y CONTINUIDAD AL TRATAMIENTO.

AUTORES: JAIMES MORENO, Diego Eduardo, y RODRIGUEZ VEGA, Jhon Jairo. **

PALABRAS CLAVE: Enfermedad catastrófica o ruinosa, Estado Social de Derecho, Salud, Garantías.

DESCRIPCIÓN:

En el año de 1981, fueron detectados por primera vez a nivel mundial los primeros casos de SIDA, pero fue solo hasta el año de 1983, que fue descubierto el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) como agente etiológico de dicha patología. Desde el principio, se determinó que la epidemia estaba inicialmente ligada a grupos altamente vulnerables y específicos, como a los hombres que tenían relaciones sexuales con otros hombres y/o toda persona que usaba drogas por vía intravenosa. Pero en general hoy toda persona está expuesta a contraer la infección, sin distinción de raza, condición socioeconómica u orientación sexual.

Una de las luchas jurídicas más grandes que se libra a diario dentro del Estado colombiano es la del reconocimiento y tutela efectiva del derecho a la salud de los ciudadanos. Pese a que durante los años de vigencia de la constitución de 1991 ha habido una progresiva visión sobre el mismo, siguen existiendo retos como el que representa la atención eficaz y permanente de los pacientes que padecen enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente los infectados por VIH/SIDA, la cual es además una enfermedad de alta complejidad alto costo. El Sistema General de Seguridad Social de Colombia, por ejemplo, no garantiza efectivamente el derecho a la salud de los menores que padecen esta enfermedad y que al momento de cumplir la mayoría de edad, pierden su condición de beneficiarios o la pensión sustitutiva en su defecto, corriendo el riesgo de salir del sistema e interrumpir su tratamiento. Por esta razón el presente trabajo es un aporte desde la academia a las autoridades nacionales, para corregir dicho vacío jurídico y garantizar efectivamente así, el derecho a la salud de esta población especial.

* Trabajo de Grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y ciencia política. Director: Prf. Armando Castro Pérez.

ABSTRACT

TITLE: THE RUINOUS CATASTROPHIC ILLNESS - ERC-AND THE LAW 100 OF 1993: ACCESS AND CONTINUITY OF TREATMENT.*

AUTHORS: JAIMES MORENO, Diego Eduardo, and RODRIGUEZ VEGA, Jhon Jairo.**

KEYWORDS: Catastrophic illness or ruinous, Rule of Law, Health Guarantees.

DESCRIPTION:

In the year 1981, were detected for the first time worldwide the first cases of AIDS, but it was only until 1983, it was discovered the Human Immunodeficiency Virus (HIV) as the etiologic agent of this disease. From the beginning, it was determined that the epidemic was initially linked to, and men who have sex with men and / or any person using intravenous drugs highly vulnerable and specific groups. But overall today everyone is exposed to the infection, regardless of race, socioeconomic status or sexual orientation.

One of the largest legal battles being waged daily in the Colombian State is the recognition and effective protection of the right to health of citizens. Although during the years of operation of the 1991 constitution has been a progressive vision of the same challenges remain as representing the effective and ongoing care of patients with diseases or catastrophic ruinous, especially those infected with HIV / AIDS, a disease which is also the high cost of high complexity. The Social Security System of Colombia, for example, effectively guarantees the right to health of children with this disease and that when they come of age, they lose their status as beneficiaries or failing replacement maintenance , running the risk of leaving the system and interrupt their treatment. For this reason this paper is a contribution from academia to the national authorities to correct this loophole and actually do so, the right to health of this special population.

* Work Degree.

** Faculty of Human Sciences. School of Law and Political Science. Directed by Prf. Armando Castro Perez.

INTRODUCCIÓN

En el año de 1981, fueron detectados por primera vez a nivel mundial los primeros casos de SIDA, pero fue solo hasta el año de 1983, que fue descubierto el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH) como agente etiológico de dicha patología. Desde el principio, se determinó que la epidemia estaba inicialmente ligada a grupos altamente vulnerables y específicos, como a los hombres que tenían relaciones sexuales con otros hombres y/o toda persona que usaba drogas por vía intravenosa. Pero en general hoy toda persona está expuesta a contraer la infección, sin distinción de raza, condición socioeconómica u orientación sexual.

De acuerdo con Yves Souteyrand, coordinador de la unidad de información estratégica del departamento de VIH/SIDA de la Organización Mundial de la Salud (OMS), “se calcula que cada día mueren 5 mil personas por esta causa (infección por VIH), se enferman 7 mil 400 personas y sólo 300 personas más consiguen terapia antirretroviral.”¹ Y esto se debe fundamentalmente a que los Estados del mundo no han adecuado sus dinámicas de tratamiento médico para combatir este tipo de enfermedades. No obstante, este no es solo un problema técnico, sino fundamentalmente un problema de derechos.

En un mundo en el que los derechos humanos se han globalizado de manera espectacular, no es concebible que un ser humano muera por falta de acceso a un servicio de salud digno y adecuado para contrarrestar una enfermedad que le aqueja o que sencillamente un Estado establezca como criterio de acceso a dicho tratamiento, la capacidad económica del necesitado, aún más cuando la iniquidad social se hace cada día más evidente.

¹ SOUTEYRAND, Yves. *El estado de la epidemia: Derechos humanos y epidemiología*, XVIII Conferencia internacional sobre el Sida. Recuperado de <http://www.salud180.com/jovenes/mueren-5-mil-personas-al-dia-por-vih-en-el-mundo>, el 18 de octubre de 2013.

En un país como Colombia el problema se hace un poco más grande, porque se han constitucionalizado los derechos humanos y el constituyente ha obligado al Estado a ajustar sus dinámicas de funcionamiento al desarrollo de políticas que garanticen en lo más posible la satisfacción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, y que se superen barreras discriminatorias, imprimiéndole un enfoque de capacidades a la idea jurídica de la libertad, tal y como lo sugiere el profesor Amartya Sen.²

Es en medio de lo que reconocemos hoy como el Estado Social de Derecho que funciona jurídicamente en nuestro país, en donde se libra a diario la batalla jurídica por garantizar a un grupo poblacional especial –como lo es el de los pacientes infectados por VIH- su derecho a la salud, de forma digna, y materializado en un tratamiento permanente e ininterrumpido en contra de una de las llamadas enfermedades ruinosas o catastróficas, de alta complejidad y alto costo en nuestro sistema de seguridad social. Este sistema monstruoso, regido por las reglas inhumanas de la oferta y la demanda, engendra vacíos jurídicos y situaciones de desamparo para gran parte de esta población, lo cual ha derivado en muertes penosas que pueden ser evitadas de corregir satisfactoriamente dichos errores, humanizando el sistema.

No obstante los grandes problemas que tiene el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) de nuestro país, el presente estudio no pretende abarcarlos todos, sino uno relacionado directamente con el tratamiento de enfermedades ruinosas o catastróficas, específicamente la infección por VIH, y dentro de este tópico, el caso especial de los niños, niñas y adolescentes que padecen dicha enfermedad y que están expuestos a ser excluidos del SGSSS al momento de alcanzar su mayoría de edad, perdiendo su condición de beneficiarios de sus cotizantes, o el caso de los mismos o de mayores de edad

² Ver SEN, Amartya. *Desarrollo como libertad*. Trad. RABASCO, Esther y TOHARIA, Luis. Editorial Planeta, Barcelona –España, 1999.

que, pierden al dejar de estudiar su condición de pensionados por sustitución, quedando desamparados y excluidos por operación de la ley, del mismo sistema.

Por esta razón al iniciar la presente investigación jurídica nos planteamos como problema de la misma la siguiente pregunta, que marcó el rumbo de la misma, intentando proponer la respuesta más idónea a la misma, en concordancia con los principios constitucionales imperantes en nuestro Estado: *¿Deben permanecer en el Sistema General de Seguridad Social colombiano, como beneficiarios del cotizante o conservar su condición de pensionados por sustitución, los hijos que padezcan una enfermedad ruinosa o catastrófica, en especial VIH/SIDA, dada la necesidad de recibir un tratamiento idóneo, adecuado, continuado y de por vida para garantizar integralmente su derecho fundamental a la salud?* Ante este interrogante, hemos establecido una metodología clara, empezando desde el análisis del modelo de Estado Constitucional establecido en Colombia desde 1991, pasando por el estudio de la teoría de los derechos fundamentales para llegar al análisis específico del derecho a la salud, con base en el recorrido jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia, y desembocando en el estudio particular del tratamiento ofrecido desde el SGSSS a los pacientes que padecen una enfermedad ruinosa o catastrófica como el SIDA, especialmente el caso planteado de quienes quedan expuestos a ser excluidos del sistema por obra de la ley.

Por la escasa literatura especializada jurídicamente sobre el asunto, la presente ha sido una investigación de tipo exploratoria, pero que ha tenido como objetivo la determinación de una propuesta de reforma a las normas que conllevan a una desprotección de los derechos fundamentales de los pacientes mencionados, y significa un aporte académico para la superación de nuestros problemas jurídicos internos, con el ánimo de dignificar la vida de esta población vulnerable y de hacernos socialmente responsables frente a la garantía de los intereses jurídicos de los colombianos.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL:

Definir una propuesta de reforma a los Artículos 47 literal c y 163 de la Ley 100 de 1993, para que, en aras de salvaguardar el derecho fundamental a la Salud y a la Seguridad social de los pacientes, especialmente los menores que padezcan una Enfermedad Ruinosa o Catastrófica -ERC- en especial el VIH/SIDA, puedan estos permanecer vinculados al sistema en calidad de beneficiarios de un cotizante sin límite de edad y, eventualmente, también puedan los hijos pensionados por sustitución, así estén o no estudiando y sin límite de edad, seguir gozando de la misma, hasta tanto se resuelvan o mitiguen integralmente sus problemas de salud.

Objetivos Específicos:

- Conceptuar las nociones de derecho fundamental, derecho individual, derecho colectivo.
- Definir, el concepto de Enfermedad Ruinosa o Catastrófica en especial VIH/SIDA, tomando como referencia la bibliografía existente sobre la materia.
- Analizar sistemáticamente el tratamiento jurídico de las ERC en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia, especialmente desde la óptica de los derechos de los pacientes enfermos de VIH/Sida.
- Describir el esquema de atención en salud establecido actualmente por las EPS, para atender a los pacientes seropositivos o portadores de VIH/SIDA.
- Determinar a la luz de la teoría de los derechos fundamentales, una propuesta de reforma a los artículos 47 literal b y 163 de la Ley 100 de 1993, que garantice integralmente el acceso a los servicios de salud de los niños, niñas y adolescentes que padezcan una Enfermedad Ruinosa o Catastrófica especialmente VIH/SIDA, permaneciendo vinculados al SGSSS en condición

de beneficiarios sin límite de edad y que puedan ser beneficiarios también de la pensión por sustitución en las mismas condiciones, en razón de su estado de vulnerabilidad por motivo de enfermedad.

JUSTIFICACIÓN

La presente investigación espera conseguir que los pacientes portadores de una enfermedad ruinoso o catastrófica en especial VIH/SIDA, sin importar que sean mayores de edad, sigan siendo beneficiarios del cotizante o pensionados por sustitución sin tener en cuenta si estudian o no, debido a que este tipo de enfermedades requieren un tratamiento continuado que jamás deberá ser interrumpido y que garantice por ende el normal desarrollo de su estilo de vida.

Por tanto, se espera que a futuro pueda materializarse el presente trabajo de investigación y se logre reformar los artículos 47 literal b; y 163 de la Ley 100 de 1993, al Incluir como afiliados del Sistema General de Seguridad Social colombiano en calidad de beneficiarios del cotizante y continuar como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a los hijos mayores de 18 años y sin límite de edad que estudien o no, en razón a que padecen la patología anteriormente enunciada y se encuentran en un estado de vulnerabilidad manifiesta.

La meta perseguida mediante el presente trabajo es formulada teniendo en cuenta que de manera reiterada la Corte Constitucional ha venido reconociendo especial trato a las personas que padecen VIH/Sida y estableciendo la protección de dichos pacientes, en diferentes ámbitos como la salud, los derechos laborales y pensionales dada la complejidad y gravedad de dicha enfermedad, la imposibilidad de cura y la situación de vulnerabilidad manifiesta en que se encuentran las personas que padecen esta condición, tratando de materializar la

seguridad social como servicio, derecho y principio³ establecidos en el ordenamiento constitucional colombiano.

La posibilidad de ofrecer un contenido jurídico de referencia para todas aquellas personas que buscan o necesitan con urgencia ayuda para tratar estas enfermedades, denominadas como ruinosas o catastróficas y que desconozcan cual es el trámite para hacerse beneficiarios de las diferentes ayudas que ofrecen las entidades gubernamentales, centros médicos u organización no gubernamental (ONG), es una de las principales motivaciones para realizar este trabajo de investigación.

Con este trabajo se busca además concientizar a la sociedad sobre la importancia de un verdadero Sistema de Seguridad Social integral y que permita garantizar de manera total y en forma continuada los tratamientos necesarios para que los pacientes puedan llevar una vida digna y con la mayor normalidad posible sin importar el tipo de enfermedad que padezcan, la edad o hechos accesorios como estar o no estudiando.

³ Ver Corte Constitucional de Colombia, Sala quinta de revisión. Sentencia T-323 de mayo 4 de 2011, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio.

1. DERECHOS FUNDAMENTALES

Podríamos llegar a caer en el error de hablar de manera indiscriminada de los derechos fundamentales y confundirlos con facilidad con de los individuales; por tanto se hace necesario precisar la definición hecha de los derechos fundamentales por el filoso Robert Alexy con relación a las teorías de la "proporcionalidad" y "ponderación".

estas últimas, se hacen necesario a la hora de materializar los mismos y hacerlos efectivos y tangibles en un entorno determinado "puesto que son normas que ordenaban que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes ... ya que no puede haber coherencia sin ponderación" ⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, fácilmente podemos deducir que surge un conflicto inherente a los mismos; ya que una cosa es ponerlos en práctica y otra muy distinta el disfrute y goce de los mismo. Puesto que si bien existe un marco jurídico determinado preestablecido, como lo sería la constitución y sus normas complementarias por bloque de constitucionalidad, que los garantice y enuncie.

Ahora por tanto hay que tener en cuenta que los Derechos Fundamentales, gozan de un carácter especial, reforzado y de mayor garantía por parte de la constitución, es decir estos "son de los sujetos individuales y presumen entornos subjetivos estimados como ventajosos para ellos, suponen también ventajas

⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro De Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002.

adicionales para el conjunto de los hombres y también para la sociedad y el estado”⁵

Por tanto es precisamente en la constitución de 1991, la que contienen mecanismos que sirven para proteger y garantizar la protección de estos Derechos; entre los cuales encontramos la tutela, que sirve como medio para “reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados.”⁶

Ahora bien, en los artículos 48 y 49 de la constitución, tanto la salud como la seguridad social en su condición de Derechos en tanto a su efectividad y desarrollo se basa en tres principios: solidaridad, universalidad y eficiencia. Desarrollados como tal en materia normativa por la ley 100 de 1993; que crea el sistema de Seguridad Social Integral el cual reglamenta la temática de pensiones, salud y riesgos laborales.

Dicha norma, establece en el artículo 162 que “el sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional”⁷

La tutela hoy sigue siendo el medio o método más utilizado, por los ciudadanos en la defensa de sus Derechos fundamentales en relación con el derecho a la salud

⁵ CHINCHILLA, Tulio Eli. ¿Que son y cuáles son los Derechos Fundamentales? Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999

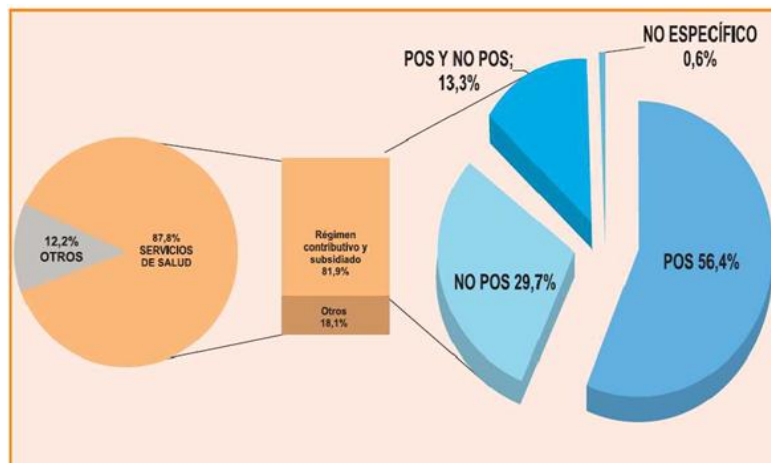
⁶ Corte constitucional. Sala primera de Revisión. Sentencia –t-603 de 16 de junio de 2004. MP Jaime Araujo. En: Tutela. Acciones populares y de cumplimiento. V. N° 57. Bogotá: legis editores, S.A. 2004. P. 491 – 1495.

⁷ Velez AL. La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del Derecho a la Salud y un proceso alterno para acceder a servicios de salud? Colombia. Medellín. Julio – septiembre 2005. Recuperado de: <http://colombiamedica.univalle.edu.co/vol36No3/pdf/cm36n3a10.pdf>, consultado el 33 de diciembre de 2013.

respecto de la negación del servicio, falta de medicamentos, no realización de cirugías, falta de citas médicas de especialistas, mal servicio, falta de personal idóneo o ausencia de los mismos y negligencia.

Analizando por ejemplo el periodo comprendido entre 1999 y 2005 – siendo este el dato que marca el vertiginoso aumento de la misma respecto de años anteriores encontrado a hoy- se conoce que se interpusieron 81.017 tutelas es decir un aumento del 280%⁸ de las mismas en materia de salud; en dicho estudio cabe anotar de manera importante que el 56,4%, como se muestra en la siguiente grafica de estas tutelas se deben a servicios amparados y contenidos en el Plan Obligatorio de Salud POS, lo cual refleja no solo un continuo desgaste del aparato judicial; sino una evidente y reiterativa posición por parte de las EPS de ambos Regímenes –subsidiado y contributivo- en la negación y dilatación de los procesos que garanticen una óptima y eficiente prestación del servicio, dado su carácter de fundamental, como bien antes se mencionó.

Gráfica 1. Contenido POS en las Tutelas



Fuente: Tomado de Defensoría del Pueblo. La tutela y el derecho a la Salud periodo 2003-2005. Bogotá. 2007.

⁸ Defensoría del pueblo. La Tutela y el Derecho a la salud periodo 2003-2005. Bogotá. 2007. Recuperado de: http://defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutela_salud.pdf, consultado el 19 de octubre de 2013

Se hace notoria también la insuficiencia y quizás la falta de conocimiento por parte del ciudadano o de los Comités Técnico Científicos; al haber un aumento respecto de la negación en materia de medicamentos (18.9%) por encima de servicios y procedimientos; pese a que la resolución 3797 de 2004, reglamento las funciones de dichos comités.

Tabla 1 Contenido más frecuente en las tutelas interpuestas

CONTENIDO MÁS FRECUENTE EN LAS TUTELAS INTERPUESTAS								
	PERÍODO							
	2003		2004		2005		Total	
	Nº tutelas	Part.	Nº tutelas	Part.	Nº tutelas	Part.	Nº tutelas	Part.
Exámenes paraclínicos	14.173	21,3%	19.348	20,9%	20.745	18,7%	54.266	20,1%
Medicamentos	11.894	17,9%	16.945	18,3%	20.914	18,9%	49.753	18,4%
Cirugías	12.152	18,3%	16.543	17,9%	18.796	16,9%	47.491	17,6%
Tratamientos	7.332	11,0%	10.416	11,3%	14.645	13,2%	32.393	12,0%
Prótesis y órtesis	6.864	10,3%	9.783	10,6%	12.707	11,5%	29.354	10,9%
Citas médicas	3.768	5,7%	7.094	7,7%	8.004	7,2%	18.866	7,0%
Procedimientos	2.861	4,4%	3.919	4,2%	5.432	4,9%	12.212	4,6%
Otras relacionadas con el sistema	3.913	5,9%	4.348	4,7%	4.794	4,3%	13.055	4,8%
Otras	3.524	5,3%	4.148	4,5%	4.899	4,4%	12.571	4,7%
Total	66.481	100,0%	92.544	100,0%	110.936	100,0%	269.961	100,0%

Fuente: Tomado de Defensoría del Pueblo. La tutela y el derecho a la Salud periodo 2003-2005. Bogotá. 2007.

El 31 de julio de 2008, la corte constitucional, emite la Sentencia T-760; como consecuencia a la crisis y la insuficiencia por parte de la rama judicial frente al incremento considerable de las acciones de tutela respecto de la vulneración y efectividad de los derechos fundamentales. Haciendo efectiva la jurisprudencia emitida en respuesta a 22 acciones de tutela que dan ejemplo de las diferentes negaciones a las que se han visto los ciudadanos al acceso a los servicios de salud.

Estableciéndose como tal un objetivo general, el cual es la protección del derecho a la salud en los distintos ámbitos en que pueda llegar a ser vulnerado, dada su condición de fundamental, determinando que es precisamente, las EPS las que

deben, teniendo en cuenta el principio de integralidad – Art. 162 Ley 100 de 1993 – prestar como tal las condiciones propias e idóneas que posibiliten un tratamiento efectivo y asertivo, más en materia de una enfermedad ruinosa o catastrófica como lo establece el Art. 4 Núm. 4 del Decreto 1983 de 1994, o bien si se ve comprometida la vida o la integridad física.

1.1. LA TEORIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Para iniciar nuestro estudio es preciso remitirnos al análisis de la teoría de los derechos fundamentales. Pero esta categoría de derechos toma vida dentro de un modelo específico de Estado Constitucional, tal cual es el Estado Benefactor o Estado Social de Derecho. Es dentro de este modelo donde toma vida la idea de constitucionalizar, con objetivo de garantía, un catálogo de derechos inherentes a la esencia de la persona humana, y que realizan materialmente su dignidad. Es por ello pertinente partir desde el estudio del modelo de Estado para luego analizar dentro del mismo la idea jurídica de los derechos fundamentales.

1.2. DERECHOS INDIVIDUALES

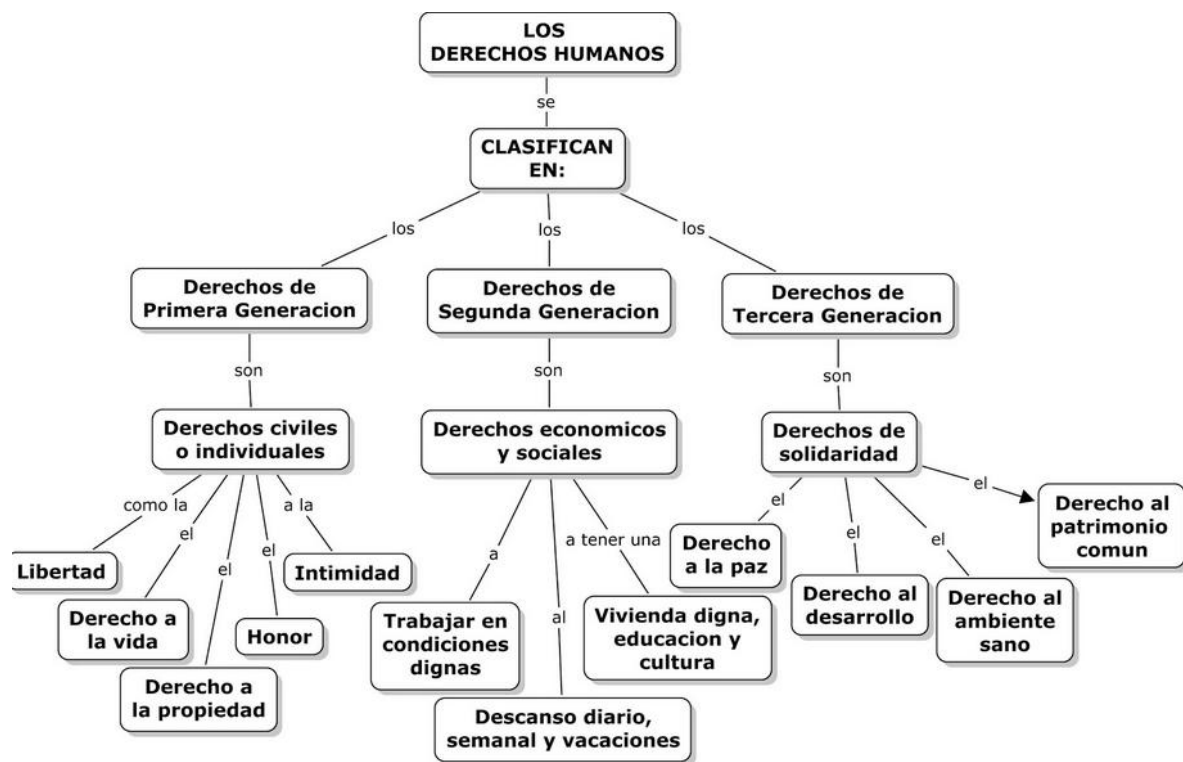
Dicha denominación, surge en la ilustración y es como tal un pensamiento liberal, que inherente a los seres humanos; os cuales no deben ser vulnerados y es obligación del estado su desarrollo, protección y garantía dadas sus condiciones de imprescriptibilidad e inalienabilidad.

Jhon Locke, en el siglo XVII en Inglaterra, fue según la historia el primero hombre en denominar los derechos individuales como tal –The Individuals Rights - , pero fueron los Norte americanos, quienes como tal dieron un desarrollo como tal de

dicho concepto, al incluir al aparato legislativo y la formación, consolidación, garantía y reglamentación del mismo en pro y defensa de los derechos individuales.

1.2.1. Clasificación. Para su clasificación y organización como tal, los tratadistas han tomado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los derechos Civiles y políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y culturales. Estableciéndose y dividiéndose según su origen, contenido y materia en:

Figura 1. Clasificación de los Derechos Humanos



Fuente: Tomado de: http://laculturainca-cusi.blogspot.com/2012_11_01_archive.ht

Tanto los derechos de Primera como los de segunda, claramente imponen cargas bien sea al estado o a la sociedad en la medida de garantizarlos o aplicarlos, ya en una materia más positiva, bien sea en la esfera política o social.

En el caso específico el cual motiva el presente proyecto de grado, es decir respecto de las enfermedades ruinosas o catastróficas – VIH/Sida - y por ende de los individuos que se la padecen y se enfrentan a diario con las continuas negativas y obstáculos respecto de un verdadero y eficiente proceso en su patología, pese a que es la misma norma y la jurisprudencia la que en repetidas ocasiones ha establecido que dichos individuos pese a su condición de incurabilidad y los altos costos de sostenimiento y mantenimiento que representan para el Estado en un nivel integral y óptimo de salud, no pierdan como tal sus derechos y se garantice la no discriminación dada su condición de vulnerabilidad.

Por tanto es obligación del Estado, no solo garantizar un desarrollo y nivel de vida adecuado de una paciente portador de VIH/Sida; Sino también la de evitar y controlar los nuevos contagios a través de mecanismos de prevención evitando el aumento de nuevos casos por cada entidad territorial.

En Colombia, la corte constitucional establece que: “el carácter fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro del texto constitucional, sino que son fundamentales aquellos derechos inherentes a la persona humana.”⁹

1.3. DERECHOS COLECTIVOS

Actualmente existe un debate constante entre si estos, existen o no teniendo en cuenta, la constante colisión que existe entre estos y los derechos individuales, ya

⁹ Sentencia T-571 de 1992. Corte constitucional. MP: Dr. Jaime Sanin Greiffenstein.

que estos hacen referencia a la protección en cuando a su identidad como nación o grupo.

Este tipo de Derechos, proclaman un bienestar social sobre el interés particular o individual, imprimiendo al Estado y sus instituciones la obligación de garantizar su ejercicio y efectividad; la cual en muchos de los casos se quedan solo plasmadas en la ley, como lo es el caso de las normas adoptadas por el Estado en materia de VIH/Sida por bloque constitucionalidad y sancionadas, las cuales como tal evidencia un continuo quebrantamiento, por parte inclusive de las mismas instituciones establecidas para protegerlos o garantizarlos.

La ausencia de políticas públicas, la falta de garantías y la ineficiencia del estado de asumir fiscal y en materia de infraestructura la plena garantía de los derechos de los derechos colectivos han llevado al colapso y restructuración de los mismos en materia legislativa, la cual evidencia continuamente la ausencia y vacios en cuanto a un óptimo y eficaz desarrollo normativo.

Los derechos individuales, ceden respecto de los colectivos, puesto que los primeros su campo de acción es intrínsecamente respecto de un determinado individuo en especifica situación de vulnerabilidad, por tanto contravenían la misma constitución al ser notoriamente excluyentes pues solo se aplicaban a una situación determinada o persona.

Por tanto es “es necesario ver la importancia de formularlos en forma de derechos, pues de lo contrario, se verían como intereses de menor rango y ante toda colisión con derechos individuales deberían ceder.”¹⁰

¹⁰ BERNAL PULIDO. Carlos. Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005

Por tanto es claro que en la esfera de los Derechos colectivos se hace imposible tanto exigirlos como satisfacerlos; pero respecto de los mismo existe un una constante armonía y nexos causal que los relacionan como tal pese a sus continuos choques surgiendo así como tal un “deber de solidaridad”¹¹ en cabeza de un grupo de individuos de una determinada colectividad que reclaman su eficacia y protección.

1.4. ORIGEN Y PROPÓSITO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

Citando al doctor Juan Fernando Silva Henao¹² sobre la historia y los antecedentes del Estado Social de Derecho, resulta conveniente remontarnos hasta el concepto institucional de organización social de las antiguas repúblicas y ciudadanías, en el momento de las Ciudades-Estado, para analizar el desarrollo y evolución de la idea de Estado hasta llegar al Estado Social de Derecho.

Al respecto dice el autor que:

"en este momento histórico, no existían los conceptos que hoy conocemos de derechos humanos o de dignidad humana, resultado de las revoluciones liberales y burguesas, componentes que hoy integran de manera inescindible el concepto de Estado Social de Derecho que conocemos.

"Con la caída del imperio romano y el sistema esclavista, se evolucionó al sistema feudal, en el cual se muta la relación esclavo - amo por la relación siervo - señor, con poder absoluto e

¹¹ *Ibíd.*

¹² SILVA HENAO, Juan Fernando. *Evolución y origen del concepto de Estado Social incorporado en la constitución política colombiana de 1991*. En: *Revista Ratio Juris* Vol. 17, N° 14. (enero – junio de 2012) pp. 141-158. ISSN 1794-6638.

ilimitado del señor feudal sobre sus siervos. El rey ofrecía tierras y protección a los señores feudales, a cambio de su lealtad y servicio. En esta concepción cosificada del hombre, no lejos de ser un bien económico de explotación, el único vestigio de bienestar social, parte de la solidaridad propia de la familia y de las relaciones de buena vecindad entre los siervos en el quehacer cotidiano, con la ayuda mutua en el trabajo del campo."

Así, durante la edad antigua solo fue la familia la institución social que tenía por objeto la garantía de las necesidades básicas del individuo, con las limitaciones propias de un sistema jurídico que avasallaba y destinaba lentamente a la muerte a los individuos. Durante la edad feudal por su parte, se otorgaba cierta protección a los gremios de siervos y sus familias por parte de los señores feudales, en virtud del derecho de propiedad. En realidad velar por la seguridad de los siervos era exactamente equivalente a desplegar acciones de defensa de la propiedad, ya que los siervos pertenecían como bienes a sus amos.

Durante la baja edad media y los principios del renacimiento se acuñó el término Estado, bajo la iniciativa de Nicolás de Maquiavelo, quien aparece en la historia de los pensadores sobre los Estados modernos, cuando ya se había consolidado el fenómeno del Estado- Nación. Esta institución se forjó para consolidar intereses de las coronas europeas, bajo el poder militar de las mismas, homogenizando la sociedad detrás de la idea de cultura común o nación.

El profesor Augusto Trujillo Muñoz afirma que:

"El Estado Nación es producto de la necesidad de superar el fraccionamiento de la sociedad medieval, su dispersión política, expresada en los feudos, las corporaciones gremiales, los municipios. En consecuencia la realidad política del Estado

nacional no se construyó desde abajo, sino que se impuso desde arriba, primero en virtud del absolutismo de los monarcas y más tarde en virtud del liberalismo de los burgueses. E uno y otro caso la institucionalidad expresó unos intereses representados por las cúpulas del organismo social."¹³

De esta manera debe ser claro que el Estado nación no poseía una identidad de intereses con la sociedad, especialmente la excluida y desprotegida, la marginalizada y vulnerable. En este ambiente aparece Maquiavelo el cual, apartándose de la vieja preocupación formal griega de encontrar el fin del Estado, entiende el poder como un fin en sí mismo, y profundiza la separación entre la política y la ética, sugiriendo que el Estado no tiene por función la garantía de los intereses de un llamado pueblo, sino su propia auto conservación, lo cual era la conservación de la corona.

Cuando este modelo de absolutismo y de privación jurídica total de los subordinados encuentra su culmen, aparecen las revoluciones liberales del siglo XVIII, que traen de la mano la idea de los derechos civiles y políticos, derechos de ciudadanía, derechos personales de primera generación. De ellos sostiene el profesor Silva Henao¹⁴ lo siguiente:

"Este tipo de derechos civiles y políticos obtenidos por las luchas de la burguesía en las revoluciones liberales, tienen como finalidad liberar al individuo del poder omnímodo y arbitrario del Estado (Leviathan)¹⁵; sobre estos derechos, se edifica entonces el

¹³ TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. El Estado y el Derecho. Elementos de teoría constitucional. Pág. 65. Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá D.C., 2001.

¹⁴ SILVA HENAO, Juan Fernando. Op. Cit. pp. 141-158.

¹⁵ Término empleado por el filósofo y político inglés Thomas Hobbes en su libro el Leviathan, publicado en 1651. El título del libro hace referencia al monstruo bíblico Leviatán; y en él se describe al Estado como un súper hombre con poder soberano al cual todos los hombres han cedido su voluntad en pro de superar el estado de naturaleza, "Bellum omnium contra omnes",

concepto de Estado de Derecho que hoy conocemos con un poder definido y limitado (Seguridad de la libertad y propiedad), el cual se funda en la existencia de unas reglas claramente determinadas que obligan tanto al gobernante como a los gobernados, más no existe un concepto de unidad o corresponsabilidad social, al entender la sociedad, como un simple conjunto de hombres libres, principalmente en materia económica, pero sin obligaciones en favor de otros o del Estado, más allá de respetar la ley el derecho ajeno.

"Para mejor ilustración sobre esta diferenciación que marca el cambio radical entre Estado Social y Estado de Derecho, es preciso hacer un paréntesis, entre la concepción de los derechos en el Estado Liberal, y el concepto de derechos en el Estado Social que surgirá con posterioridad.

"En el Estado Liberal los derechos, conocidos también como derechos de primera generación, son subjetivos y podrían clasificarse como individuales en tanto solo pertenecen al individuo, en favor de éste y como mecanismo de protección contra los demás; naturales porque existían antes del estado mismo y son inherentes a la persona humana; protectores contra los ataques de terceros y el Estado; unilaterales en tanto se toman para cada individuo aislado y determinados (libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión); se concretan entonces en un deber de abstención del Estado, no interferir, e impedir que los particulares interfirieran en la vida de otros, *laissez faire, laissez passer*."

"Guerra de todos contra todos", y asegurar la paz. "Homo homini lupus est" ("El hombre es un lobo para el hombre"). *Aclaración del autor*.

En el Estado Social, que es en efecto una superación del Estado liberal decimonónico, los derechos surgen de una dimensión diferente. No se trata ya de otorgar derechos para satisfacer una norma legal o un criterio de derechos en sociedad, sino se trata de materializar la dignidad del sujeto. por esta razón surgen derechos de dos categorías diferentes, los de segunda y tercera generación.

En el Estado Social los derechos no son otorgados por la institucionalidad y entregados al pueblo, sino que son reclamados por el individuo en favor de sí mismo y de sus semejantes, y se le da el poder a la persona para hacerlos efectivos frente al Estado. Su categoría social, es su naturaleza. Es la determinación de un fin institucional; el Derecho es el mecanismo mediante el cual se asegura que dicha finalidad llegue a término, restringiendo más el poder del Estado.

El camino sin embargo para llegar hasta este otro modelo de Estado, pasa necesariamente por el concepto de Estado de bienestar, que se construye fundamentalmente en Europa, durante la Alemania de Otto Von Bismark, en donde el temor del avance de las ideas socialistas, conduce al Estado a garantizar derechos colectivos a los trabajador, a implementar sistemas pensionales y a reconocer derechos de grupo. Estos avances sostienen la idea de un Estado que está diseñado y que se funda en la preservación de la vida y de los intereses de sus integrantes, focalizándose en la mitigación de los problemas estructurales de la sociedad.

Esta idea de la seguridad social para los trabajadores, se extiende así a toda la ciudadanía consolidándose el modelo y expandiéndose al resto de Europa como un contenedor eficaz de las revoluciones socialistas.

en efecto lo que ocurre es que el Estado deja de asumir idealmente la existencia de sus ciudadanos en su interior, y ahora entiende que la dignidad y la justicia no pueden dejarse librados al azar de la dinámica del mercado, sino que observa una realidad concreta de marginalización e irrealización de derechos, y se decide a intervenir para reequilibrar las balanzas.

Surgen así modelos constitucionales como el consagrado en la Constitución de Weimar de 1919, en la que se consagran derechos que se encaminan a proteger integralmente la ciudadanía, aunque se distancian de la idea pura del Estado socialista. dos años antes se había presentado el bastante avanzado modelo de la Constitución Mexicana de Querétaro en la que se consagraban derechos sociales de gran alcance.

Ahora bien, sobre el surgimiento explícito del Estado Social, es preciso reconocer los trabajos de Lorenz Von Stein (1842) quien teoriza el mismo como una manera de evitar las revoluciones de izquierda, y de materializar al mismo tiempo derechos liberales cuya titularidad recae ya no sobre el individuo sino sobre el colectivo social y el de Herman Heller quien introduce la cláusula del Estado social de Derecho en la constitución alemana en 1929, para la evitación de una crisis de formalismo jurídico en aquel país.

Finalmente, el concepto de Estado social de Derecho, también acogido en la Constitución de Bonn de 1949, puede definirse como una mediación entre la tensión del Estado Liberal clásico y la propuesta del Estado socialista, haciendo primar la iniciativa privada sobre los conceptos estrictamente públicos, pero al mismo tiempo entregando en manos del Estado el manejo y la regulación de los servicios prestados por el Estado a la sociedad.

De acuerdo con el profesor Silva Henao,

"la concepción de Estado Social o, también denominado recientemente como Estado Social de Derecho, es un concepto propio de la ideología política alemana (Sozialstaat – estado social y Sozialrechtsstaat – estado social de derecho), consiste en un sistema político que impone al Estado la misión de garantizar ciertos derechos considerados esenciales para la subsistencia mínima de la persona adentro de la sociedad sin privaciones irracionales; para el efecto, al Estado se le atribuye la prestación o coordinación de ciertos servicios, tales como la asistencia sanitaria, la salud, la educación pública, la regulación del trabajo y la vivienda digna, los subsidios familiares, el acceso a recursos culturales y recreativos, asistencia a los grupos vulnerables o discriminados, tales como minusválidos, ancianos y menores, inclusión social, protección del medio ambiente, planificación del mercado e impuestos sobre la renta, entre otros. Se trata de un modelo Estatal que interviene directamente en la sociedad, en procura de asistencia social y redistribución de la riqueza para mitigar la desigualdad social que hace inoperantes las garantías del Estado de Derecho para un creciente número de ciudadanos. Promueve igualmente la integración de las clases sociales menos favorecidas, evitando la exclusión y la marginación.

"Puede definirse, también, el Estado Social como un punto medio entre los sistemas totalmente liberales o de “derecha” y los sociales o de “izquierda”, que pese a ser totalmente contrarios, pueden encontrar un punto de equilibrio al reconocerse valores fundamentales de uno y de otro, tales como el individualismo y la propiedad privada del modelo liberal, acompañados con las

garantías sociales, tales como la función social de la propiedad, la regulación estatal de la economía, los sistemas de seguridad y asistencia social, entre muchas otras expresiones de inspiración socialistas y capitalistas."¹⁶

1.5. EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO

Después de haber definido el concepto de Estado Social de Derecho a través de la evolución histórica que hasta el momento hemos desarrollado, resulta preciso entonces, adentrarnos en el concepto de Estado que aparece consagrado en el artículo 1° de la Constitución política colombiana de 1991 el cual reza de la siguiente forma:

“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad [...]”.¹⁷

Esta fórmula constitucional es la que establece el núcleo, la razón ontológica del Estado Colombiano y resulta necesario desmenuzarlo para entender la estructura jurídica interna de nuestro Estado.

Para tal efecto, y siguiendo al profesor Silva Henao¹⁸, resulta preciso hacer un recorrido por las discusiones sostenidas dentro de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, la cual desde su sesión inaugural el 5 de febrero de ese año empezó a perfilar la vocación social del Estado colombiano. De acuerdo al

¹⁶ SILVA HENAO, Juan Fernando. Op. Cit. pp. 141-158.

¹⁷ República de Colombia. Constitución Nacional, Art. 1°.

¹⁸ SILVA HENAO, Juan Fernando. Op. Cit. pp. 141-158.

registro del discurso del presidente de entonces, el Dr. Cesar Gaviria Trujillo, ya desde él se hace un llamado a la Asamblea Constituyente para darle una vocación social al nuevo Estado que iba surgir del seno de ella.¹⁹

La primera propuesta presentada por el electo Jesús Pérez González, asambleísta por el partido Liberal, supuso la siguiente fórmula, estableciendo que “Colombia es un Estado de derecho, democrático, liberal, pluralista y social”.²⁰

El proyecto presentado por el Gobierno Nacional de entonces a la Asamblea Constituyente establecía que “Colombia es un estado de derecho, social y democrático”²¹, idea bastante cercana a la que establece la constitución alemana.

Por su parte, la propuesta de Antonio Navarro Wolff sostenía que “Colombia es una República soberana e independiente [...] Se rige por los principios del Estado democrático y social de Derecho”²² y una fórmula similar fue propuesta por el constituyente Fernando Carrillo Flórez estableciendo que: “La República de Colombia es un Estado social de derecho [...]”²³ expresión que se mantendría inmodificable en los debates de la comisión “y que sólo se modificaría, por sugerencia del delegado Gustavo Zafra Roldán, del partido Liberal en la plenaria de la Asamblea, por la mención “Colombia es un Estado social de derecho [...]”²⁴, fórmula que finalmente se adoptase en el artículo primero de la Carta Política de 1991.”²⁵

Al respecto del significado jurídico de dicho concepto adoptado, la misma Corte Constitucional, máxima intérprete de dicha carta, estableció varias implicaciones

¹⁹ Ver Gaceta Constitucional N° 1, pág. 19. 1991.

²⁰ Ver Gaceta Constitucional N° 4, 1991.

²¹ Ver Gaceta Constitucional N°5, 1991, artículo 1.

²² Ver Gaceta Constitucional N° 8, 1991.

²³ Ver Gaceta Constitucional N° 31, 1991, p. 2.

²⁴ Ver Gaceta Constitucional N. 75, 1991, p. 13.

²⁵ SILVA HENAO, Juan Fernando. Op. Cit. pp. 141-158.

jurídicas del mismo en un fallo magistral con ponencia del magistrado Ciro Angarita Barón²⁶, sosteniendo los siguientes aspectos:

Sobre la razón del surgimiento del Estado Social de Derecho afirmó:

“El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política”

En cuanto a los postulados del Estado social de derecho colombiano, sostuvo la Corte en el mismo fallo que:

“Por lo menos tres postulados se desprenden del artículo primero:

a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.

b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, sala Primera de Revisión. Sentencia T-406 de 1992. MP. Dr. Ciro Angarita Barón.

derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales.

El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.”

En una sentencia posterior, la C-288 de 2012, la Sala plena la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, recordó el significado puro del Estado social de Derecho, afirmando que:

“El alcance del ESDD, al amparo de lo regulado en la definición del Estado constitucional colombiano (Art. 1º C.P.) se basa en cuatro principios esenciales, que delinear los aspectos estructurales de la función estatal de cara a los ciudadanos: la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad. 1. De acuerdo con el principio fundamental de la dignidad humana, las autoridades del Estado tienen proscrito tratar a las personas como simples instrumentos, como cosas o mercancías, como tampoco ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida esta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido, en un ambiente libre de miedo frente a la carencia de lo materialmente necesario e indispensable para subsistir dignamente. 2. El principio fundamental del trabajo justifica, entre otras, la intervención del Estado en la economía, “para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” (Art. 334 inciso 2 C.P.). De esta forma, el ESDD, por medio de la política económica y social adoptada por las autoridades competentes, pasa a ser agente de estímulo a la creación de empleo en el mercado laboral, todo ello dentro del marco constitucional de protección especial al trabajo (Arts. 25 y 53 C.P.). 3. Conforme el precedente reiterado, la solidaridad, como tercer pilar del Estado Social de Derecho, es un principio fundamental del que se derivan múltiples principios, entre ellos, los de equidad y progresividad tributaria (Art. 363 C.P.), al igual que derechos, con su cede con la seguridad social (Art. 48 C.P.), o deberes, por ejemplo, a obrar con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, todos ellos aplicables tanto al Estado como a los

particulares. 4. Finalmente, los objetivos esenciales del ESDD se identifican de mejor manera en el contenido y alcance del principio y derecho fundamental a la igualdad. Esto debido a que se extiende en diversas garantías, según se deriva del artículo 13 C.P., con son la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva y la incorporación de tratamientos diferenciados y acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Como lo indica la Corte al identificar estos principios pilares “[e]s a partir precisamente del artículo 13, en concordancia con los artículos 1, 2, 11 y 85 de la Constitución que la jurisprudencia constitucional ha reconocido desde un principio el derecho fundamental al mínimo vital, el cual adquiere especial relevancia en el contexto de la intervención del Estado en la economía, en virtud del artículo 334 Superior. Como consecuencia de lo anterior, las medidas adoptadas por las autoridades en el marco de un Estado Social de Derecho han de consultar la realidad fáctica sobre la cual habrán de surtir efectos, con miras a materializar la finalidad primordial adscrita por esta fórmula política a las instituciones públicas: promover condiciones de vida dignas para la totalidad de la población. Ello es especialmente predicable de las leyes en materia económica.”

Y finalmente al respecto de la protección de los derechos en este nuevo modelo constitucional de Estado, en el mismo fallo sostuvo:

“El principio del ESDD impone la protección de los derechos constitucionales desde una perspectiva fáctica, esto es, comprometida con la satisfacción de los intereses de los grupos sociales menos favorecidos, a través de una relación de

dependencia entre la ciudadanía plena y el acceso efectivo a las garantías y libertades. En ese orden de ideas, son indiscutibles las fórmulas de intervención del Estado en la economía que, sujetadas en todo caso a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, tengan por objeto lograr la igualdad de oportunidades y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo. No de otra manera debe interpretarse el artículo 334 C.P., cuando prescribe que esa intervención se justifica en cuanto tiene como finalidad la racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la mencionada distribución equitativa y la preservación de un ambiente sano. Incluso, la misma fórmula constitucional de intervención del Estado en la economía reafirma el carácter nodal de la igualdad material, cuando determina que esa tarea se realizará con mayor énfasis cuando se trate de dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en especial las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.”

1.6. DERECHOS SUBJETIVOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El concepto de Derecho fundamental es uno de los pilares del concepto de Estado Social de Derecho de acuerdo a la jurisprudencia de la misma Corte Constitucional. Por ello es fundamental que analicemos durante un momento el concepto de los mismos para luego llegar hasta nuestro derecho especial de análisis, cual es el derecho a la Salud.

Para este análisis nos valdremos del recuento histórico que la Corte Constitucional realiza sobre el mismo en la ya citada sentencia T-406 de 1992, con ponencia del Dr. Ciro Angarita Barón.

A. Debates en la Asamblea Nacional Constituyente

Sobre el concepto de derecho fundamental debatido en la Asamblea Nacional Constituyente hay pocas referencias. En el presente trabajo nos remitiremos al recuento realizado en la sentencia T-406 de 1992, la cual sostiene lo siguiente:

"En aquella oportunidad casi todo el tema fue tratado bajo la rúbrica de los derechos humanos. Así se desprende de la ponencia de la subcomisión segunda de la comisión primera, cuando afirma: *"para determinar los derechos que deben figurar en nuestra Carta constitucional se tuvo en cuenta la evolución del concepto de derechos fundamentales propiciada por las circunstancias históricas y políticas y por el desarrollo de los principios humanitarios"*; Todo ello para tratar el tema bajo la clásica división de las tres generaciones de derechos humanos.

"Otra forma de determinar el carácter de fundamental de un derecho debatida en la Asamblea fue la del concepto de aplicación inmediata. Esta vía fue defendida en la intervención hecha por el Ministro de Gobierno Humberto de la Calle Lombana en la sesión del 6 de Marzo ante la comisión primera al presentar el proyecto de gobierno: "... en nuestra opinión no se trata de establecer una escala de valores que discrimine unos derechos frente a otros, ... lo que el gobierno quiere señalar es que hay unos derechos que son de aplicación inmediata, que no requieren la intermediación de la norma legal para que ellos tengan vigencia y por lo tanto permiten la utilización inmediata de los elementos de protección de los derechos...". Según esto el derecho de tutela sólo podía ser aplicado frente a la violación de alguno de estos derechos considerados como de aplicación inmediata.

"Pero fue en las sesiones plenarias donde se aclaró el punto: La aplicación inmediata no agotaba la lista de los derechos fundamentales. Para llegar a esta conclusión es necesario conocer el debate en plenaria sobre el artículo 85 de la Constitución. En sesión plenaria de junio 29 la comisión codificadora sometió a discusión un texto que hacía referencia a la acción de tutela, únicamente para aquellos derechos que se habían determinado como de aplicación inmediata, entre ellos la vida, la integridad personal, la honra, la igualdad, etc. Una vez finalizada la lectura se presentaron las interpelaciones en contra, por parte de algunos constituyentes; así expresó su inconformidad el Dr, Alvaro Echeverry Uruburu:

"La comisión codificadora incurrió en una gravísima confusión; de suerte que confundió aplicación inmediata de los derechos que quiere decir que hay derechos que simplemente basta su consagración en la Constitución para que tengan operancia y efectividad; que no necesitan ley que los reglamente, (...) y eso es una cosa distinta con el amparo o con el derecho de tutela como aquí se ha llamado, que obviamente está prescrito para unos derechos fundamentales, pero obviamente el error partió de allí, porque dice la comisión que se amparan con tutela, esos derechos de aplicación inmediata , es decir que no hay tal ley reglamentaria y otra cosa es que se diga cuales derechos van a ser amparados por la tutela que esos si pueden ser reglamentados en la ley estatutaria respectiva..."

"Es precisamente en este punto donde es necesario entrar a establecer si realmente se quiso, por parte de los constituyentes, establecer un catálogo taxativo de derechos fundamentales, o, por el

contrario, fue apenas una enunciación susceptible de ser ampliada a otros derechos que, a pesar de no ser tenidos bajo el título de fundamentales, pueden serlo por una interpretación que de ella se haga.

"Un gran número de constituyentes pensaban que la carta de derechos fundamentales no podía ser taxativa, tema este que se debatió cuando se estaba votando el artículo referente a la acción de tutela. Se transcribe a continuación la intervención del Dr. Juan Carlos Esguerra en la sesión plenaria del 29 de junio:

"... en el artículo de tutela que viene a continuación se estableció que a través de ese mecanismo se protegerían los derechos fundamentales, entonces, deliberadamente no incluimos allí una relación de los derechos fundamentales, porque la verdad es que quizá lo conveniente es dejarle esa labor al legislador más bien que al constituyente; hoy se reputan fundamentales algunos derechos que quizá mañana no lo sean, como mañana pueden llegar a tener ese carácter algunos que hoy no hemos imaginado, entonces yo sería partidario y así se lo sugerí al doctor Pérez Rubio, de que en esta norma corremos el riesgo de equivocarnos como ocurre con toda enumeración taxativa a nivel constitucional, se dejara que lo haga la ley... de manera...que la reglamentación debería comenzar por la determinación de cuáles son los derechos que van a ampararse a través de ese mecanismo y no correr el riesgo de petrificar una serie de derechos, cerrando la posibilidad de que el día de mañana aparezcan otros; donde la ley podría determinar cuales tienen el carácter de fundamentales para efectos de la tutela..."

Posición está respaldada por el constituyente Fernando Carrillo quien expresó:

"Respaldo la posición del Dr. Esguerra, porque si hay algún artículo que debe caracterizarse por la flexibilidad es precisamente este, dentro de las recomendaciones que hace la Comisión codificadora se encuentra además este criterio, que dice textualmente "no se excluye que la ley amplíe la tutela a otros derechos", pero el texto sugerido por ellos no se encuentra la expresión que permitiera la extensión de esa garantía a este tipo de derecho".

"El constituyente Otty Patiño también respaldó la propuesta, agregando que sin embargo era una obligación consagrar constitucionalmente alguno de esos derechos.

"Por otra parte el Dr. Jesús Pérez señaló:

"aclaro lo siguiente, que en ninguna parte la comisión codificadora pretendió enviar a la ley a que reglamente nada, simplemente se permite que la ley extienda a otros derechos la protección del recurso de tutela..."

"Así mismo otra forma para determinar la no taxatividad de los derechos fundamentales es aquella de dejarle al juez de tutela que determine, en últimas, si un derecho es fundamental o no. Frente a este tema encontramos alguna referencia hecha por el Constituyente Juan Carlos Esguerra al hacer su presentación sobre el mecanismo de la tutela para los derechos fundamentales cuando expresó: *"La calificación de los derechos debe ser una prerrogativa del juez, y no de la Constitución Nacional..."* (Gaceta Constitucional No 24,pág. 7)"

1.5.1. Definición De La Corte Constitucional. Al respecto del concepto específico de Derecho fundamental, la Corte Constitucional estableció en el citado fallo, y lo reafirmó en posteriores, que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales.

Requisitos esenciales

1). Conexión directa con los principios

En primer lugar, señaló la Corte Constitucional que los derechos fundamentales, al igual que todas las demás normas de la Carta Política, pero con más fuerza, se derivan o "emanan" directamente de los principios consagrados en la Constitución Nacional y que fundan al Estado mismo. Estos derechos fundamentales son la concreción axiológica de los principios del Estado.

2). Eficacia directa

En segundo lugar, la Corte Constitucional estableció que una cualidad propia de los derechos fundamentales es su aplicación inmediata dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Ellos permiten a través del mecanismo de tutela, acusar en concreto a determinados actos sociales como inconcebibles dentro del modelo de Estado Social de Derecho, para que el Estado ordene, administrativa o judicialmente, la corrección de los mismos en aras de garantizar un orden social justo.

3). El contenido esencial

Finalmente, otro requisito esencial de los derechos fundamentales está relacionado con su contenido esencial. Ese contenido debe realizar materialmente

un aspecto de la dignidad del ser humano y no está delimitado por la opinión de mayorías políticas, sino que se orienta naturalmente por la equidad social.

Criterios de distinción

Existen en opinión de la Corte, además de requisitos esenciales de dichos derechos, unos criterios de distinción que nos permiten observarlos como especiales en medio de los demás derechos subjetivos del ordenamiento jurídico.

a) La consagración expresa

Los derechos fundamentales si bien no son estrictamente taxativos, si aparecen en su mayoría referenciados de manera expresa en la Carta Política. Están diferenciados en un título específico de la Constitución, pero la misma añade que un derecho subjetivo puede llegar a transformarse en uno fundamental, cuando de su materialización se desprenda la realización de la dignidad del sujeto.

b). La conexión directa con derechos expresamente consagrados.

Siguiendo lo anteriormente dicho, algunos derechos no son expresamente considerados como fundamentales, pero tienen una conexión clara con otros que sí lo son, y entonces, a través de la figura jurídica de la conexidad, se garantizan como fundamentales, en el entendido que su desprotección afecta el núcleo esencial de otro derecho expresamente consagrado como fundamental en la regla de reconocimiento.

c). El carácter de derecho inherente a la persona

Finalmente, otro criterio fundamental para reconocer un derecho de la misma categoría es su vinculación con la satisfacción mínima de la dignidad del individuo,

que sin ser expreso necesariamente, asume dicha cualidad para realizar la idea de la existencia digna.

1.7. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

Es imposible hablar del derecho a la Salud y su carácter de fundamental sin mencionar el derecho fundamental a la vida, contenido en el artículo 11 de la Constitución Política y su definición de inviolable, lo que supedita a toda falla en materia de seguridad social en cuanto a salud se trata siempre y cuando “implique afectación de derechos como la vida, debe entenderse y adquirir la categoría o calidad de derecho fundamental por conexidad”.²⁷

Es importante hacer aclaración en que el sistema general de la seguridad social en Colombia es mixto; dada su amplitud e temáticas y regímenes que la componen.

Por tanto una cosa es el sistema el cual debe entenderse como las políticas adoptadas por el Estado en función de garantizar su prestación y eficiencia y otra el régimen, el cual es el mecanismo que garantiza la cobertura del mismo en materia de efectividad.

El estado, está obligado a suministrar normativamente el plan de atención básica en materia de salud, mientras que la EPS, específicamente debe prestar el plan obligatorio de salud y el plan obligatorio de salud del régimen subsidiado, en el desarrollo de las políticas fijadas por el Estado.²⁸

²⁷ CORTES HERNANDEZ. Oscar Iván. Derecho de la Seguridad Social. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá: Tercera edición. 2007. Página. 269.

²⁸ Corte constitucional. Sentencia SU-508 del 17 de mayo de 2001. MP: MONROY CABRA. Marco Gerardo.

Es así como el derecho a la salud, se convierte en una necesidad humana, ya que esta es la que garantiza tanto en el estado como en el individuo, una sensación de asistencia y prevención del mismo en cuanto a la formalización del mismo en cuanto a su supervivencia en una sociedad en condiciones mínimas de dignidad.

Abraham H. Maslow, establece y clasifica de una manera jerárquica y necesaria en este orden descendente las unas de las otras, las condiciones básicas que a un determinado individuo se le hacen necesarias para sobrevivir, reconocerse y realizarse²⁹ para considerarlas satisfechas.

Una de las teorías, que se nos hace importante traer a colación en cuanto a establecer la salud como una necesidad fundamental para un individuo es la de Mamfred, el cual establece que las necesidades nunca cesan y son imposibles de medir teniendo en cuenta que en cada sociedad y en cada individuo, operan determinadas circunstancias que hacen que para lo que uno es necesario para otro quizás no, teniendo en cuenta claro está el momento histórico en el cual se desarrolla.

Mamfred, establece una clara diferencia entre lo que es necesidad y satisfactor; ya que el hombre vive con constantes necesidades en determinados momentos de su vida las cuales son múltiples e interdependientes entre sí, es decir axiológicas y existenciales³⁰ es decir el satisfactor es la respuesta en muchos casos a una o varias necesidades. Por tanto es precisamente en materia del derecho a la salud un satisfactor, en cuanto responde en el individuo a su condición de sentirse protegido y tener una condición saludable en determinada circunstancia que lo requiera o la seguridad de saber que contara con esta cuando lo requiera.

²⁹ MASLOW H. Abraham. Motivación y personalidad. Segunda edición. Madrid: ediciones Diaz de Santos. 1991.

³⁰ MAX-NEEF. M. Elizalde A. Hopenhayn M. Desarrollo a escala humana conceptos. Aplicaciones y algunas reflexiones. Segunda edición. Uruguay. Montevideo. Icaria editorial. S.A. 1998.

Se hace importante dichos tratadistas en la medida en que debemos comprender la salud, en su carácter de fundamental como una necesidad que tenemos todos los individuos de una determinada colectividad y en general de todas las culturas podríamos afirmar; pero respecto del caso de las personas portadoras de VIH/Sida, es su condición la que precisamente es diferente y los hace más vulnerables respecto de otros, la que hace que para estos deban cambiar específicamente las condiciones y los medios que se utilicen para su tratamiento y nivel de vida óptimos, puesto que sus necesidades y satisfactores son muy distintos respecto de una persona no portadora de dicha patología.

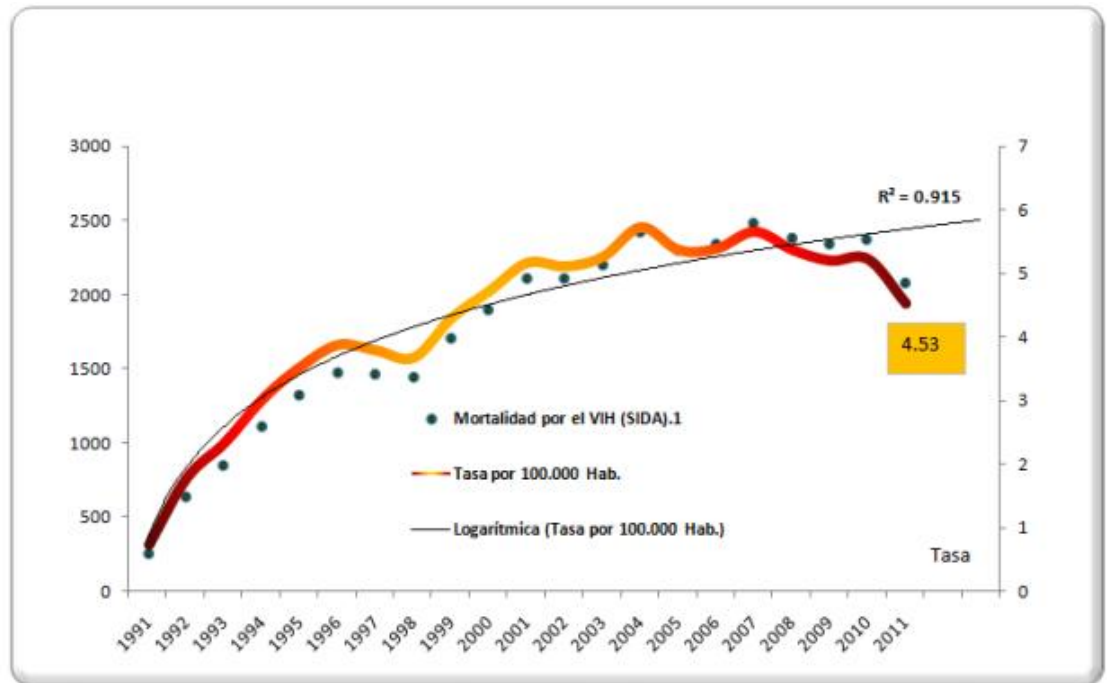
La salud en Colombia y en general en cualquier lugar del mundo podemos afirmar, hace parte de las necesidades colectivas universales de una sociedad en la que es de importancia ya que “la doctrina, el poder y lo político intervienen sobre la salud de las personas”³¹; por tanto el derecho a la salud como fundamental es necesario e indispensable pero determinado por el quehacer político y el legislador quien depende de las esferas económicas, haciendo que la salud como tal deje de ser una política y se convierta en una manera más de mover la economía, ya bien sea en materia farmacéutica como en la insuficiencia fiscal como antes de dijo por parte del estado de asumir una carga económica en la prestación de un servicio de calidad.

Por tanto debemos entender que el derecho fundamental a salud tiene una determinada y preferencial condición jurídica en el ordenamiento jurídico y político la cual no se da como se determina en las distintas grafica que a continuación presentaremos y nos permiten conocer el derecho a la salud y sus condiciones hoy.

³¹ FRANCO GIRALDO. Alvaro y ALVAREZ DADET. Carlos. Gaceta sanitaria. Derechos humanos. Una oportunidad para las políticas públicas en salud. Barcelona. Mayo- junio de 2008. Recuperado en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=s0213-9112008000300015&script=sci_arttext, consultado enero 9 de 2014.

Las siguientes tablas nos sirven para complementar el presente trabajo, con ellas buscamos no convertir esta, en una cartilla de datos y cifras, pero se nos hizo imperioso traerlas a colación para conocer como tal el nivel y condiciones, que las fuentes oficiales nos muestran respecto de las personas que padecen VIH/Sida en el territorio nacional en cuanto a su relación directa con el derecho a la salud, su carácter de necesidad y satisfactores – recordemos las teorías antes enunciadas – y en específico sobre las personas que padecen dicha patología que las hace vulnerable específicamente y de trato preferencial de manera individual.

Gráfica 2. Tasa de mortalidad por SIDA por 100.000 habitantes, Colombia 1991 – 2011



Fuente. DANE, Estadísticas Vitales, 2005-2011 (año 2011 preliminar)

Según el anterior gráfico suministrado por el DANE, la tasa de mortalidad fue de 4.53 por 100.000 habitantes, lo que demuestra que levemente ha disminuido respecto de años anteriores, lo cual nos muestra que en cuanto a tratamientos antirretrovirales y respecto de las nuevas guías médicas en cuanto a VIH/Sida y

los continuos avances farmacéuticos y científicos se refieren han servido para disminuir el nivel de muertes por dicha enfermedad; pero es necesario ahora bien hacer un análisis de otro gráfico, el cual vamos a analizar en el mismo periodo la cantidad de nuevos casos detectados y respecto del nivel de mortalidad en cuanto al mismo.

Tabla 2. Casos notificados de VIH/Sida y muerte por Sida 1983 – 2011

Casos notificados de VIH/Sida y muerte por Sida				
Distribución anual por sexo				
Colombia años 1983 a 2011				
AÑO	HOMBRE	MUJER	SIN DATO	TOTAL
1983	1	1	0	2
1984	3	0	0	3
1985	11	1	0	12
1986	45	2	0	47
1987	214	11	1	226
1988	481	51	0	532
1989	623	111	1	735
1990	994	119	9	1122
1991	1205	172	3	1380
1992	1691	220	26	1937
1993	1699	218	8	1925
1994	3238	423	6	3667
1995	2705	419	34	3158
1996	2332	579	2	2913
1997	2500	538	1	3039
1998	2382	627	26	3035
1999	2261	567	41	2869
2000	2441	704	6	3151
2001	2989	969	11	3969
2002	3406	1211	53	4670
2003	2308	968	25	3301
2004	3011	1223	31	4265
2005	2108	1157	114	3379
2006	3466	1502	87	5055
2007	2713	1349	0	4062
2008	4349	1926	0	6275
2009	4664	2116	0	6780
2010	5274	2216	0	7490
2011	5685	2306	0	7991
TOTAL	64343	21404	485	86990

Fuente: Base de datos a corte 1 de Febrero 2012. Sivigila INS-MPS. Procesamiento: Observatorio Nacional de VIH/sida. 1983-2011, Datos preliminares.

Al analizar el gráfico 5, el cual corresponde al mismo periodo podemos resaltar que si bien, para el 2011 la tasa de mortalidad por cada 100.000 habitantes fue de 4.53 y se observó un leve descenso de la misma respecto de años anteriores, es evidente el continuo aumento del mismo de casos informados o nuevos casos, lo que evidencia aparentemente la ausencia de política de prevención y promoción que evite nuevos contagios.

Lo que hace que frente a la incapacidad del estado de asumir en función de garante del derecho fundamental a la salud, dados los altos costos y la falencia de instituciones que presten el servicio en óptimas condiciones como ya bien lo analizamos en las continuas fallas del servicio, cada vez más el sistema general de salud en Colombia y en cuanto a las personas que padecen dicha enfermedad recibir un servicio de calidad, idóneo e íntegro como lo plantea la carta.

2. LA SALUD EN COLOMBIA: DE LA TEORÍA JURÍDICA FUNCIONAL A LA TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El derecho a la Salud en nuestro país se ha visto sometido a un severo análisis y desarrollo legal y jurisprudencial desde su consagración en la Constitución Nacional de 1991, en la cual se estableció lo siguiente:

"Artículo 49.- La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

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

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto.

Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos."³²

A su vez, el constituyente estableció el derecho a la Seguridad Social³³, como servicio esencial que el Estado debía prestar por sí mismo o a través de agentes privados creados para tal fin, pero vigilados por el primero.

En el presente capítulo, realizaremos un análisis del desarrollo legal y jurisprudencial del derecho a la Salud en el ordenamiento jurídico colombiano a partir de 1991, haciendo hincapié en el cambio paulatino de teoría y visión del mismo, gracias especialmente a la intervención de la Corte Constitucional, la cual transformó la idea de un derecho prestacional a un derecho fundamental.

³² República de Colombia. Constitución Nacional, Art. 49.

³³ Ver Constitución Nacional de Colombia, art. 48.

2.1. LA SALUD EN LA TEORÍA DE LA GENERACIONES DE DERECHOS

A lo largo de varios años, los teóricos de los derechos humanos han estructurado la famosa teoría de las Generaciones de Derechos, erigiéndose en una fórmula pedagógica para la enseñanza y el empoderamiento de los mismos, a través de su análisis en la historia.

Cabe advertir sin embargo que en los últimos años esta teoría ha sido duramente criticada, debido a la simplista visión de la generación focalizada de los derechos humanos que en sí misma expone, en tanto sugiere que éstos surgieron fundamentalmente a partir de la revolución Francesa, monopolizando y circunscribiendo los mismo a la cultura occidental, no siendo esto cierto. quienes la defienden por su parte han sido enfáticos al sostener que más que otorgarle una autoría específica a los derechos humanos, la intención de dicha teoría es explicar la evolución histórica del derecho en cuanto esencialidad.

Cierto es por su parte, que esta teoría permite entender los Derechos Humanos como el producto de luchas sociales que se concretaron en normas vinculantes y que inspiraron Cartas Políticas como la nuestra. Por esta razón echaremos mano de ella para analizar el lugar del derecho a la salud en la teoría sociológica de los Derechos humanos

El principal teórico de las generaciones de Derechos humanos fue el jurista checo Karel Vasak, profesor del Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, Francia, el cual sostiene que existe una derivación histórica de los derechos considerados hoy del hombre a nivel global, y que estos han respondido a las dinámicas sociales de específicos momentos, categorizándolos en Derechos de primera, segunda y tercera generación, habiendo autores más recientes que han añadido una cuarta generación de los mismos.

De esta manera, en la primera generación de Derechos se encuentran los derechos personales, o derechos civiles y políticos, los cuales son aquellos que reconocen la individualidad del sujeto frente al Estado y delimitan el espacio de intervención de este último frente a sus integrantes. hacen parte de esta categoría de derechos, el de la vida, la libertad, la seguridad jurídica, el debido proceso, la intimidad, la libre locomoción, la nacionalidad, el asilo, la libre expresión, el libre pensamiento, la libertad religiosa, la propiedad, entre otros. Estos derechos fundaron el Estado liberal clásico, y supusieron una barrera al mismo para intervenir la sociedad, llegando al extremo de transformar la institucionalidad en una de carácter meramente policivo, mas no proteccionista.

Estos derechos se forjaron con especial certeza en los albores de la modernidad, tras la revolución francesa de 1789, y se han conservado como propios del hombre en las eras venideras, siendo especialmente protegidos dentro de los modelos liberales de Estado que se adoptan en el mundo.

No obstante los primeros derechos, durante la expansión ideológica del socialismo en Europa y tras la creación del modelo de Estado de Bienestar, aparecieron los reclamos sociales por la existencia y consagración vinculante de un segundo grupo de derechos que ya no reclamaban un espacio de no intervención del Estado en la individualidad, sino que ahora le endilgaban la responsabilidad al Estado de intervenir colectivamente en la estructura social, para materializar condiciones de existencia digna y en equidad, y moderando los efectos excluyentes del sistema de mercados.

Entre estos derechos, llamados colectivos o económicos, sociales y culturales, se encuentran la Seguridad Social, el trabajo, la Educación, la Salud, el trato especial a los infantes, las mujeres grávidas y la tercera edad, la vivienda digna, la posibilidad de sindicalizarse, el mínimo vital, entre otros.

Este segundo catálogo de derechos significan la obligación que tiene el Estado de garantizar "la vigencia de un orden social justo"³⁴ y de evitar los desmedros a la dignidad de la población que pueden ser causados por fallas estructurales de la sociedad.

Finalmente, y como tercera generación de derechos, aparecen en la segunda mitad del siglo XX, los llamados derechos de solidaridad o derechos de los pueblos, que son aquellos cuya titularidad le pertenece a una ficción estructural en determinada sociedad y que se reclaman para el justo desarrollo de la misma. Estos derechos son por ejemplo, la autodeterminación, el ambiente sano, la independencia económica, la identidad cultural, la paz, el desarrollo, la justicia internacional, etc.

El derecho a la Salud así, se encuentra ubicado en la segunda categoría de derechos, en el entendido que su protección colectiva incide fundamentalmente para garantizar la supervivencia de la población y la realización material de la dignidad de los sujetos sociales.

2.2. LA SALUD EN LA VISIÓN DEL CONSTITUYENTE DE 1991

En la construcción del Estado Social de Derecho colombiano, el constituyente reconoció derechos de las tres generaciones mencionadas, y utilizó las categorías del profesor Vasak para el reconocimiento obligatorio de los mismos. La Salud quedó así registrada en el capítulo de los Derechos sociales, económicos y culturales, como un servicio que el Estado colombiano debía prestar y garantizar a sus ciudadanos, pero en términos generales no obtuvo por parte del constituyente el tratamiento de derecho fundamental, de aplicación inmediata y garantizable mediante la acción de tutela que consagraba el artículo 86 de la Constitución

³⁴ República de Colombia. Constitución Nacional, art. 2°.

Nacional, y que se podría desplegar para solicitar el amparo sólo de aquellos derechos inicialmente estipulados en el artículo 85 de la Carta Política.

Decimos sin embargo, en términos generales, porque el artículo 44 de misma Carta, estableció la Salud como un derecho fundamental, tratándose de los niños, niñas y adolescentes de nuestro país, en razón a la especial protección que se le reconoció a esta población, y que fue extendida a las mujeres embarazadas y a los adultos mayores.

No obstante, el trato general que la asamblea constituyente le dio a la Salud, fue la de derecho prestacional, entendido como servicio funcional y no como derecho fundamental, extendido a toda la ciudadanía.

Por esta razón, fue a través del camino de la jurisprudencia, mediante el cual se fueron llenando vacíos que la Ley ordinaria de salud (Ley 100 de 1993) había dejado en cuanto a la prestación del servicio de salud para los colombianos.

Analicemos el avance jurisprudencial del derecho a la Salud en Colombia, a través de la revisión de algunos fallos de la Corte Constitucional de nuestro país.

2.3. SENTENCIA T-760 DE 2008

Frente a la constante negativa por parte de quienes prestan el servicio de salud en tratándose en la entrega de medicamentos, exámenes, cirugías, procedimientos complejos o no y servicios paraclínicos, por estar o no contemplados en el POS, que repercuten de manera directa en la violación de los derechos fundamentales de los usuarios, haciéndose efectivo y garante su derecho por parte de los jueces por vía de tutela en el mejoramiento y dignidad de la calidad de vida frente a una determinada enfermedad o necesidad específica.

Es precisamente en ese orden de días que la Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008, establece una serie de lineamientos en materia de reconocer en el marco del derecho internacional el derecho a la salud y su concepción como fundamental.

En esta sentencia la corte da estudio a diversas situaciones en las que se ha negado el servicio, y en las que se ha tenido que recurrir a la jurisprudencia mediante el uso de la tutela, haciendo y creando por parte de las EPS o los organismos de control, dirección y vigilancia un hábito de obstáculo e impedimento frente a los usuarios que requieren una eficiente y oportuna atención en un determinado momento, lo que se evidencia en el continuo desgaste del aparato judicial debido al gran aumento de las tutelas que a diario se presentan. Como se evidencio con anterioridad en los gráficos 1 y 3.

En el fallo la corte establece que el carácter fundamental del derecho a la salud, no solo se debe al estar íntimamente relacionado con los derechos a la vida, la integridad personal y la dignidad humana sino que en muchos de los casos quien tutelaba se encontraba en vulnerabilidad manifiesta dada su condición o en virtud de la salud como servicio amparado en la constitución, los tratados internaciones incluidos adoptados por bloque de constitucionalidad y le ley.

Un aporte también importante en el fallo es respecto del principio de integralidad del servicio de salud analizado previamente, en el presente trabajo y por ende su vulnerabilidad, en el cual se estableció como “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 contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias

amparadas por esta ley”³⁵ y el principio de favorabilidad de aplicación de las normas y su aplicación respecto del hombre conocido como *pro homine*.

El fallo también analizó los distintos problemas jurídicos que se suscitaron respecto a varias temáticas analizadas por la corte en la que incluso se llegó a determinar la inaplicación del POS.

Puede decirse que con posterioridad al fallo de la corte pasó de dársele uso a la tutela como mecanismo o requisito por parte de los usuarios para la garantía y acceso al servicio, pese a que el fallo posibilitó la creación de los comités técnico científicos CTC, el cual ordena a que el estado asuma lo que no cubra el POS y su cancelación oportuna a las EPS, o entidades que presten el servicio con recobro parcial al FOSYGA.

El fallo hizo evidente la crisis fiscal de los distintos entes territoriales, que dada las condiciones económicas de favorabilidad de los años anteriores no había estallado, lo que obligó al gobierno de turno a decretar la emergencia económica y social el 23 de diciembre de 2009, la cual fue declarada como inexecutable, pero quedando vigente el aumento de impuestos destinados al mejoramiento de la calidad del servicio de salud y el aumento de 3 puntos en el Producto Interno Bruto PIB, para gastos en materia de salud.

2.4. LA SALUD EN LA JURISPRUDENCIA SISTEMÁTICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Siguiendo a Díaz Ricardo y a Arrieta Lotteau³⁶ en cuanto a la protección de la Corte Constitucional al derecho a la Salud en Colombia, debemos afirmar que

³⁵ Ley 100 de 1993.

desde los inicios de sus funciones, la Corte ha venido protegiendo dicho derecho frente a las fallas del servicio público de salud, mediante tres fórmulas, a saber:

- Mediante la figura de la conexidad con el derecho a la Vida, la integridad personal y la dignidad humana;
- En los casos en los que el sujeto es titular del derecho debiendo ser tratado de manera especial, como los niños, las mujeres embarazadas y los adultos mayores, y finalmente,
- Reconociendo el rango propio de autónomamente fundamental al derecho a la salud, especialmente a partir de la sentencia T-760 de 2008.

Inicialmente, y reforzada por el concepto ordinario de salud como servicio desarrollado en la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional de Colombia, se vio avocada a tutelar el derecho a la Salud de los colombianos, usando una figura, nueva para entonces en el ejercicio de la acción de tutela e ingeniosa para desvirtuar las teorías de la categorización expresa de los derechos fundamentales, como lo fue la de la Conexidad con otros derechos que revestían expresamente el carácter de fundamentales.

Especialmente los derechos a la Vida, la integridad personal y la dignidad humana, permitieron establecer las relaciones de conexidad con la salud de los colombianos y determinar que en esencia, había un contenido propio de la Salud, relacionado íntimamente con la realización de la Vida y la dignidad de ésta, lo cual

³⁶ Ver DÍAZ RICARDO, Tatiana; ARRIETA LOTTEAU, Yanina. La Salud Colombiana en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional. Grupo de Investigación en Justicia Constitucional, Universidad Libre, seccional Cartagena. Recuperado de http://www.unilibrectg.edu.co/Descarga/PDF/ciencias_Derecho/lasaludcolombianaenlajurisprudenciaconstitucional.pdf, consultado el 20 de Octubre de 2013.

llevaba obligatoriamente a tutelarla mediante el mecanismo de protección inmediata constitucional.

De esta manera, la Corte Constitucional estableció que había derechos fundamentales reconocidos como tales gracias a la idea de la conexidad, explicando en una ocasión al respecto que:

"La fundamentalidad de un derecho constitucional no depende solamente de la naturaleza del derecho, sino también de las circunstancias del caso. La vida, la integridad física, la libertad, son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales."³⁷

En otro aparte de la misma sentencia sostuvo:

"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 fueran 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 un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida. El derecho a la seguridad

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T- 491 de 1992, con ponencia del M. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

social está vinculado directamente con el derecho fundamental al trabajo, siendo emanación suya la pensión de vejez."³⁸

De esta manera explica magistralmente la Corte la idea inicial de cómo proteger algunos derechos subjetivos que llegan a ser en esencia, también fundamentales.

En el caso de los niños, la Corte ha sido explícitamente enfática en determinar la fundamentalidad del derecho a la salud de éstos, acudiendo a la expresa consagración constitucional de tal efecto. Al respecto ha dicho:

“La Corte Constitucional ha reiterado que los derechos de los niños a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, entre otros, son fundamentales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política. En efecto, la condición de fundamentales de esos derechos es independiente y autónoma, y, en consecuencia, no es necesario establecerles conexidad con otros derechos de esa categoría para su reconocimiento, como sucede cuando se trata de otro tipo de personas. Por lo mismo, se entienden prevalentes sobre los derechos de los demás y, cuando se encuentren amenazados o vulnerados, su protección debe ser inmediata por parte del juez constitucional”³⁹

Sostuvo también que:

“El derecho a la salud ha sido catalogado como derecho fundamental autónomo frente a menores de edad. La Constitución Política establece cláusulas de especial protección constitucional. Frente a ellos, la protección del derecho a la salud es reforzada

³⁸Ibíd. (Énfasis suplido).

³⁹ Ver entre muchas otras las sentencias SU-111 de 1997; T-322 de 1997, SU-480 de 1997 y T-964 de 2007.

debido al grado de vulnerabilidad e indefensión que, en ocasiones, deben afrontar.”⁴⁰

Y en otra ocasión que:

“Tan clara es la voluntad del Constituyente de proteger de manera especial al niño, que sus derechos a su salud y a la seguridad social fueron reconocidos como fundamentales, tratamiento que no recibieron estos mismos derechos frente a las demás personas, pues con respecto a éstas su protección por la vía de la tutela sólo es posible en la medida en que su desconocimiento pueda afectar por conexidad un derecho fundamental o un principio o valor constitucional”⁴¹

Finalmente, cabe citar un último pronunciamiento de la Corte en el que sostiene que:

"El artículo 44 de la Carta consagra los derechos fundamentales de los niños, entre ellos la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social y el derecho a recibir cuidado y amor. Dispone que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. También señala que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

"En el mencionado artículo se dispone también que 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

⁴⁰ Ver entre otras las sentencias T-1081 de 2001, T-850 de 2002, T 859 de 2003, T-666 de 2004 y T-152 de 2006.

⁴¹ Ver Sentencias T-442 de 2000, T-439 de 2007 y T-417 de 2007.

de sus derechos. Igualmente señala que *“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”*.

"La Convención Americana sobre derechos humanos en su artículo 19 establece: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.

"El Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 8º, señala también lo que se entiende por *“interés superior del niño, niña y adolescente”* y en el 9º la *“prevalencia de los derechos del niño, niña y adolescente”*. A su vez el artículo 27 desarrolla *“el derecho a la salud”*, haciendo un análisis especial sobre la salud integral; en el 36 se habla sobre *“los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad”* y finalmente en el 46 se precisan las *“obligaciones especiales del sistema de Seguridad Social en Salud”* para los niños, niñas y adolescentes con anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad.

"Así las cosas, y como ha sido reiterada en jurisprudencia de esta Corporación, se puede apreciar que los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños son de naturaleza fundamental y autónoma y tienen un carácter prevalente por expresa disposición del artículo 44 superior, lo que quiere decir que tratándose de menores no es necesario demostrar su conexidad con otro derecho fundamental. Igualmente requieren de protección inmediata y prioritaria por parte del juez constitucional cuando se encuentren amenazados o vulnerados."⁴²

⁴² Corte Constitucional de Colombia. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-170 de 2010. MP. Dr. Mauricio González Cuervo.

Al respecto de la última y más reciente forma de tutelar el derecho a la salud por parte de la Corte y en las palabras del Magistrado Jorge Iván Palacio en su ponencia sobre el Derecho a la seguridad social en salud, podemos observar que:

"Desde el albor de las funciones de la Corte Constitucional uno de los asuntos que principalmente han ocupado su atención ha sido indiscutiblemente las ofensas al derecho a la salud.

"La Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias por vía del control abstracto (asuntos de constitucionalidad) y del control concreto (asuntos de tutela y excepción de inconstitucionalidad), ha abordado innumerables situaciones problemáticas que enfrenta nuestro Sistema General de Seguridad Social en Salud. Mecanismos, que dicho sea de paso, se han constituido en instrumentos eficaces en manos de toda la población colombiana en la esperanza de alcanzar la satisfacción efectiva y plena del derecho a la salud, que ciertamente ha permitido la salvación de muchas vidas en Colombia.

"Concretamente la acción de tutela se ha constituido en el mecanismo en que la mayoría de los colombianos han centrado sus esperanzas de defensa a la salud, particularmente los más desvalidos ante la dureza del Estado sobre sus pretensiones.

"La activación de la Jurisdicción Constitucional por vía de la acción de tutela parte de la exposición de hechos concretos que muestran diversas situaciones complejas que afrontan día a día cada uno de los usuarios del sistema de salud.

"La falta de adopción -oportuna y efectiva- por las autoridades responsables de las medidas indispensables para corregir las fallas llevan finalmente a un órgano judicial como lo es la Corte Constitucional a proferir el 31 de julio de 2008 la Sentencia de tutela identificada con el número 760, inmersa dentro de las características propias de la declaración de un estado de cosas inconstitucional.

"Esta decisión se construyó a partir de la legislación actualmente existente sobre seguridad social en salud y de la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional.

"A partir de la selección de veintidós asuntos de tutela, la Sala Segunda de Revisión de la Corte dispuso su acumulación con el propósito de tener una muestra lo más comprensiva posible de los tipos de problemas que han llevado a las personas a acudir a los jueces de tutela con la finalidad de salvaguardar su derecho a la salud.

"En los casos acumulados se constató la existencia de problemas recurrentes de violaciones al derecho a la salud que reflejan dificultades estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia generado principalmente por diversas fallas en la regulación. Se identificaron así dos problemas jurídicos: uno de carácter concreto y otro de índole general.

"Como aspectos dogmáticos a resaltar de la sentencia T-760 de 2008 para llegar a la resolución del asunto pueden señalarse:

- El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo así sea catalogado por la doctrina como un derecho social, sin que ello resulte contrario al reconocimiento de una importante dimensión prestacional. Encuentra artificioso recurrir a la estrategia del factor conexidad para entrar a proteger este derecho.
- Todo derecho tiene facetas prestacionales (positiva o deberes de realización) y facetas no prestacionales (negativas o deberes de abstención). En esa medida el derecho a la salud si bien tiene una marcada dimensión positiva también tiene dimensiones negativas.
- Las obligaciones que se derivan del derecho fundamental a la salud en su faceta prestacional son i) de cumplimiento inmediato al tratarse de una acción simple del Estado que no requiere mayores recursos o requiriéndolos la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata, o ii) de cumplimiento progresivo por la complejidad de las acciones y recursos que se requieren para garantizar de manera efectiva el goce del derecho.
- En el caso que el Juez de Tutela constate la violación de una faceta prestacional de un derecho fundamental debe protegerlo adoptando órdenes encaminadas a garantizar su goce efectivo y a la vez sean respetuosas del proceso público de debate, decisión y ejecución de políticas propio de una democracia.

-Del derecho a la salud se derivan obligaciones de respeto, protección y garantía.

-El derecho fundamental a la salud no es absoluto. El plan de beneficios no tiene que ser infinito toda vez que puede circunscribirse a las necesidades y prioridades que determinen los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles.

-El derecho fundamental a la salud comprende el derecho a acceder a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Ello implica la i) existencia de un sistema de salud que garantice el acceso a los servicios, ii) la pertenencia al sistema y garantía de la prestación de servicios, y iii) el conocimiento de la información adecuada y necesaria para acceder a los servicios con libertad y autonomía.

Dado que la adopción de las órdenes dirigidas a resolver los casos concretos resultaban insuficientes para superar las fallas existentes, se hizo necesario el proferir órdenes generales dirigidas a las autoridades responsables de la regulación del sistema de salud como son el Ministerio de la Protección Social, la Comisión Nacional de Regulación en Salud o el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, el Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga y la Superintendencia Nacional de Salud. También, se hizo partícipe de la decisión a algunos órganos de defensa de los derechos humanos como son la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Además, de sus repercusiones en cuanto al Comité de Verificación creado por el Consejo de Estado.

"La Corte se planteó como problemas jurídicos de carácter concreto: se viola el derecho a la salud de las personas cuando:

i) una entidad no autoriza la prestación de los servicios ordenados por el médico tratante por el hecho de no encontrarse incluido en el plan obligatorio de salud pero que requiere la persona y no puede costearlo,

ii) una entidad no autoriza el acceso a un servicio de salud que se requiere hasta tanto no cancele el pago moderador incluso si la persona carece de la capacidad económica para hacerlo,

iii) una entidad no autoriza a una niña o un niño un servicio que requiere y sus responsables no lo pueden costear, por el hecho de no encontrarse incluido en el plan obligatorio de salud o porque la vida o la integridad personal del menor no dependen de la prestación del servicio,

iv) no se suministra el servicio que ha sido ordenado por un médico que no está adscrito a la entidad respectiva pero es especialista en la materia y trataba a la persona,

v) la entidad encargada de garantizarle el acceso a una prestación social derivada de su estado de salud (incapacidades laborales) se niega a autorizarlo porque no se cumplió con la obligación de cancelar los aportes de salud dentro del plazo establecido para ello,

vi) una entidad interrumpe el suministro del servicio de salud porque ya transcurrió un mes luego del momento en que la persona dejó de cotizar en razón a que ahora es desempleado,

vii) una entidad se niega a afiliar a una persona, a pesar de haberse cumplido el tiempo necesario para poder trasladarse, por el hecho de que dentro de su grupo familiar existe un niño, su hijo, que padece una enfermedad catastrófica y, por tanto, debería esperar más tiempo para poder trasladarse.

viii) si un órgano del Estado viola el derecho de petición de una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud así como el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del sistema de protección, al negarse a responder de fondo una petición para remover un obstáculo en uno de los trámites necesarios para asegurar el adecuado flujo de los recursos y, por tanto, sostener las condiciones indispensables para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud en razón a que el órgano estatal respectivo se considera incompetente.

ix) Si vulnera el derecho a la salud la interpretación restrictiva del POS, según la cual se entienden excluidos los insumos no mencionados expresamente en el POS, y procede en consecuencia su recobro ante el Fosyga cuando son ordenados por un juez de tutela.

La Corte se planteó como problema jurídico de carácter general el siguiente:

¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo?

Además, se identificaron los siguientes: desconoce el Estado el derecho a la salud de las personas:

i) al permitir que se mantenga la incertidumbre en relación con los servicios incluidos, los no incluidos y los excluidos del plan obligatorio de salud, teniendo en cuenta las controversias que esta incertidumbre produce y su impacto negativo en el acceso oportuno a los servicios de salud,

ii) al permitir que la mayoría de las decisiones judiciales que tutelan el acceso a los servicios de salud tengan que ocuparse de garantizar el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud ya financiados,

iii) que son beneficiarias del régimen subsidiado, por no haber tomado las medidas para garantizar que puedan acceder a un plan de servicios de salud que no difiera de los contenidos contemplados en el plan obligatorio de salud para el régimen contributivo,

iv) Habida cuenta de que el derecho a la salud impone al Estado el deber de avanzar progresivamente hacia la ampliación de los servicios asegurados, la menor cobertura para las niñas y

niños del régimen subsidiado puede prolongarse indefinidamente al igual que las diferencias de cobertura respecto de los adultos,

v) que requieren con necesidad un servicio de salud, diferente a medicamentos, al no haber fijado y regulado un procedimiento mediante el cual la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio garantice el acceso efectivo al mismo.

"Ha de indicarse que la parte resolutive de la sentencia contiene catorce órdenes concretas (casos examinados) y dieciséis ordenes generales (políticas públicas en salud) como respuestas dadas por la Corte a los problemas generados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en relación con los casos concretos significa:

"De acuerdo con la jurisprudencia constitucional sobre el derecho fundamental a la salud toda persona cuenta, entre otros, con los siguientes derechos constitucionales: i) existencia de un sistema de salud que garantice el acceso a los servicios de salud, ii) pertenencia al sistema y garantía de la prestación de servicios de salud, iii) conocimiento de la información adecuada y necesaria para acceder a los servicios de salud con libertad y autonomía, iv) derecho a que las entidades responsables garanticen el acceso a los servicios de salud con calidad, eficacia y oportunidad, y v) acceso a los servicios de salud que requieran los sujetos de especial protección constitucional como las niñas y los niños."⁴³

⁴³ PALACIO, Jorge Iván. *Hacia un nuevo sistema de protección social que garantice el goce efectivo y pleno del derecho a la salud dentro de un marco financiero sostenible*. Conferencia. En: Encuentro Jurisdicción Constitucional. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DERECHO%20A%20LA%20SEGURIDAD%20SOCIAL%20EN%20SALUD.PHP>, consultado el 20 de Octubre de 2013.

3. LAS ENFERMEDADES RUINOSAS Y CATASRÓFICAS –ERC- EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA

3.1. CONCEPTO GLOBAL Y ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LA INFECCIÓN POR VIH/SIDA.

El artículo 16 de la resolución 5261 de 1994, define como enfermedades ruinosas o catastróficas, *"aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento."* Esta clase de enfermedades, son aquellas extrañas, especialmente degenerativas o para las cuales no existe tratamiento adecuado que garantice la supervivencia del paciente o cuyo tratamiento sea específico, permanente y sus medicamentos de un costo elevado.

Entre estas enfermedades se destacan el cáncer, insuficiencias renales, enfermedades cardiovasculares, las que comprometen el sistema nervioso central y que requieran cirugía, grandes quemaduras, prótesis de cadera y rodilla, o la infección por VIH/Sida, siendo ésta última tratada de manera especial.

De acuerdo con las especificaciones legales, este tipo de enfermedades merecen una atención especial, y sus pacientes se han convertido, gracias a la jurisprudencia y a la Ley 972 de 2005, en población de especial atención y acceso al servicio de salud.

Entre estas enfermedades, destaca la infección por VIH/Sida por ser una enfermedad catalogada como pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y por no poseer una cura definitiva. Ello implica entre otras cosas, que el

tratamiento suministrado al paciente es vital para la máxima conservación de la vida del paciente.

De acuerdo con la OMS,

"el VIH sigue siendo uno de los agentes infecciosos más mortíferos del mundo: en los tres últimos decenios se ha cobrado más de 25 millones de vidas. En 2011 había unos 34 millones de personas infectadas por el VIH (las cifras oscilan entre 31,4 y 35,9 millones).

"El África subsahariana, donde uno de cada 20 adultos está infectado por el VIH, es la región más afectada. El 68% de la población mundial VIH-positiva vive en esta región.

"La infección por el VIH se suele diagnosticar mediante análisis de sangre en los que se detecta la presencia o ausencia de anticuerpos contra el virus. Aunque no existe una cura para la infección, los pacientes pueden mantener controlado el virus y llevar una vida sana y productiva si siguen un tratamiento eficaz con fármacos antirretrovíricos.

"En 2012 había en los países de ingresos bajos o medios más de 9,7 millones de personas infectadas por el VIH que recibían terapia antirretrovírica."⁴⁴

El mismo informe de la OMS explica que

⁴⁴ Organización Mundial de la Salud, OMS. VIH/SIDA Nota descriptiva de junio de 2013. Recuperado de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs360/es/>, consultado el 20 de Octubre de 2013.

"el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) ataca el sistema inmunitario y debilita los sistemas de vigilancia y defensa contra las infecciones y algunos tipos de cáncer. A medida que el virus destruye las células inmunitarias y altera su función, la persona infectada se va volviendo gradualmente inmunodeficiente. La función inmunitaria se suele medir mediante el recuento de células CD4. La inmunodeficiencia entraña una mayor sensibilidad a muy diversas infecciones y enfermedades que las personas con un sistema inmunitario saludable pueden combatir. La fase más avanzada de la infección por el VIH se conoce como síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o sida y puede tardar entre 2 y 15 años en manifestarse, dependiendo del sujeto. El sida se define por la aparición de ciertos tipos de cáncer, infecciones u otras manifestaciones clínicas graves.

"Los síntomas de la infección por el VIH varían en función del estadio en que se encuentre. Aunque en la mayoría de los casos el pico de infectividad se alcanza en los primeros meses, muchas veces el sujeto ignora que es portador hasta que alcanza fases más avanzadas. En las primeras semanas que siguen al contagio, las personas a veces no manifiestan ningún síntoma, y otras presentan una afección de tipo gripal, con fiebre, cefalea, erupción o dolor de garganta.

"A medida que la infección va debilitando su sistema inmunitario, el sujeto puede presentar otros signos y síntomas, como inflamación de los ganglios linfáticos, pérdida de peso, fiebre, diarrea y tos. En ausencia de tratamiento podrían aparecer también enfermedades graves como tuberculosis, meningitis por criptococos o diversos tipos de cáncer, por ejemplo linfomas o sarcoma de Kaposi, entre otros.

"El VIH se puede transmitir por el contacto con diversos líquidos corporales de personas infectadas, como la sangre, la leche materna, el semen o las secreciones vaginales. No es posible contagiarse a resultas de contactos de tipo corriente y cotidiano como puedan ser los besos, abrazos o apretones de manos o por el hecho de compartir objetos personales, alimentos o bebidas.

"Hay ciertos comportamientos y afecciones que incrementan el riesgo de que una persona contraiga el VIH, entre ellos:

- practicar coito anal o vaginal sin protección;
- padecer alguna otra infección de transmisión sexual como sífilis, herpes, clamidiasis, gonorrea o vaginosis bacteriana;
- compartir agujas o jeringuillas contaminadas, soluciones de droga u otro material infeccioso para consumir drogas inyectables;
- recibir inyecciones o transfusiones sanguíneas sin garantías de seguridad o ser objeto de procedimientos médicos que entrañen corte o perforación con instrumental no esterilizado;
- pincharse accidentalmente con una aguja infectada, lesión que afecta en particular al personal sanitario"⁴⁵

Es por estas manifestaciones graves y por su condición de terminal, que esta enfermedad ha recibido un trato especial por parte del legislador colombiano, pero que aún existen retos que superar para la garantía efectiva de los derechos de esta población vulnerable.

En Colombia, de acuerdo a las cifras de la CIA WORLD FACTBOOK⁴⁶, habían a Enero de 2012, 160.000 personas infectadas en promedio por VIH/SIDA. No

⁴⁵ Ibídem.

obstante de acuerdo a Caracol Radio⁴⁷ las fuentes de la Cruz Roja Colombiana serían más escandalosas, ya que a diciembre de 2009, se habrían reportado cerca de 210.000 casos de infectados por VIH/Sida en nuestro país.

3.2. LAS LUCHAS POR EL RECONOCIMIENTO COMO PACIENTES ESPECIALES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

En principio la Ley 100 pasó por alto de manera estructural el servicio que debía prestar a estos pacientes, y no fue sino hasta 2005 cuando se expidió una norma que buscaba la protección integral de los mismos. No obstante, antes de ello, fueron los jueces a través de acciones de tutela los que ordenaron el amparo de los derechos de esta población ante las fallas estructurales del Sistema de Salud. De hecho, de acuerdo con el periódico El Tiempo, *"un estudio de la Defensoría del Pueblo concluyó, que el 65 por ciento de las enfermedades de alto costo en el país se atienden a través de este mecanismo judicial."*⁴⁸ Y es que el camino recorrido por esta población no ha sido sencillo, y de ello dan cuenta los múltiples fallos de la Corte Constitucional al respecto de la necesidad de garantizar efectivamente los derechos, especialmente el de la Salud y la Seguridad Social de estos pacientes.

En la sentencia T- 118 de 2011 por ejemplo, sostuvo este alto tribunal que:

⁴⁶VIH/Sida: Habitantes Infectados en el Mundo. recuperado de <http://www.indexmundi.com/map/?v=35&l=es>, consultado el 20 de octubre de 2013.

⁴⁷ Cerca de 210.000 colombianos estarían infectados con Sida, advierte Cruz Roja. Recuperado de <http://www.caracol.com.co/noticias/actualidad/cerca-de-210-mil-colombianos-estarian-infectados-con-sida-advierte-cruz-roja/20091201/nota/917815.aspx>, del 1° de diciembre de 2009, y consultado el 20 de octubre de 2013.

⁴⁸ NULLVALUE. *Son 9 las enfermedades catastróficas*. Con la aprobación de la Ley 205, para mejorar la atención de personas con enfermedades ruinosas o catastróficas como cáncer, sida e insuficiencia renal, el Gobierno espera que se reduzcan ostensiblemente las tutelas de pacientes a quienes sus aseguradoras no atienden correctamente. En: El Tiempo, Bogotá, 23 de junio de 2005. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1621760>, consultado el 20 de octubre de 2013.

"La Corte ha insistido en la protección constitucional reforzada que este grupo de personas merece, al encontrarse en un estado de debilidad manifiesta, de modo que en aquellos casos en que se vislumbre la vulneración de los derechos fundamentales del enfermo, el Juez constitucional en el caso concreto, debe valorar cada elemento tomando siempre en consideración la protección constitucional reforzada que se ha dispuesto a los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas"⁴⁹

Esta protección constitucional reforzada a la que hace alusión la Corte, implica la idea de desplegar acciones afirmativas en pro de la garantía especial de los derechos fundamentales de esta población, acciones afirmativas que aún debe el Estado Colombiano.

Y es precisamente esta protección especial la que se han ganado estos pacientes en los tribunales, después de ser sometidos en muchos casos a situaciones de discriminación y desprotección ante la falta de recursos para sufragar los gastos de este tipo de tratamientos, como se evidencia en la sentencia T-730 de 1998, en la cual sostuvo la Corte que

"No es aceptable que en un Estado Social de Derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana, y en la conservación del valor de la vida, se pueda tolerar que ante el apremio de un individuo de recibir un tratamiento médico para conservar su existencia, se antepongan intereses de carácter económico, o una disposición de carácter legal. En casos de urgencia o gravedad comprobadas, no existe norma legal que ampare la negativa de prestar un servicio como el que reclamaba el actor. Pues, por encima de la legalidad y

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sala Séptima de revisión. Sentencia T-118 de 2011, MP. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

normatividad, está la vida, como fundamento de todo el sistema. Por tanto, en estos casos, los afiliados que no cumplan con los períodos mínimos de cotización y requieran ser tratados en razón de una enfermedad considerada catastrófica o ruinosas, sin tener los recursos necesarios para sufragar el porcentaje que les correspondería, tienen el derecho y las entidades el deber de atenderlos. Los costos de estos tratamientos, en primera instancia, serán asumidos por la Entidad Promotora de Salud a la que esté afiliado el usuario, que tendrá la acción de repetición contra del Estado, para recuperar aquellos valores que legalmente no estaba obligada a sufragar."⁵⁰

Como se observa en dicho pronunciamiento, la Corte realiza una justa reclamación frente a estos actos inicuos que no deberían darse en medio de una sociedad que se desenvuelve en un modelo de Estado Social de Derecho, y en la cual, los pacientes por Enfermedades Ruinosas o Catastróficas deberían ser tratadas, sin necesidad de recurrir ante instancias judiciales, de manera digna y célere.

En el año 2003 se resolvió de igual forma una acción de tutela que carecía de objeto en tanto que para el momento de revisión de Corte Constitucional, el paciente ya había fallecido, pero implicaba el caso de la negativa de una entidad prestadora de servicios de salud de suministrar medicamentos paliativos de dolor a un paciente de Cáncer, frente a lo cual la corte se pronunció diciendo:

"Si una persona padece una enfermedad incurable que afecta de manera grave su vida y las condiciones en que se desarrolla, la protección que se le debe brindar no es sólo de resultado, sino que incluye la facultad de agotar todas las posibilidades enderezadas a

⁵⁰ Ver Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-730 de 1998, MP. Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

conservar su existencia vital. El paciente en esas circunstancias no está destinado a ser abandonado a la fatalidad sino que tiene derecho a que se le garanticen unas mínimas condiciones para aliviar sus dolencias y abrigarle esperanzas de recuperación y de prolongación de la vida amenazada, si ese es su deseo. Así, como lo ha manifestado la Corte, el Estado debe ofrecer a los enfermos terminales que enfrentan intensos sufrimientos, todas las posibilidades para que sigan viviendo, por lo cual es su obligación brindarles los tratamientos paliativos del dolor."⁵¹

Ya en el año 2005 y por iniciativa del Gobierno Nacional, se expidió en Colombia la Ley 972 del 15 de julio de ese año, mediante *"la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida."* y en dicha norma se establecen unos parámetros de garantía de los derechos de estos pacientes, en aras de evitar más desmedros a los mismos, resaltados por la jurisprudencia constitucional como inaceptables, aún sin embargo se presentan situaciones que ponen en duda dichas garantías y a los cuales el Estado Colombiano debe hacer frente.

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia T-560 de 2003. MP. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

4. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DE LOS ENFERMOS DE VIH/SIDA DENTRO DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD COLOMBIANO.

Como lo hemos reseñado, los pacientes que padecen Enfermedades Ruinosas o Catastróficas han tenido que enfrentar un ambiente jurídicamente hostil dentro del Estado colombiano para ver concretados mínimamente sus derechos fundamentales.

Y ello se debe en gran parte a la deuda legislativa del Congreso de la república con muchos grupos poblacionales discriminados y excluidos socialmente, como por ejemplo, las parejas del mismo sexo, las mujeres embarazadas fruto de acceso carnal abusivo o inseminación artificial no consentida o cuya vida está en peligro durante la gestación y necesita abortar, o frente a quienes desearían que se les aplicase la Eutanasia activa, y dentro de este grupo, también por supuesto, algunos aspectos anómicos de los pacientes de Enfermedades Ruinosas o Catastróficas especialmente los infectados por VIH/SIDA.

Si bien la Ley 972 de 2005 llenó algunos vacíos jurídicos que ponían en entredicho los derechos de estos pacientes, es claro también que aún con dicha norma no es efectivo el suministro de medicamentos a estos pacientes, y que muchos de ellos, en condiciones específicas están enfrentados al riesgo de quedarse sin recibir el tratamiento por operación de la ley de salud.

En la sentencia T- 262 de 2005 por ejemplo, la Corte tuvo que recordarle a las EPS la necesidad indispensable de suministrar medicamentos a estos pacientes, ya que -indignamente- estas entidades se han negado a hacerlo en no pocos casos. En esa ocasión la Corte Sostuvo que:

"La jurisprudencia de esta Corporación en múltiples ocasiones se ha referido al suministro de medicamentos a personas portadoras del V.I.H., como a la realización de exámenes médicos y la atención en general. En este sentido, se ha considerado que el V.I.H. – SIDA, constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas."⁵²

4.1. FALLAS OBJETIVAS DEL SISTEMA DE SALUD COLOMBIANO, FRENTE A LOS MENORES QUE PADECEN VIH/SIDA.

Este problema del no suministro de los medicamentos, que representa la exclusión temporal del tratamiento de estos pacientes, que debe ser permanente y continuado, es producto de diversas situaciones problemáticas que debe sortear dicha población, acudiendo generalmente a la acción de amparo para ello. En primer lugar de acuerdo a Ley 100 de 1993, resulta necesario comprobar cierto número de semanas cotizadas para acceder a los servicios de medicamentos y tratamientos para estos pacientes, lo cual vulnera la idea de urgencia especial de la vinculación del enfermo a su tratamiento.

Este sistema de semanas cotizadas, supone una preocupación de carácter económico en el Sistema de Salud, pero no resulta en un criterio constitucionalmente admisible de análisis de protección de los derechos fundamentales de los pacientes a él vinculado.

⁵² Corte Constitucional de Colombia. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-262 de 2005. MP. Dr. Jaime Araújo Rentería.

Un segundo problema recurrente, que implica una falla objetiva del Sistema de Salud, es la negación de los medicamentos a esta población por no encontrarse incluidos dentro del Plan Obligatorio de Salud, POS. A ello, debe añadirse que los nuevos criterios expuestos en la nueva Ley de Salud aprobada por el Congreso de la república, obedecen también a ideas técnicas y los medicamentos y procedimientos médicos deberán estar autorizados por la autoridad competente, lo cual deja en ascuas la materialización real del derecho a la Salud de estos pacientes.

En tercer lugar, y de manera bochornosa, el sistema plantea la idea de la posibilidad de sufragar particularmente ciertos procedimientos, lo cual abre una brecha constante para la dilatación y negación de los medicamentos y procedimientos médicos necesarios para conservar su salud.

Y finalmente, la estructura de la Ley 100, no tocada en ello por la nueva Ley de salud, establece que los menores que cumplan la mayoría de edad y no estén estudiando, pierdan la calidad de beneficiarios del Sistema de Salud, y son excluidos automáticamente del mismo, sin importar si son o no pacientes de enfermedades Ruinosas o Catastróficas, problema que no puedo solucionar efectivamente la Ley 972 de 2005, abriendo la posibilidad nuevamente de que a estos pacientes se les someta a la paralización de su tratamiento y por ende a la vulneración de sus derechos. Situación similar ocurre por aplicación de la misma ley, cuando, al cumplir la mayoría de edad, el hijo que goza de la pensión por sustitución de su padre fallecido, pierde automáticamente dicha prestación, sin tener en cuenta su condición de salud.

Al respecto de los tres problemas inicialmente descritos, la Corte ha sostenido que:

"En este sentido, en algunos casos concretos esta Corporación ha inaplicado la normatividad que exige un número mínimo de semanas

cotizadas al SGSSS para acceder a los servicios médico asistenciales que permitan paliar el sufrimiento del paciente, como quiera que el ejercicio de los derechos fundamentales es prevalente y, bajo ninguna circunstancia, se encuentra supeditado a reglamentación legal o administrativa.

"En ese mismo orden de ideas, en escenarios determinados, la Corte ha dispuesto que la aplicación de las limitaciones y exclusiones previstas en las regulaciones que informan el P.O.S. vulnera el derecho constitucional a la vida y a la integridad física de aquellas personas que necesitan la asistencia médica. Así, se ha ordenado el suministro de medicamentos y/o tratamientos excluidos del P.O.S., verificados los siguientes requisitos:

“(i) que 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; (ii) que 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; (iii) que 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 (iv) que el medicamento o

*tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante*⁵³

De esta manera, la Corte ha venido a llenar los vacíos de la Ley y a corregir sus errores constitucionales en ocasiones aún inaplicando las mismas leyes. No obstante, frente al cuarto problema no existe aún una solución legal ni un pronunciamiento concreto de dicha corporación, lo cual nos sitúa frente a un vacío normativo.

4.2. ACCESO Y CONTINUIDAD AL TRATAMIENTO DE LOS PACIENTES PORTADORES DE VIH/SIDA FRENTE A LA REFORMA DE LA LEY 100 DE 1993

La actual propuesta de reforma de la ley de salud, que se encuentra en este momento en periodo de transición de dos años; establece como de prioridad e interés nacional frente al impacto económico que representa la misma, el planeamiento de una estrategia de promoción y prevención en cuanto a la disminución de las tasas e índices de nuevos casos detectados mediante la autonomía que se le otorgara a las EPS que se denominaran EGS (empresas gestoras de salud) la cuales, dejaran de administrar sus recursos de manera autónoma y pasaran a administrar solo la relación jurídico material, es decir la prestación efectiva y oportuna del servicio, como medida para contrarrestar el actual colapso del sistema visto en la actualidad.

También, la nueva reforma, da por terminado la existencia del Pos (plan obligatorio de salud) y su esencia de procedimientos, medicamentos y servicios en general excluidos o no; por el nuevo MI PLAN, el cual solo incluirá procedimientos de tipo estético o vanidad que están excluidos de cobertura, otorgando autonomía

⁵³ *Ibídem.*

y disposición del médico tratante, quien es quien presta de manera directa el servicio y está en contacto físico con el paciente para y es quien va a determinar las necesidades reales y sin limitante alguna podrá ordenar el procedimiento a seguir . Teniendo en cuenta lo anterior el Estado será quien intervenga en la regulación de los precios de los medicamentos, con lo cual se espera que se aminore la carga fiscal impuesta, debido a los costos que como tal la ejecución de MI PLAN implicaría.

De conformidad con lo anterior el legislador espera que el continuo desgaste del aparato judicial, frente a la cantidad de tutelas que a diario respecto de la salud se presentan disminuyan.

En cuanto al bloque de constitucionalidad y las leyes vigentes, no solo el estado asume una posición de regulador y garante frente a la prestación integral y continuada de los tratamientos y paraclínicos que el paciente portador de VIH/Sida requiera, sino que se establece en la reforma que mediante las instituciones encargadas de prestar efectivamente el servicio a los mismos; el estado en apoyo de las IPS y las instituciones no gubernamentales, se adopte una postura a manera de guías vinculantes y obligatorias frente a la atención y trato de la epidemia.

Ahora bien, frente al objeto de investigación del presente trabajo, al hacer un análisis profundo y comparar la reforma, notamos que aún persisten la separación de la salud a través de regímenes como hasta hoy está vigente, lo que hace que de cara al acceso y la continuidad del tratamiento en cuanto a la adherencia frente al mismo, se sigue conservando el vacío normativo y el limbo jurídico. Dado que en la transición de regímenes por la pérdida de su condición que la hacía beneficiario por no cumplir los requisitos establecidos en la ley, el tratamiento recibido se suspende de manera indefinida, conllevando esto a más gastos fiscales y poniéndose en peligro la salud e integridad física del paciente infectado,

quien de conformidad con las leyes vigentes dado el grado de complejidad de la epidemia, goza de una protección especial normativa en cuanto a la vulnerabilidad por su condición con relación al acceso y continuidad, que en realidad no se aplica.

Por tanto la reforma vigente frente a la normatividad y legislación complementaria, en cuanto al objeto de investigación concluimos que si bien se establece la continuidad y el acceso a la salud en la misma, se amplía el acceso a los servicios requeridos sin trabas y el estado adopta como medida y prioridad nacional metas para la disminución de las tasas frente a nuevos casos detectados y un trato más digno, equilibrado e integral frente a la epidemia; al conservar la estructura de regímenes sigue contradiciéndose la norma en cuanto al deber ser, pues se sigue vulnerando de manera directa la condición e integridad física del paciente al verse sometido en un limbo que le restringe por un tiempo indeterminado el acceso a los servicios que no deben ser interrumpidos y se requieren, teniendo en cuenta que ese tratamiento que se suministra mensualmente garantiza que el virus no se multiplique y por tanto le permita al portador un normal desarrollo de su estilo de vida sin mutaciones de la cepa tratada y el no padecer cánceres relacionados al mismo ni enfermedades oportunistas.

5. PROPUESTA ACADÉMICA PARA GARANTIZAR EFECTIVAMENTE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE LAS PERSONAS QUE PADECEN INFECCION POR VIH/SIDA, ESPECIALMENTE LOS MENORES DE EDAD O PERSONAS DEPENDIENTES.

Al llegar a este punto de nuestro estudio, el panorama debe ser claro frente al problema jurídico que se nos plantea.

La Ley 100 de 1993, establece en sus artículos 47 literal c y 163, que:

"ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.- Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (...)

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;"

"ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. - El Plan Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que

dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

"PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

"PARÁGRAFO 2o. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley."

Estos artículos no prevén los casos de pacientes enfermos con una ERC, especialmente de VIH/SIDA, cuando sean hijos beneficiarios del sistema y superen la edad establecida para seguir vinculados al mismo, o para seguir recibiendo la prestación de la pensión sustitutiva. Es aquí donde debemos volver a la pregunta de la investigación, cual era, *¿Deben permanecer en el Sistema General de Seguridad Social colombiano, como beneficiarios del cotizante o conservar su condición de pensionados por sustitución, los hijos que padezcan una enfermedad ruinosa o catastrófica, en especial VIH/SIDA, dada la necesidad de recibir un tratamiento idóneo, adecuado, continuado y de por vida para garantizar integralmente su derecho fundamental a la salud?* Frente a esta

pregunta, ampliamente respondida en nuestro recorrido garantista por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debemos añadir simplemente que en un Estado Social de Derecho como el colombiano, la aplicación de una norma de carácter legal, queda en entredicho cuando de su operación se desprende un efecto negativo que supone la vulneración de un derecho fundamental de un sujeto. Esto significa que creemos firmemente que por vía de control constitucional en concreto, de presentarse esta situación, el juez constitucional obviará la aplicación de dicha norma e interpretará teleológicamente la misma para favorecer la vigencia de los derechos fundamentales a La Salud, la Seguridad social, la Integridad personal y la dignidad humana del paciente enfermo con un ERC.

No obstante, el despliegue de acciones afirmativas que garanticen la especial protección constitucional reforzada de esta población, implica que no podemos depender de acciones judiciales que pongan en duda la vigencia de los derechos de esta población, sino por el contrario se deben establecer normas claras que expresen directamente la protección de los derechos de estos pacientes por parte del legislador colombiano. Sobre el fundamento constitucional de esta protección especial reforzada, estableció la Corte que:

"Es indudable que los enfermos terminales gozan de una protección constitucional reforzada en nuestro ordenamiento jurídico atendiendo los siguientes mandatos constitucionales: Preámbulo (asegurar a sus integrantes la vida), artículos 1 (Estado social de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana y la solidaridad), 2 (fines esenciales del Estado como garantizar la efectividad de los principios y derechos), 5 (primacía de los derechos inalienables de la persona), 11 (derecho a la vida), 12 (integridad física), 13 (derecho a la igualdad y protección especial a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en

circunstancias de debilidad manifiesta), 42 (dignidad de la familia), 44 (derechos fundamentales de los niños a la vida, integridad física, salud y seguridad social), 46 (protección y asistencia a las personas de la tercera edad), 47 (protección de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos a quienes se prestará atención especializada), 48 (seguridad social), 49 (atención en salud), 95 (deber de la persona de obrar conforme al principio de solidaridad social), 366 (finalidad social del Estado de bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población. Solución de las necesidades insatisfechas de salud y prioridad del gasto público social), entre otras disposiciones."⁵⁴

Es por esta razón que resulta necesario, para reforzar los conceptos de la Ley 972 de 2005, y para dignificar el modelo de Salud establecido en las citadas normas de la Ley 100 de 1993, proponer un proyecto de ley que añada dos párrafos a los artículos reseñados, en los que se establezca la excepción de aplicación de la norma frente a pacientes que padezcan una Enfermedad Ruinosa o Catastrófica en los casos señalados, en aras de garantizar de menar efectiva los derechos fundamentales de esta población.

Y esta propuesta resulta más pertinente aún, teniendo en cuenta que la reforma al sistema de salud, llevada a cabo este año por iniciativa del Gobierno Nacional, no tocó las citadas normas y no se refirió a la garantía de los derechos de esta clase de pacientes.

Así, nuestra propuesta desde la academia, sobre los textos que debería incorporarse en dichas normas es:

⁵⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sala Novena de Revisión. Sentencia T-443 de 2007. MP. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

"ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.- Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (...)

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;"

"PARÁGRAFO 2o.- Respecto de lo establecido en el literal c) del presente artículo, se entenderán como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, los hijos mayores de 18 años, sin límite de edad, que padezcan una Enfermedad Ruinosa o Catastrófica en especial VIH/Sida, y que no tengan otra fuente de ingreso o sostenimiento digno. Deberán acreditar dicha condición ante la autoridad competente, antes de cumplir la mayoría de edad para evitar la pérdida de dicha prestación."

"ARTÍCULO 163. LA COBERTURA FAMILIAR. - El Plan Obligatorio de Salud tendrá cobertura familiar. Para estos efectos, serán beneficiarios del Sistema el (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente del afiliado; los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que haga parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste; los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o que padezcan una Enfermedad calificada como Ruinosa o Catastrófica, en especial VIH/Sida, o

aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, e hijos con derecho, la cobertura familiar podrá extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste.

"PARÁGRAFO 1o. El Gobierno Nacional reglamentará la inclusión de los hijos que, por su incapacidad permanente, hagan parte de la cobertura familiar.

"PARÁGRAFO 2o. Todo niño que nazca después de la vigencia de la presente Ley quedará automáticamente como beneficiario de la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliada su madre. El Sistema General de Seguridad Social en Salud reconocerá a la Entidad Promotora de Salud la Unidad de Pago por Capitación correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 161 de la presente Ley."

De esta manera, se llenaría el vacío de protección normativa para los pacientes que padecen este tipo de enfermedades, especialmente los infectados por VIH/Sida, y se generaría un ambiente de mayor estabilidad en cuanto al acceso al tratamiento para dicha población.

Esta solución legislativa, se ajusta en nuestra opinión a los parámetros de la cláusula del Estado Social de Derecho imperante en Colombia, y soluciona un eventual caso de omisión legislativa que podría perjudicar al Estado colombiano y comprometer su responsabilidad administrativa.

6. CONCLUSIONES

Para culminar el presente análisis, resulta preciso establecer un conjunto de conclusiones en torno al mismo que nos lleven a la concreción de la realidad y los retos e materia de derechos fundamentales de los pacientes que padecen enfermedades ruinosas o catastróficas.

En primer lugar, es claro observar que pese a que constitucionalmente existe una consagración explícita de los derechos fundamentales que le asisten a estos pacientes, la garantía material de los mismos transita en la mayoría de los casos, por el camino de las acciones judiciales para lograr su aplicación. vivimos en un Estado que ha judicializado su cotidianeidad, porque el respeto ciudadano de las normas está en crisis. Así, los pacientes de ERCs, no cuentan en la práctica con un acceso célere a los servicios de salud y que comprenda la urgencia de sus procedimientos médicos, ya que dicho acceso debe ser confirmado por un juez constitucional.

En segundo lugar, podemos afirmar que del análisis del sistema de Seguridad Social en Salud imperante en Colombia, se desprende que no existe una perspectiva de protección de derechos administrativamente de esta población bajo estudio. Los criterios y parámetros del sistema, no responden a las necesidades de estos usuarios, sino que sustentan un modelo que prima el factor económico sobre el factor humano. Esto acarrea como consecuencia la pérdida de sentido del sistema de salud, en el que lo último que llega a importar en ocasiones, es precisamente la salud.

Finalmente, resulta la evidente conclusión, de que las normas que rigen el sistema, no están actualmente diseñadas de manera incluyente, ni garantizan

integralmente los derechos de esta población, lo cual exige una intervención por parte del órgano legislativo, en el sentido de desplegar normas que concreten acciones afirmativas para evitar vacíos jurídicos que vulneren eventualmente los bienes jurídicos de estos pacientes de enfermedades Ruinosas o Catastróficas. En cuanto a esto, es válida nuestra acción entonces de sugerir un texto normativo al legislador, en tanto es tarea de la academia tratar de aportar soluciones claras a los problemas que aquejan nuestra sociedad, más tratándose de un tema tan sensible como los derechos fundamentales de una población vulnerable.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AHUMADA, Consuelo. El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana. El Áncora Editores, Bogotá, 1996.
- ALESINA, A. Reformas Institucionales en Colombia. Alfaomega, Bogotá, 2001.
- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro De Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2002
- ALVAREZ M., Carlos Arturo. Sida en América Latina: Situación actual y estrategias efectivas. POSCLA Editores, Caracas, 2008.
- ARCILA, Rodrigo. El mercado de los medicamentos en Colombia. Cámara de industria y comercio. Andi, Acemi. Bogotá, 2009.
- BARÓN LEGUIZAMÓN, Gilberto. Colombia: Cuenta De Seguridad Social. La Seguridad Social En América Latina Y El Caribe. Una Propuesta Metodológica Para Su Medición Y Aplicación A Los Casos De Argentina, Chile Y Colombia. CEPAL- Naciones Unidas. Santiago de Chile, 2009.
- BERNAL PULIDO. Carlos. Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2005
- CHINCHILLA, Tulio Eli. ¿Que son y cuáles son los Derechos Fundamentales? Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá. 1999
- CLAVIJO, Sergio. Fallos y fallas de la Corte Constitucional. Alfaomega, Bogotá, 2001.
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 10 de 1990; 60 de 1993; 100 de 1993; 975 de 2005; 1122 de 2007; 1438 de 2011.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia T-571 de 1992. MP: Dr. Jaime Sanin Greiffenstein.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala cuarta de revisión sentencia T- 114 de 2008. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala octava de revisión sentencia T- 173 de 2008. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala octava de revisión. sentencia T- 216 de 2008. M.P. Dr. Humberto A. Sierra Porto.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala Plena. Sentencia C-112 de 1998. M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala plena. sentencia C-119 de 2008. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala primera de Revisión. Sentencia T- 603 de 16 de junio de 2004. MP Jaime Araujo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala quinta de revisión sentencia T- 083 de 2008. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala segunda de revisión. sentencia T- 760 de 2008. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala séptima de revisión sentencia T- 607 de 1997. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala sexta de revisión. sentencia T- 911 de 1999. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sala sexta de revisión. sentencia T- 417 de 1999. M.P. Dra. María Victoria Sáchica Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-508 del 17 de mayo de 2001. MP: MONROY CABRA. Marco Gerardo.
- CORTES HERNANDEZ. Oscar Iván. Derecho de la Seguridad Social. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá: Tercera edición. 2007.
- CURREA-LUGO, Víctor. Derecho Internacional Humanitario y sector salud: el caso colombiano. CICR-Plaza &Janés, Bogotá, 1999.
- LIGACOLOMBIANA DE LUCHA CONTRA EL SIDA. Necesidades de las mujeres viviendo con VIH/SIDA en Latinoamérica y el Caribe. Bogotá, 1999.
- MASLOW H. Abraham. Motivación y personalidad. Segunda edición. Madrid: ediciones Diaz de Santos. 1991.
- MAX-NEEF. M. Elizalde A. Hopenhayn M. Desarrollo a escala humana conceptos. Aplicaciones y algunas reflexiones. Segunda edición. Uruguay. Montevideo. Icaria editorial. S.A. 1998.
- MINISTERIO DE SALUD – RED DE SOLIDARIDAD SOCIAL. El abc del Régimen Subsidiado de Seguridad Social en salud. Bogotá, 1996.
- OCAMPO, JOSE ANTONIO. Un futuro económico para Colombia. Alfaomega, Bogotá, 2001.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD. Bucaramanga- 2012. Estado de avance de los objetivos de desarrollo del milenio. Bucaramanga, 2012.

- SEN, Amartya. Desarrollo como libertad. Trad. RABASCO, Esther y TOHARIA, Luis. Editorial Planeta, Barcelona –España, 1999.
- SILVA HENAO, Juan Fernando. Evolución y origen del concepto de Estado Social incorporado en la constitución política colombiana de 1991. En: Revista Ratio Juris Vol. 17, N° 14. (enero – junio de 2012) pp. 141-158. ISSN 1794-6638.
- TORO JIMÉNEZ, Walter Ramiro de Jesús. Modelo de simulación prospectiva de la demanda de servicios de salud para enfermedades de alto costo: aplicación para una entidad promotora de salud colombiana. Valencia (España), 2003, 387 h. Tesis de grado (Doctorado en Economía y gestión de la Salud). Universidad Politécnica de Valencia, Facultad de Postgrados. Departamento de Economía y Ciencias Sociales.
- TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. El Estado y el Derecho. Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, 2001.
- VEGA, Alberto. Análisis descriptivo de la organización del sector salud colombiano, Médicos Sin Fronteras, Bogotá, 2000.