

Sentencia T-1207/01

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Casos en que procede por exclusión de tratamientos y medicamentos de alto costo

JUEZ DE TUTELA-Práctica de pruebas de oficio

Si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o el procedimiento excluido del P.O.S., lo conducente es requerirlo para que aporte prueba que demuestre esa situación o decretar la práctica de pruebas que apunten a desvirtuar su dicho. Pero no es justo concluir que no se reúne uno de los requisitos indispensables para acceder a la tutela por la ausencia de pruebas para demostrarlo, atribuyendo esa falencia al actor, quien en la mayoría de los casos no sabe qué ni cómo puede probar un hecho determinado, dejando de lado que el juez constitucional de tutela como director del proceso debe hacer uso de la facultad oficiosa que la ley le confiere para decretar la práctica de pruebas que estime necesarias para dictar fallo de fondo ajustado a derecho resolviendo el asunto sometido a su conocimiento.

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Realización examen de carga viral

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Autorización examen de carga viral

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad con la vida

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expedientes T-483392, T-489367 y T-497997

Acciones de tutela incoadas por José Guillermo Zapata Quiceno, Fredy Alberto Velásquez Castro y Eduardo Durango Palacio contra SUSALUD E.P.S.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre de dos mil uno (2001).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Once Laboral del Circuito, el Juzgado Décimo Civil Municipal y el Juzgado Veinte Civil Municipal todos de Medellín, al resolver sobre las acciones de tutela, interpuestas por José Guillermo Zapata Quiceno, Fredy Alberto Velásquez Castro y Eduardo Durango Palacio contra SUSALUD E.P.S.

### I. ANTECEDENTES.

Los señores por José Guillermo Zapata Quiceno, Fredy Alberto Velásquez Castro y Eduardo Durango Palacio interpusieron acción de tutela contra la E.P.S. SUSALUD, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la seguridad social y a la dignidad humana, en razón a que la demandada no ha autorizado la realización de un examen de carga viral que requieren con urgencia.

Para fundamentar su solicitud de amparo, pusieron de presente los siguientes hechos:

Se encuentran afiliados a la E.P.S. SUSALUD, padecen del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida SIDA, por lo que les fue ordenada la práctica de un examen de carga viral, que la E.P.S. se niega a realizar argumentando que se encuentra excluido del P.O.S.; afirman que este examen es muy importante para el tratamiento de su enfermedad, pues de su resultado depende el tipo de tratamiento a seguir. Solicitan en consecuencia se ordene a la entidad demandada que les suministre todo el tratamiento, pruebas diagnósticas y medicamentos que puedan requerir con ocasión de la enfermedad que padecen, en especial la práctica del examen de carga viral.

Afirma el señor Zapata Quiceno que en marzo de 2001, instauró una acción de tutela solicitando al Juez le ordenara a SUSALUD E.P.S. que autorizara el suministro de algunos medicamentos y la práctica del examen de carga viral; sobre su solicitud, el Juez de instancia ordenó a la E.P.S. demandada entregar los medicamentos reclamados, pero negó la solicitud

acerca del examen de carga viral, consideró que de acuerdo a una sentencia de Corte Constitucional, el citado procedimiento es un examen de control y solo sirve para medir la eficacia del tratamiento médico, no para preservar la vida del paciente.

Por su parte el Representante Legal la entidad demandada, en oficios dirigidos a los respectivos jueces de instancia, solicitó negar por improcedente la protección solicitada, informó que en efecto los demandantes se encuentran afiliados a esa entidad, por lo que han recibido toda la atención integral en salud que han requerido, no obstante lo anterior, indicó que el examen de carga viral solicitado por los actores no se encuentra expresamente incluido dentro del listado de procedimientos del Plan Obligatorio de Salud, y en consecuencia esa entidad no está en la obligación de cubrirlo. Indicó que de acuerdo al artículo 28 del Decreto 806 de 1998 el afiliado debe costear el valor del procedimiento no incluido en el P.O.S., pero si no cuenta con los recursos para ello, debe acudir a las instituciones públicas o privadas con las cuales el Estado tenga contrato, para que el costo del mismo le sea subsidiado.

## I. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

### 1. Expediente T-483392.

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia de 14 de mayo de 2001, negó el amparo solicitado, consideró que en el presente caso se debía aplicar el principio de cosa juzgada, pues sobre de la práctica del examen de carga viral solicitada por el señor José Guillermo Zapata Quiceno ya se había pronunciado el Juzgado Dieciséis Civil Municipal de Medellín en otra acción de tutela.

### 1. Expediente T-489367.

Conoció del presente caso el Juzgado Décimo Civil Municipal de Medellín, que en providencia de junio 15 de 2001, negó la protección solicitada por el demandante al considerar que: "...la

entidad accionada no está violando el derecho a la vida, a la salud u otro de los indicados en la solicitud considerados vulnerados por el accionante, porque la conducta omisiva que éste le señala o la vulneración que de tales derechos predica, no atiende a la realidad o capricho de la entidad, pues ésta está cumpliendo el imperativo legal que no permite la cobertura del servicio en el sentido deseado por él acogiéndose así al imperativo legal.”.

1. Expediente T-497997.

#### I. PRUEBAS RELEVANTES ALLEGADAS AL EXPEDIENTE.

1. Expediente T-483392.

1. A folio 4, copia de la comunicación suscrita por la Coordinación de Prestación de Servicios de la E.P.S. demandada dirigida al señor Zapata Quiceno, en ella le informa que su solicitud para la práctica del examen de carga viral le había sido negada.

1. A folio 5, copia de la orden para la práctica del examen de carga viral al demandante en la que el médico tratante resalta la urgencia del procedimiento.

1. A folio 6, copia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación a la demanda del señor Zapata Quiceno.

1. A folio 28, copia del formulario de afiliación a SUSALUD E.P.S. del demandante.

1. A folios 29 a 59, copias de los formatos de comprobación de derechos de la E.P.S., que indican los procedimientos y servicios prestados al demandante desde su afiliación.

1. Expediente T-489367.

1. A folio 5, copia de la comunicación suscrita por la Coordinación de Prestación de Servicios de SaludCoop E.P.S. dirigida al demandante, en la que le informa que su solicitud para la práctica del examen de carga viral le había sido negada.

1. A folio 6, copia de la orden para la práctica del examen de carga viral al señor Velásquez Castro.

1. A folio 7, copia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación a la demanda del señor Velásquez Castro.

1. A folio 8, copia del informe de laboratorio confirmando el diagnóstico de VIH del demandante.

1. A folio 9, certificación laboral del señor Velásquez Castro en la que Multicentro Aliadas informa que labora desde enero 27 de 1998 con un contrato a término indefinido y devengando un salario de \$319.000 pesos.

1. A folios 19 a 35, copias de los formatos de comprobación de derechos de la E.P.S., que indican los procedimientos y servicios prestados al demandante desde su afiliación.

1. Expediente T-497997.

1. A folio 1, copia de la cédula de ciudadanía y del carné de afiliación a la demanda del señor Velásquez Castro.

1. A folio 2, copia de la orden para la práctica del examen de carga viral al señor Durango Palacio.

1. A folio 3, copia del informe de laboratorio diagnosticando como positivo de VIH al demandante.

#### I. PRUEBA SOLICITADA POR CORTE CONSTITUCIONAL.

El Magistrado Ponente, para mejor proveer, ordenó mediante auto de octubre 18 de 2001 oficiar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., para que certificara a este Despacho si en la actualidad está pagando la pensión de invalidez, reconocida al señor José Guillermo Zapata Quiceno y a qué monto correspondía.

#### I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

I. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

I. El derecho a la salud en conexidad con la vida. El caso de los enfermos de SIDA.

El juez de tutela debe amparar los derechos a la salud y a la vida de las personas teniendo siempre presente la prevalencia de los preceptos superiores, cuando advierte que bajo pretextos puramente económicos, aún contemplados en norma inferiores, los mencionados derechos resultan amenazados a causa de intervenciones quirúrgicas no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc.

Es esa la postura de la jurisprudencia de esta Corporación, que ha decidido inaplicar en el caso concreto, las normas que regulan la exclusión del Plan Obligatorio de Salud, cuando constituyan obstáculos para la protección solicitada.<sup>1</sup> Así, pues, con el cumplimiento de los siguientes requisitos, la jurisprudencia ha dado paso a la protección de los derechos a la salud en conexidad con la vida y la integridad física de la siguiente manera:

1. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado<sup>2</sup>, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos.

1. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.

1. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que 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.).

1. 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.

Ante estas circunstancias, la E.P.S. se encuentra obligada a prestar el servicio, y con el fin de preservar el equilibrio financiero, tiene derecho a repetir contra el Estado, específicamente contra el FOSYGA, tal y como lo ha señalado esta Corporación en sentencias precedentes. (SU-480 de 1997, T-1120 de 2000, y T-1018 y T-935 de 2001 entre otras).

I. Casos que se revisan.

La jurisprudencia en mención, será aplicada en los casos correspondientes a los expedientes T-489367 y T-497997, en tanto que para el expediente T-483392 se considerará la presencia de un hecho superado por fallecimiento del actor.

En efecto, los demandantes Freddy Velásquez Castro y Eduardo Durango Palacio afirman no tener capacidad económica para cubrir los gastos que supone el examen de carga viral, y a pesar de que uno de los solicitantes trabaja, el salario devengado, que apenas supera el mínimo legal, no le permite sufragar las medicinas prescritas para la recuperación de su salud. La incapacidad económica de los actores se expuso en la demanda y no existe controversia al respecto, ni la entidad accionada probó lo contrario.

Tal como se ha señalado en ocasiones pasadas, si el solicitante del amparo aduce en la demanda no contar con la capacidad económica para sufragar el costo de la prueba de laboratorio, de las medicinas o el procedimiento excluido del P.O.S., lo conducente es requerirlo para que aporte prueba que demuestre esa situación o decretar la práctica de pruebas que apunten a desvirtuar su dicho. Pero no es justo concluir que no se reúne uno de los requisitos indispensables para acceder a la tutela por la ausencia de pruebas para demostrarlo, atribuyendo esa falencia al actor, quien en la mayoría de los casos no sabe qué

ni cómo puede probar un hecho determinado, dejando de lado que el juez constitucional de tutela como director del proceso debe hacer uso de la facultad oficiosa que la ley le confiere para decretar la práctica de pruebas que estime necesarias para dictar fallo de fondo ajustado a derecho resolviendo el asunto sometido a su conocimiento (T-018 de 2001)

- En relación con la importancia del examen de carga viral, en la determinación y mejoría de la salud y la vida de un paciente con V.I.H. la Corte en reciente jurisprudencia que procede reiterar, dejó sentada su doctrina vigente de la siguiente manera:

I. El examen de carga viral es el más indicado médicamente para decidir el inicio o no de la formulación de antirretrovirales, corroborar si el tratamiento le está siendo suministrado al paciente en debida forma y definir si el programa anti VIH es el indicado o no, para en su defecto cambiarlo.

I. Las decisiones y conclusiones que arroja la realización de un examen de esa calidad, son vitales en la protección del derecho a la vida, tanto es ello así, que los conceptos más avanzados emitidos por la Academia Nacional de Medicina, consideran que omitir en un momento dado el examen de carga viral, puede ocasionar una omisión grave en pacientes considerados como portadores del V.I.H.

I. La antigua doctrina sostenida por esta Corporación<sup>3</sup> y de la cual se valen las sentencias instancia para negar el amparo solicitado, en donde se indicaba que el examen referido no era indispensable para el avance y éxito del tratamiento de los portadores del V.I.H., se abandonó recientemente en la sentencia T-849 de 2001, para sostener, teniendo de presente informes y opiniones médicas, que un paciente bajo un tratamiento no efectivo no reacciona positivamente y podría progresar el SIDA. De no estar sometido a un tratamiento idóneo, expuso la sentencia mencionada, el paciente puede desarrollar cepas de virus resistentes a los medicamentos que esté utilizando lo cual puede llevar a una falla virológica y un mayor compromiso del sistema inmunitario que aumenta el riesgo de infecciones

oportunistas. Al no contar con el examen de carga viral, el médico tratante debe implementar una terapia antirretroviral empírica con desconocimiento del estado virológico del paciente infectado.<sup>4</sup>

I. En las sentencias T-063 y T-1018 de 2001, en donde se trataron situaciones similares a la que nos ocupa, se transcribieron textualmente algunos apartes de las declaraciones rendidas por médicos conocedores de la enfermedad del Sida y que esta vez vale la pena traer a colación. En efecto, en palabras del Doctor Jesús Guillermo Prada Trujillo, médico especialista en medicina interna y enfermedades infecciones, la carga viral “mide la cantidad de copias virales por mililitro de sangre. Su uso se destina a la evaluación inicial del paciente (con el fin de conocer la severidad y la rapidez con que la enfermedad se puede presentar) para evaluar la respuesta del tratamiento. La carga permite por tanto conocer si el tratamiento es efectivo y medir la aparición de resistencia. En este sentido es una prueba fundamental que evalúa la circunstancia de salud del paciente y su respuesta al tratamiento. Por tanto tiene que ver de manera directa con el derecho a la salud y a la vida del paciente.”

Así, pues no puede aducirse, como lo hacen las sentencias de instancia, que la prueba requerida por los accionantes, no sea idónea en el tratamiento del SIDA.

En cumplimiento del otro requisito exigido por la jurisprudencia, debe señalarse que los demandantes aportaron la prueba médica, en donde consta la necesidad del examen referido y no se aprecia documento alguno en los expedientes en donde se demuestre que el diagnóstico de carga viral, puede reemplazarse por otro con el mismo resultado y los mismos efectos para el bienestar de un paciente con un VIH positivo. Son los accionantes merecedores de un trato especial por ser personas en condiciones de debilidad manifiesta, y por ello, la tutela debe prosperar una vez que se ha demostrado, como en efecto se hizo, la conexidad entre el derecho a la salud y la vida de los tutelantes.<sup>5</sup>

Se ordenará en consecuencia, al representante legal o a quien haga sus veces, de la “Compañía Suramericana de Salud S.A., Susalud Medicina Prepagada S.A.-” E.P.S. con sede en Medellín para que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho horas (48) horas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice la práctica de la prueba de laboratorio denominada carga viral prescrita por los médicos que tratan a los accionantes.

## I. El caso del expediente T-483392.

Tal como se ha sostenido en las consideraciones generales vertidas en este proveído, la Corte se ha pronunciado sobre la procedencia de la acción de tutela, con el fin de proteger el derecho fundamental de la salud en eventos en que reporta conexidad con la vida y evitar que se llegue a extremos como el caso de autos, en donde se produjo la muerte de una persona.<sup>6</sup>

Que si existe relación de causalidad entre el fallecimiento del señor Quiceno Zapata y la negativa de la entidad accionada en ordenar la práctica de la prueba de carga viral? Es un punto que debe resolver la jurisdicción ordinaria para determinar una posible responsabilidad médica, como lo ha señalado la Corte en diversas oportunidades.<sup>7</sup>

Así pues, en relación a la revisión de este fallo, la Corte Constitucional no tiene opción diferente a la de confirmar la providencia del juez de instancia, por carencia actual de objeto, como se ha procedido en infinidad de casos,<sup>8</sup> entendiéndose que la presencia de un hecho ya consumado deviene en la negación de la acción impetrada pues no existe un objeto jurídico sobre el cual proveer.

## I. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR las sentencias proferidas por los Juzgados Décimo Civil Municipal de Medellín (Expediente T-489367) y Veinte Civil Municipal de Medellín, (Expediente T-497997) para en su lugar CONCEDER la tutela del derecho a la salud en conexidad con la vida de los accionantes FREDY VELÁSQUEZ CASTRO y EDUARDO DURANGO PALACIO.

Segundo. CONFIRMAR, por existir un hecho superado, la sentencia proferida por el Juzgado

once Laboral del circuito de Medellín, en el expediente T-483392.

Tercero. INAPLICAR, con base en el artículo 4 de la Constitución Política y para el caso concreto que fue objeto de examen por esta Sala de Revisión, el artículo 10 y el párrafo del artículo 28 del decreto 806 de 1998.

Cuarto. ORDENAR al representante legal o a quien haga sus veces, de la “Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A., Susalud Medicina Prepagada S.A.” E.P.S. con sede en Medellín, que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho horas (48) horas a partir de la notificación de la presente sentencia, autorice la práctica de la prueba de laboratorio denominada carga viral dispuesta por los médicos tratantes de los señores EDUARDO DURANGO PALACIO y FREDY VELÁSQUEZ CASTRO.

Quinto. SEÑALAR expresamente que a Susalud Medicina Prepagada S.A. – E.P.S., le asiste el derecho de repetir lo que pague en cumplimiento de este fallo de tutela ante la Subcuenta respectiva del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud (FOSYGA).

Sexto. ORDENAR que por Secretaría, se compulsen copias de esta sentencia y del expediente respectivo, a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia.

Séptimo. Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia T-1207/01

JURISPRUDENCIA-Imposible demostrar corrección ética y jurídica/JURISPRUDENCIA-Demostración de error jurídico con respuesta alternativa mejor (Aclaración de voto)

Resulta imposible demostrar la corrección ética y jurídica de una determinada jurisprudencia, pues no sabemos qué otras respuestas posibles hubiera podido imaginar una comunidad jurídica mucho más creativa y sabia que nosotros. En cambio es más factible mostrar que una determinada decisión es incorrecta o equivocada. Pero para demostrar el error jurídico de una línea jurisprudencial no basta con detectar ciertos defectos argumentales y normativos de la construcción de los jueces sino que es necesario ofrecer una respuesta alternativa mejor, pues los casos planteados deben de todos modos ser decididos. Pero hay más: como esta Corte lo ha destacado, elementales razones de seguridad jurídica, igualdad y autorrestricción judicial, desaconsejan los permanentes cambios jurisprudenciales, por lo cual es necesario ofrecer una respuesta que sea sustantivamente mejor, de tal suerte que las nuevas razones sean de “un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto al precedente”. En tales circunstancias, mientras no sea ofrecida una respuesta sustantivamente mejor a los problemas planteados a los jueces que aquella que ya ha sido desarrollada jurisprudencialmente, es deber de los operadores jurídicos atenerse a la doctrina ya establecida y asumirla como “correcta” mientras no sea refutada.

DERECHO A LA SALUD-Fundamental por conexidad (Aclaración de voto)

CLAUSULA DE INMUNIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-No están sujetos a negociación política ni a disponibilidad de recursos (Aclaración de voto)

La Corte ha respondido a esas objeciones con una defensa vigorosa de la cláusula de inmunidad de los derechos fundamentales. Según esa tesis, los derechos fundamentales son

derechos subjetivos que la Constitución reconoce, por su enorme importancia para amparar la dignidad de las personas y para proteger incluso el propio procedimiento democrático. La Corte ha concluido entonces que la realización de esos derechos no puede estar sujeta a una negociación política ni su satisfacción puede depender de la disponibilidad de recursos. Y por ello, según la Corte, la tarea del juez constitucional debe ser amparar esos derechos sin tomar en consideración el eventual impacto económico de sus decisiones. Esta defensa de la Corte de su jurisprudencia en salud resulta, a primera vista, válida, pues los derechos fundamentales son presupuestos de la dignidad y libertad de las personas, y precondiciones de la democracia, por lo cual, en principio, su realización no puede depender a su vez de las decisiones democráticas ni de la disponibilidad de los recursos. Y por ello es cierto que en principio el razonamiento del juez constitucional debe ser deontológico y no consecuencialista, esto es, el juez debe amparar los derechos de las personas, aplicando las normas constitucionales pertinentes, aunque tales decisiones tengan impactos financieros o políticos importantes.

DERECHOS SOCIALES-Recursos económicos limitados/DERECHO A LA SALUD-Protección limitada a los recursos económicos (Aclaración de voto)

El contenido obligatorio específico de los derechos sociales es prestacional, e implica que el Estado debe suministrar un bien o servicio que la persona requiere para satisfacer sus necesidades básicas. Y esos bienes pueden llegar a tener costos muy considerables, sobre todo en materia de salud. Ahora bien, como los recursos son limitados, no es posible pensar que hoy el Estado y la sociedad colombianos tengan la capacidad económica de satisfacer en su integralidad todos esos derechos sociales. Los críticos aciertan entonces en señalar que el juez constitucional no puede ignorar las consecuencias financieras e institucionales de sus decisiones de amparar el derecho a la salud de una persona específica, y extender el plan obligatorio de salud más allá de lo dispuesto por las autoridades políticas, por la sencilla razón de que esa sentencia supone un uso de recursos no proyectado, que se traducirá en una limitación del derecho a la salud de otra persona. En tal contexto, la solución de permitir que la EPS o la ARS repitan contra el Fosyga no soluciona el problema, por la sencilla razón de que los recursos de ese fondo no son infinitos, y su agotamiento implica una limitación a la posibilidad de atender otras enfermedades catastróficas, o de extender la cobertura del régimen subsidiado, que beneficia a los sectores más pobres de la población.

DERECHO A LA SALUD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD-Alcance (Aclaración de voto)

DOCTRINA INTERNACIONAL SOBRE DERECHO A LA SALUD-Alcance (Aclaración de voto)

COMITE INTERNACIONAL-Salud como derecho fundamental/COMITE INTERNACIONAL-Protección de la salud dependiendo de la disponibilidad de recursos (Aclaración de voto)

El Comité parte del supuesto de que el derecho a la salud es en sí mismo fundamental, y que debe entonces ser satisfecho a todas las personas. Igualmente el Comité considera que ese derecho implica ciertas obligaciones directas y actuales para el Estado, pero que no puede exigirse la satisfacción integral de todo el derecho en forma inmediata. El Comité confiere también una especial fuerza al principio de igualdad en la realización de ese derecho. La anterior visión doctrinal del Comité es entonces muy sensible al tema de la igualdad material y a la restricción de recursos para satisfacer el derecho a la salud. Su consecuencia parecería ser que la mejor doctrina constitucional en la materia no es la de considerar la salud como un derecho fundamental por conexidad sino como un derecho fundamental en sí mismo, pero con un contenido directamente amparable más reducido que aquel que ha defendido la jurisprudencia constitucional colombiana. Esto es, conforme a la doctrina del Comité, el Estado tiene el deber de asegurar a todas las personas, y en especial a aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad (niños, ancianos, etc), unos servicios de salud básicos. Pero, según esa visión, la concesión de otras prestaciones es de desarrollo progresivo y dependerá de la disponibilidad de recursos. Por consiguiente, conforme a esta doctrina, no violaría el derecho a la salud que el Estado no suministrara un tratamiento de alto costo, incluso si éste es necesario para preservar la vida de la persona, si ese servicio no ha sido incorporado al contenido progresivo del derecho a la salud.

DOCTRINA INTERNACIONAL SOBRE DERECHO A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (Aclaración de voto)

DERECHO A LA SALUD-Desarrollo progresivo (Aclaración de voto)

El Estado tiene entonces la obligación de desarrollar progresivamente la satisfacción de ese derecho, por medio de planes de salud asegurados a toda la población. La extensión de esos planes dependerá de la disponibilidad de recursos y del propio debate democrático, pero una vez establecidos, por el carácter fundamental del derecho a la salud, esos componentes de

desarrollo progresivo serían también tutelables, en caso de que existan omisiones o retardos injustificados por parte de las instituciones prestadoras de esos servicios.

AUTORIDAD POLITICA-Definición del alcance de los servicios de salud/AUTORIDAD POLITICA-Límites en la definición del alcance de los servicios de salud (Salvamento de voto)

La idea es que la definición del alcance de los servicios de salud que hacen parte del contenido de desarrollo progresivo del derecho corresponde a las autoridades políticas, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social. Sin embargo, la libertad de las autoridades y de las mayorías en el diseño de esos planes tiene dos limitaciones: de un lado, toda restricción a un grado de protección ya alcanzado por la sociedad colombiana debe presumirse inconstitucional, pues sería regresiva en vez de progresiva; y, de otro lado, y es en este aspecto que la tradición jurisprudencial colombiana muestra toda su riqueza, en principio todas las prestaciones necesarias para proteger la vida digna de las personas deben ser incorporadas en esos planes, y por ello debe presumirse que la omisión de una prestación de esa naturaleza es inconstitucional.

DERECHO A LA SALUD-Cooperación entre el legislador, la ciudadanía y el juez constitucional/DERECHO A LA SALUD Y PROCESO DEMOCRATICO-Protección (Aclaración de voto)

La concepción que propugno estimula entonces un diálogo creativo entre el juez constitucional y las autoridades políticas en el desarrollo progresivo de los derechos sociales en particular, y del derecho a la salud en particular. Así, corresponde al proceso democrático definir el alcance de esos programas, pero el juez constitucional, al exigir una especial justificación de ciertas omisiones o regresiones en el diseño de esos planes, racionaliza la deliberación social y política sobre el derecho a la salud. Esta doctrina incita entonces una cooperación entre el legislador, la ciudadanía y el juez constitucional, que vigoriza la democracia, al mismo tiempo que protege los derechos individuales, y por ello me parece deseable. Y es que el juez constitucional, al proteger los derechos fundamentales, debe evitar adoptar fórmulas demasiado rígidas, salvo que el texto constitucional se las imponga inequívocamente, por cuanto estaría cerrando las posibilidades de que exista una deliberación democrática, que permita encontrar distintas opciones a un determinado problema. Los jueces deben entonces preferir las decisiones que hagan más vigoroso el

debate democrático, y en cambio deben rechazar aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, pues una de las funciones decisivas del control constitucional es “contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas”.

DERECHO A LA SALUD DEL ENFERMO DE SIDA-Realización examen de carga viral (Aclaración de voto)

1- La decisión del presente asunto puede parecer fácil, incluso para un estudiante de primer año de derecho, pues aparentemente se trata únicamente de aplicar una doctrina constitucional, establecida por esta Corte casi desde sus primeras decisiones. Sin embargo, creo que el problema no es tan sencillo de resolver, al menos desde mi perspectiva. Y es que estas sentencias de salud me suscitan unos interrogantes éticos y jurídicos muy difíciles, y por ello me ponen en una situación incómoda. La razón de esa incomodidad, e incluso perplejidad, es la siguiente: comparto la vocación humanista de esta jurisprudencia de la Corte, que busca hacer realidad los derechos sociales, a fin de que éstos no se queden en el papel. Sin embargo, soy también consciente de las debilidades jurídicas y políticas de la actual doctrina constitucional sobre el derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad, las cuales han sido destacadas por muchos críticos del trabajo de la Corte en este campo.

2- A pesar de esas críticas, he decidido apoyar la presente sentencia por una razón muy sencilla: en este momento no conozco, ni soy capaz de ofrecer, una doctrina constitucional que sea sustantivamente mejor que aquella que ha elaborado esta Corte, desde la sentencia T-505 de 1992, en donde protegió el derecho a la salud de un portador de VIH y ordenó el tratamiento respectivo, sin tomar en consideración su costo financiero. Por ello, aunque tengo reservas frente a la jurisprudencia de la Corte en salud, me siento ética y jurídicamente obligado a respetarla, mientras no exista una respuesta mejor a los dilemas que estos difíciles casos plantean.

3- Esta posición jurídica deriva de la siguiente convicción: creo que la evolución jurisprudencial debería regirse por un equivalente del principio de “refutabilidad” o “falseabilidad” que propuso el filósofo Karl Popper en materia epistemológica. Según este

filósofo, nadie puede probar que una teoría científica sea verdadera, pues esa pretensión metafísica supera las limitaciones del conocimiento humano. Pero lo propio de una teoría científica es que es posible que en un determinado momento lleguemos a probar que es falsa. En tales circunstancias, la verdad de una teoría científica, según Popper, consiste en que es una conjetura, que por el momento no ha sido refutada, y que por ende, para todo propósito práctico, debe ser asumida como verdadera.

Según mi parecer, algo parecido ocurre con las líneas jurisprudenciales y las construcciones jurídicas. Ellas son también conjeturas y construcciones conceptuales que los jueces hacemos para intentar dar respuestas correctas a los problemas que nos son planteados. Resulta imposible demostrar la corrección ética y jurídica de una determinada jurisprudencia, pues no sabemos qué otras respuestas posibles hubiera podido imaginar una comunidad jurídica mucho más creativa y sabia que nosotros. En cambio es más factible mostrar que una determinada decisión es incorrecta o equivocada. Pero para demostrar el error jurídico de una línea jurisprudencial no basta con detectar ciertos defectos argumentales y normativos de la construcción de los jueces sino que es necesario ofrecer una respuesta alternativa mejor, pues los casos planteados deben de todos modos ser decididos. Pero hay más: como esta Corte lo ha destacado, elementales razones de seguridad jurídica, igualdad y autorrestricción judicial<sup>9</sup>, desaconsejan los permanentes cambios jurisprudenciales, por lo cual es necesario ofrecer una respuesta que sea sustantivamente mejor, de tal suerte que las nuevas razones sean de “un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto al precedente”<sup>10</sup>.

4- En tales circunstancias, mientras no sea ofrecida una respuesta sustantivamente mejor a los problemas planteados a los jueces que aquella que ya ha sido desarrollada jurisprudencialmente, es deber de los operadores jurídicos atenerse a la doctrina ya establecida y asumirla como “correcta” mientras no sea refutada. Por ello he aceptado la presente decisión, que reitera la jurisprudencia sobre el derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad. Sin embargo, también es deber de los jueces intentar hacer evolucionar esa práctica colectiva, que es el derecho, hacia horizontes cada vez más justos. En tales circunstancias, considero que los jueces no debemos ocultar nuestras dudas y perplejidades. Creo que es socialmente más útil explicitar esas perplejidades con el fin de

estimular debates sociales y académicos que enriquezcan la jurisprudencia. La finalidad de esta aclaración de voto es entonces explicitar mis dudas sobre la actual jurisprudencia constitucional en materia de salud, con el fin de contribuir al diálogo constitucional permanente que debe existir entre los jueces constitucionales y la sociedad. Para ello, comenzaré por resumir brevemente el aspecto central de esta jurisprudencia y de las críticas que ha provocado, para luego intentar ofrecer algunas líneas de reflexión que podrían hacernos avanzar en este campo, ya sea para ajustar la actual jurisprudencia constitucional, o ya sea para modificarla, si ello resulta necesario. Como es obvio, esas propuestas son aún muy tentativas, pues si hubiera tenido una respuesta alternativa consolidada, no hubiera dudado en proponer el correspondiente ajuste o cambio jurisprudencial.

La jurisprudencia sobre salud y sus críticos.

5- Según reiterada jurisprudencia, esta Corte ha concluido que el derecho a la salud, si bien no es fundamental, adquiere ese carácter por conexidad, y por ello es tutelable, cuando la falta de prestación de un servicio de salud puede afectar un derecho fundamental del peticionario, y en especial su derecho a la vida digna. Frente a esos eventos, esta Corte ha establecido una jurisprudencia reiterada, que podría ser resumida así: si una persona ya hace parte del sistema de seguridad social contributivo y se encuentra vinculada a una EPS, y requiere de una prestación médica o de un medicamento, que son necesarios para llevar una vida digna, entonces puede obtener esos servicios por medio de la tutela, incluso si tales prestaciones se encuentran excluidas del plan obligatorio de salud (POS), siempre y cuando (i) un médico de la EPS respectiva haya ordenado el tratamiento, (ii) no exista un tratamiento equivalente en el POS y (iii) la persona no cuente con los recursos para pagar directamente el servicio. En tales eventos, con el fin de no alterar el equilibrio contractual de las EPS, la Corte ha admitido que éstas pueden repetir contra la cuenta pertinente del Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA). La Corte ha desarrollado, con algunas variaciones, una doctrina similar para las personas que hacen parte del régimen subsidiado y reciben entonces los servicios de una ARS; igualmente, en determinados casos, en especial vinculados con personas que son portadoras del VIH, la Corte ha protegido incluso a personas que no hacen parte ni del régimen subsidiado ni del contributivo, y se encuentran entonces tan sólo vinculadas al sistema por subsidios a la oferta.

En el presente caso, la sentencia aplicó esa reiterada jurisprudencia de la Corte y por ello ordenó el examen de carga viral para los peticionarios, que son portadores del VIH, pudiendo la EPS respectiva repetir ante el FOSYGA.

6- La vocación humanista de esa jurisprudencia es evidente, pero ha sido objeto de críticas severas. Las objeciones básicas son esencialmente tres: de un lado, algunos críticos argumentan que la concesión de tratamientos y medicamentos por vía de tutela podría estar ocasionando efectos contraproducentes para la realización misma de los derechos sociales, y en particular del derecho a la salud, de aquellas personas que no son beneficiadas por los fallos de los jueces constitucionales, en la medida en que las sentencias desequilibran el sistema de seguridad social en salud, al ordenar costosos tratamientos, que no fueron tenidos en cuenta por las autoridades políticas, que diseñaron los programas y obtuvieron los recursos económicos para desarrollarlos.

De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, algunos analistas objetan que esos tratamientos costosos para salvar unas pocas vidas drenan recursos, que podrían ser utilizados más eficientemente para ampliar la cobertura de la salud a los sectores más pobres de la población. De esa manera, según esos críticos, la Corte estaría produciendo decisiones inequitativas, pues beneficiarían a quienes ya hacen parte del sistema de seguridad social, en detrimento de quienes están fuera de él, con lo cual las poblaciones más vulnerables no se benefician sino que se perjudican con esta doctrina constitucional.

Finalmente, las sentencias de la Corte son cuestionadas por vaciar el debate democrático sobre el alcance del derecho a la salud. Según esta objeción, no es posible en una sociedad pobre, como la nuestra, que existan recursos suficientes para satisfacer todos los derechos sociales. Por ello, conforme a los tratados internacionales sobre la materia, esos derechos sólo pueden ser realizados progresivamente. Y mientras no pueda satisfacerse integralmente el contenido de todos los derechos sociales, la sociedad debe tomar decisiones trágicas, como reducir los recursos para enfermedades de alto costo a fin de ampliar los programas de salud básica. Y, concluyen estos analistas, como no existen criterios objetivos para determinar cuál es el nivel óptimo y más justo de reparto de los recursos para la realización de los distintos derechos, no corresponde a los jueces sino al proceso democrático y a las autoridades electas tomar las decisiones sobre hasta qué punto satisfacer esos derechos.

7- En general, la Corte ha respondido a esas objeciones con una defensa vigorosa de la cláusula de inmunidad de los derechos fundamentales. Según esa tesis, los derechos fundamentales son derechos subjetivos que la Constitución reconoce, por su enorme importancia para amparar la dignidad de las personas y para proteger incluso el propio procedimiento democrático. La Corte ha concluido entonces que la realización de esos derechos no puede estar sujeta a una negociación política ni su satisfacción puede depender de la disponibilidad de recursos. Y por ello, según la Corte, la tarea del juez constitucional debe ser amparar esos derechos sin tomar en consideración el eventual impacto económico de sus decisiones.

8- Esta defensa de la Corte de su jurisprudencia en salud resulta, a primera vista, válida, pues los derechos fundamentales son presupuestos de la dignidad y libertad de las personas, y precondiciones de la democracia, por lo cual, en principio, su realización no puede depender a su vez de las decisiones democráticas ni de la disponibilidad de los recursos. Y por ello es cierto que en principio el razonamiento del juez constitucional debe ser deontológico y no consecuencialista, esto es, el juez debe amparar los derechos de las personas, aplicando las normas constitucionales pertinentes, aunque tales decisiones tengan impactos financieros o políticos importantes.

Sin embargo, en materia de derechos sociales prestacionales, como la salud, la vivienda o la educación, entre otros, esa tesis debe ser matizada, por la sencilla razón de que esos derechos, por ser prestacionales, implican erogaciones considerables. Es cierto que la realización de los derechos civiles y políticos también cuesta dinero a la sociedad, en la medida en que el Estado debe no sólo respetar esos derechos sino también garantizar su goce, tal y como lo establecen los pactos derechos humanos, conforme a los cuales deben ser interpretados los derechos constitucionales (CP art. 93). Pero de todos modos subsiste una diferencia decisiva entre la protección judicial de los derechos civiles y aquella de los derechos sociales, y es la siguiente: el contenido obligatorio específico de los derechos sociales es prestacional, e implica que el Estado debe suministrar un bien o servicio que la persona requiere para satisfacer sus necesidades básicas. Y esos bienes pueden llegar a tener costos muy considerables, sobre todo en materia de salud. Ahora bien, como los recursos son limitados, no es posible pensar que hoy el Estado y la sociedad colombianos tengan la capacidad económica de satisfacer en su integralidad todos esos derechos sociales. Los críticos aciertan entonces en señalar que el juez constitucional no puede ignorar las

consecuencias financieras e institucionales de sus decisiones de amparar el derecho a la salud de una persona específica, y extender el plan obligatorio de salud mas allá de lo dispuesto por las autoridades políticas, por la sencilla razón de que esa sentencia supone un uso de recursos no proyectado, que se traducirá en una limitación del derecho a la salud de otra persona. En tal contexto, la solución de permitir que la EPS o la ARS repitan contra el Fosyga no soluciona el problema, por la sencilla razón de que los recursos de ese fondo no son infinitos, y su agotamiento implica una limitación a la posibilidad de atender otras enfermedades catastróficas, o de extender la cobertura del régimen subsidiado, que beneficia a los sectores más pobres de la población.

9- Por todo lo anterior, aunque reconozco y comparto la vocación humanista de la jurisprudencia en salud de la Corte, es obvio que ella tiene debilidades importantes, que minan su potencial democrático. Esta situación suscita numerosos interrogantes, como los siguientes: ¿Implican esas debilidades que la doctrina de la Corte es totalmente equivocada y que los derechos sociales deben ser asumidos como cláusulas puramente programáticas, como lo argumentan algunos? ¿O es posible mantener, con algunos ajustes, la doctrina del derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad? ¿O podría pensarse que es mejor considerar que el derecho a la salud es per se fundamental, pero que tiene un contenido esencial más limitado que aquel que deriva de la actual doctrina de la Corte? ¿O cuál debe ser la naturaleza constitucional del derecho a la salud en una sociedad pobre como la colombiana?

No es fácil responder a esos interrogantes. Sin embargo, en los párrafos que siguen, me aventuraré a sugerir algunas líneas de reflexión, tomando como punto de partida lo que yo considero que constituye el principal defecto de la jurisprudencia de la Corte en la materia: la falta de análisis del impacto de la protección de los derechos sociales sobre la realización de la igualdad.

Derecho a la salud y principio de igualdad.

10- La presentación precedente muestra que la gran debilidad de la jurisprudencia en salud de la Corte es que su concepción de la salud como un derecho fundamental por conexidad la ha llevado a no tomar en consideración la relación que debe existir entre la protección de este derecho social y el respeto de la igualdad, tanto en su dimensión formal (igualdad de

trato) como su dimensión sustantiva (igualdad material y efectiva). En efecto, la Corte ha considerado que siempre que una prestación médica sea necesaria para proteger la vida digna, entonces la persona puede obtener esa prestación por medio de la tutela. Pero la Corte no se ha preguntado si esa prestación médica es o no universalizable, y si puede o no ser concedida a todas las personas que se encuentren en condiciones semejantes. Al no hacerse esa pregunta, la jurisprudencia de la Corte corre el riesgo de establecer una doctrina que, en nombre de la igualdad y de la realización de los derechos sociales, puede provocar profundas desigualdades, pues si la prestación otorgada es tan costosa que no puede ser concedida por el sistema de salud a todos los que la requieren, entonces la decisión judicial estaría consagrando privilegios contrarios al principio de igualdad de trato, según el cual, todas las personas que se encuentren en una misma situación deben recibir un mismo tratamiento por las autoridades.

De otro lado, incluso si la prestación fuera universalizable, y su concesión por vía de tutela fuera entonces compatible con la igualdad de trato, subsiste otro interrogante, y es el siguiente: ¿hasta qué punto la adjudicación de un tratamiento por fuera del POS afecta el principio de igualdad material, según el cual el Estado debe esforzarse por lograr que la igualdad entre los colombianos sea real y efectiva? En efecto, incluso en eventos en que un medicamento por fuera del POS pueda ser concedido a todos los que lo requieren, sin embargo su otorgamiento puede afectar la viabilidad financiera de otros programas de salud, que podrían beneficiar a poblaciones más vulnerables, que requieren una especial protección del Estado (CP art. 13). En tal caso, la concesión por tutela de esos medicamentos podría afectar el principio de igualdad material, que la Carta ordena a las autoridades realizar (CP art. 13).

11- Esta insensibilidad de la Corte frente al impacto de su jurisprudencia en salud sobre la igualdad es realmente sorprendente, al menos por las siguientes dos razones. De un lado, la igualdad es uno de los valores que subyace a la consagración y al reconocimiento de los derechos sociales, por lo que resulta extraño que en nombre de esos derechos, el juez constitucional tome determinaciones que puedan eventualmente afectar la igualdad.

De otro lado, la propia Corte ha desarrollado sobre la igualdad una jurisprudencia supremamente fina, mediante el desarrollo de distintos tests en diversos ámbitos. Ha sido pues un tribunal muy sensible al tema de la igualdad, por lo que no resulta razonable que

excluya el análisis de la igualdad en su elaboración jurisprudencial en materia de derechos sociales.

12- Por todo ello, creo que una de las vías fecundas para desarrollar una jurisprudencia más adecuada en materia de salud consiste en intentar una mayor articulación entre la protección de esos derechos y el respeto de la igualdad. Esto es, la Corte debería no sólo analizar si procede o no el amparo de un determinado individuo en el caso concreto sino que también debería interrogarse sistemáticamente sobre el impacto de esa decisión sobre la realización de la igualdad en la sociedad colombiana.

Esta mayor sensibilidad de la Corte hacia los efectos de sus decisiones en salud sobre la igualdad, que dicho sea de paso tiene expresiones interesantes en derecho comparado<sup>11</sup>, le permitiría enfrentar mejor muchas de las críticas que le han sido formuladas.

Además, un razonamiento constitucional que articule la protección de los derechos sociales con la realización de la igualdad también podría representar un paso importante para superar la oposición entre un razonamiento puramente deontológico y otro puramente consecuencial en este campo. En efecto, el juez constitucional no dejaría de proteger los derechos fundamentales y aplicar las normas constitucionales pertinentes, pero no sería insensible a las eventuales consecuencias discriminatorias de sus decisiones. Y es que creo que en materia de derechos sociales, el juez sólo puede tomar en serio los derechos sociales si también toma en serio la restricción presupuestal y la limitación de recursos que condicionan la realización de esos derechos.

13- La anterior conclusión no significa que esté defendiendo una reducción de la discusión jurídica sobre derechos sociales a una lógica económica, fundada en los presupuestos neoclásicos de la microeconomía, como lo proponen algunos análisis económicos del derecho, que ven en la eficiencia, entendida como maximización de la riqueza, el único objetivo respetable del derecho, al punto de que llegan a afirmar que la eficiencia “es un adecuado concepto de justicia”<sup>12</sup>. Esa visión no parece aceptable pues excluye dos dimensiones esenciales de cualquier forma de razonamiento jurídico. De un lado, los problemas de equidad y distribución de recursos son ignorados, pues la búsqueda de eficiencia se hace a partir de un determinado reparto inicial de la riqueza. Y de otro lado, el papel de los derechos de la persona es minimizado, pues un derecho se convierte

simplemente en un interés o preferencia que debe ser integrado al cálculo general de utilidades, que permitirá determinar cuál es la solución eficiente para maximizar la riqueza de una sociedad. Pero es evidente que, como han insistido con vigor autores como Rawls, Dworkin o Sen, un derecho no se confunde con un interés ni con una preferencia. Esta perspectiva de maximización de la riqueza y eficiencia, como objetivos únicos del sistema jurídico, resulta entonces inadecuada para razonar jurídicamente en el constitucionalismo contemporáneo, ya que nuestras sociedades reposan en la idea de que los derechos de la persona son tan importantes para preservar la dignidad humana y el propio proceso político que no pueden quedar abandonados al cálculo de utilidades.

Pero, de otro lado, la perspectiva opuesta, según la cual el razonamiento ético y jurídico es puramente deontológico, y debe entonces defender los derechos sin importar las consecuencias también resulta insatisfactorio, no sólo porque la defensa absoluta de un derecho puede traducirse en la afectación de otro derecho, sino además por cuanto es razonable suponer que un mayor desarrollo económico permite una mejor satisfacción de los derechos sociales.

Tal vez sea entonces necesario examinar caminos intermedios que articulen mejor la defensa de los derechos de la persona (razón constitucional) con las pretensiones de incrementar eficientemente la riqueza material de una sociedad (lógica económica). Y lo cierto es que, por diversos caminos, algunos autores han intentado esa integración, para lo cual basta citar el siguiente ejemplo. El gran economista Amartya Sen plantea que no son admisibles los razonamientos puramente consecuenciales, propios de la economía del bienestar, pero tampoco las argumentaciones deontológicas que ignoren las consecuencias de las decisiones. En ese contexto, Sen distingue entre un análisis que sea “sensible a las consecuencias” y un análisis “totalmente consecuencialista”<sup>13</sup>, y propone un esquema que busque maximizar la protección de los derechos, tomando en cuenta los efectos de las decisiones alternativas en la realización de los derechos.

Creo que una perspectiva de esa naturaleza, que implica articular la protección de los derechos sociales con la búsqueda de la igualdad material, abre caminos sugestivos para la construcción de una dogmática constitucional adecuada sobre el derecho a la salud.

13- Una pregunta surge del anterior análisis: ¿cuál es la doctrina constitucional concreta que

surgiría de una jurisprudencia sobre derechos sociales articulada en torno al principio de igualdad?

No tengo una respuesta totalmente clara sobre la materia, pero creo que dos aspectos deberían ser tomados en cuenta por la Corte en su desarrollo jurisprudencial en la materia. De un lado, los desarrollos de la doctrina internacional sobre el tema, y de otro lado, la fuerza del principio democrático en la materia. Ambos aspectos me parecen muy relevantes, como intentaré mostrarlo a continuación.

La doctrina internacional sobre el derecho a la salud y la jurisprudencia constitucional colombiana.

14- El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que se ha tornado en el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93), ha elaborado una doctrina sobre el derecho a la salud, que puede contribuir al desarrollo de la jurisprudencia constitucional en este campo. En particular, en su período No 22 de sesiones, el 11 de mayo de 2000, el Comité adoptó la “Observación General No 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art 12)”.

Nótese que en todo este comentario, el Comité parte del supuesto de que el derecho a la salud es en sí mismo fundamental, y que debe entonces ser satisfecho a todas las personas. Igualmente el Comité considera que ese derecho implica ciertas obligaciones directas y actuales para el Estado, pero que no puede exigirse la satisfacción integral de todo el derecho en forma inmediata. El Comité confiere también una especial fuerza al principio de igualdad en la realización de ese derecho. Y, finalmente, el Comité no toma en consideración el derecho a la vida como elemento para definir cuáles prestaciones deben ser obligatoriamente satisfechas por el Estado.

15- La anterior visión doctrinal del Comité es entonces muy sensible al tema de la igualdad material y a la restricción de recursos para satisfacer el derecho a la salud. Su consecuencia parecería ser que la mejor doctrina constitucional en la materia no es la de considerar la salud como un derecho fundamental por conexidad sino como un derecho fundamental en sí mismo, pero con un contenido directamente amparable más reducido que aquel que ha defendido la jurisprudencia constitucional colombiana. Esto es, conforme a la doctrina del

Comité, el Estado tiene el deber de asegurar a todas las personas, y en especial a aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad (niños, ancianos, etc), unos servicios de salud básicos. Pero, según esa visión, la concesión de otras prestaciones es de desarrollo progresivo y dependerá de la disponibilidad de recursos. Por consiguiente, conforme a esta doctrina, no violaría el derecho a la salud que el Estado no suministrara un tratamiento de alto costo, incluso si éste es necesario para preservar la vida de la persona, si ese servicio no ha sido incorporado al contenido progresivo del derecho a la salud.

16- Una comparación de la doctrina del Comité y aquella desarrollada por la jurisprudencia colombiana muestra tal vez dos extremos de lo que podrían ser las visiones progresistas del derecho a la salud. Así, la perspectiva del Comité tiene la virtud de estar muy bien articulada con el tema de la igualdad, pero tal vez no es lo suficientemente sensible frente a la protección a la vida digna de los peticionarios individuales. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional colombiana protege vigorosamente la vida digna de los peticionarios individuales, pero no es adecuada en términos de igualdad. Una obvia pregunta surge: ¿es acaso posible articular ambas concepciones, de tal manera que podamos construir una dogmática constitucional sobre el derecho a la salud, que sea al mismo tiempo vigorosa en la protección de la vida digna y sensible a la igualdad y a la existencia de restricciones de recursos?

Creo que una posibilidad para responder a ese interrogante es asumir la visión del derecho a la salud como un derecho en sí mismo fundamental, y por ende directamente tutelable, como se desprende de la doctrina del Comité, pero conservando, en ciertos aspectos, la visión de la jurisprudencia colombiana de la importancia de su conexidad con la vida digna, en casos concretos.

La integración entre ambas concepciones podría operar así: en principio, el derecho a la salud debe ser asumido como fundamental, y el Estado tiene entonces el deber de ampararlo a toda la población. Esto significa entonces que, contrariamente a una visión implícita en la jurisprudencia constitucional colombiana, es necesario distinguir con claridad entre el derecho a la salud y la seguridad social. Así, la seguridad social es una de las formas posibles (y tal vez la más adecuada) para satisfacer el derecho a la salud, pero eso no significa que el deber estatal de amparar ese derecho se reduce al desarrollo de un sistema de seguridad social. Por consiguiente, el hecho de que, por diversas razones, la seguridad social no cubra a

toda la población, no excusa al Estado para no proteger el derecho a la salud de todos los colombianos.

Habría entonces que asumir que el derecho a la salud sería en sí mismo tutelable. Sin embargo, por limitación de recursos, el deber directo del Estado no es proveer inmediatamente todos los servicios de salud que requieren las personas sino que se limita a dos componentes básicos: de un lado, las autoridades deben prestar los servicios señalados por los artículos 12 del Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas y por el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, que definen las obligaciones básicas y prioridades elementales en este campo. Así, por ejemplo, dice al respecto el ordinal 2º del artículo 10 Protocolo de San Salvador:

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

- a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables”.

Estas prestaciones podrían ser eventualmente consideradas como el contenido esencial de este derecho. A partir de ese mínimo, el Estado tiene entonces la obligación de desarrollar progresivamente la satisfacción de ese derecho, por medio de planes de salud asegurados a

toda la población. La extensión de esos planes dependerá de la disponibilidad de recursos y del propio debate democrático, pero una vez establecidos, por el carácter fundamental del derecho a la salud, esos componentes de desarrollo progresivo serían también tutelables, en caso de que existan omisiones o retardos injustificados por parte de las instituciones prestadoras de esos servicios.

17- Como vemos, la idea es que la definición del alcance de los servicios de salud que hacen parte del contenido de desarrollo progresivo del derecho corresponde a las autoridades políticas, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social. Sin embargo, la libertad de las autoridades y de las mayorías en el diseño de esos planes tiene dos limitaciones: de un lado, toda restricción a un grado de protección ya alcanzado por la sociedad colombiana debe presumirse inconstitucional, pues sería regresiva en vez de progresiva; y, de otro lado, y es en este aspecto que la tradición jurisprudencial colombiana muestra toda su riqueza, en principio todas las prestaciones necesarias para proteger la vida digna de las personas deben ser incorporadas en esos planes, y por ello debe presumirse que la omisión de una prestación de esa naturaleza es inconstitucional.

Estos dos últimos aspectos muestran entonces la importancia de repensar la relación que debe existir entre el juez constitucional y la deliberación democrática en la realización de los derechos sociales, tal y como intentaré mostrarlo en los últimos puntos de esta aclaración.

Derecho a la salud, protección judicial de los derechos sociales y proceso democrático.

18- Como se ve, la anterior propuesta de dogmática constitucional confiere al proceso democrático un peso muy importante en la definición del contenido tutelable del derecho a la salud, más allá de su contenido básico establecido directamente por los pactos internacionales. Sin embargo, esa deliberación democrática se encuentra también condicionada, no sólo por la cláusula de no regresividad sino también por la conexión de la salud con la vida digna. Esto implica que toda medida legislativa o administrativa que implique una regresión o una omisión de una prestación que tenga conexidad con la vida digna se presume inconstitucional. Sin embargo, y ésa es una diferencia importante con la actual jurisprudencia de la Corte, esa presunción es derrotable. Esto significa que la función del juez constitucional no sería la de añadir al POS todas aquellos servicios y medicamentos que pueden ser necesarios para preservar la vida digna del peticionario, sin importar su

costo, pues esa jurisprudencia es problemática en términos de igualdad. Pero tampoco la definición del alcance del POS puede estar librada totalmente a la discreción de las autoridades política, ya que una tal jurisprudencia desprotege el derecho a la vida digna de las personas. Por ello, la solución podría ser que cada vez que se constate que se encuentra excluida del POS una prestación médica, que es necesaria para amparar la vida digna del peticionario, entonces el juez constitucional debe exigir de las autoridades políticas encargadas del diseño de esos planes, que justifiquen claramente esa exclusión. En tales circunstancias, si la justificación es insuficiente, la presunción de inconstitucionalidad operaría y la tutela debería entonces ser concedida.

19- La concepción que propugno estimula entonces un diálogo creativo entre el juez constitucional y las autoridades políticas en el desarrollo progresivo de los derechos sociales en particular, y del derecho a la salud en particular. Así, corresponde al proceso democrático definir el alcance de esos programas, pero el juez constitucional, al exigir una especial justificación de ciertas omisiones o regresiones en el diseño de esos planes, racionaliza la deliberación social y política sobre el derecho a la salud. Esta doctrina incita entonces una cooperación entre el legislador, la ciudadanía y el juez constitucional, que vigoriza la democracia, al mismo tiempo que protege los derechos individuales, y por ello me parece deseable. Y es que el juez constitucional, al proteger los derechos fundamentales, debe evitar adoptar fórmulas demasiado rígidas, salvo que el texto constitucional se las imponga inequívocamente, por cuanto estaría cerrando las posibilidades de que exista una deliberación democrática, que permita encontrar distintas opciones a un determinado problema. Por ello, como bien lo destaca Nino, los jueces, al ejercer el control constitucional, no deben descartar políticas que resulten del debate democrático, únicamente porque consideran que existen otras mejores, pero en cambio “pueden, y deben, adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública o la consideración más cuidadosa por parte de los cuerpos políticos”<sup>14</sup>. Los jueces deben entonces preferir las decisiones que hagan más vigoroso el debate democrático, y en cambio deben rechazar aquellas determinaciones que arrebatan, sin razones convincentes, la resolución de un problema a la decisión ciudadana, pues una de las funciones decisivas del control constitucional es “contribuir a mejorar la calidad del proceso de discusión democrática y toma de decisiones, estimulando el debate público y promoviendo decisiones más reflexivas”<sup>15</sup>.

20- La anterior visión debe ser complementada con una referencia especial a la situación de

las poblaciones potencialmente discriminadas. En efecto, una de las justificaciones contemporáneas más poderosas del control constitucional es aquella que considera que los tribunales constitucionales son un mecanismo para proteger la imparcialidad del proceso democrático, a fin de evitar que éste se convierta en una tiranía de las mayorías sobre las minorías. Y es que la democracia, para que conserve aquellos elementos por los cuales es un régimen digno de ser respetado y obedecido, no puede ser pensada como un gobierno de las mayorías en beneficio de las mayorías; la democracia utiliza como criterio de decisión el principio mayoritario, por cuanto, en materias complejas y en organizaciones numerosas, es imposible alcanzar el consenso, que parece ser el único criterio de justicia aceptable en nuestras sociedades pluralistas. El principio de mayoría opera entonces como una especie de consenso imperfecto, y por eso parece el mecanismo más adecuado y justo de decisión. Pero esto no significa que las mayorías que controlan el Parlamento puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las políticas que allí se decretan, mientras que descargan sus costos en aquellas minorías que no pueden acceder al poder, puesto que la idea del consenso, que es la que justifica el principio de mayoría, implica que es justa aquella decisión que toma en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los eventuales afectados por esa determinación. La democracia es entonces un régimen basado en el principio de mayoría pero que debe procurar satisfacer igualitariamente los intereses de todos. Las mayorías tienen el derecho de optar por determinadas políticas, siempre y cuando esas estrategias tomen en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los gobernados. Por ende, el juez constitucional debe proteger especialmente a aquellas minorías susceptibles de discriminación por las mayorías sociales y políticas<sup>16</sup>.

Ahora bien, en el campo de la salud, el anterior análisis implica que ameritan una particular protección por el juez constitucional aquellas personas que, por ciertas condiciones sociales, o por las enfermedades que padecen, están sujetas a discriminaciones sociales. En aquellos casos, la exclusión de los planes de salud de los tratamientos y medicamentos que esas personas requieren para llevar una vida digna estaría cubierta por una doble presunción de inconstitucionalidad, por lo cual las autoridades tendrían que explicar convincentemente no sólo por qué esos tratamientos no pueden ser concedidos, sino además que la decisión de excluirlos del plan no obedeció a motivaciones discriminatorias. Por ello considero que la Corte ha tenido razón en proteger especialmente a los portadores de VIH y a los enfermos de SIDA.

21- Por todo lo anterior, decidí apoyar la decisión de tutelar los derechos de los peticionarios y ordenar que les sean practicados los exámenes de carga viral que les habían sido negados. Pero las dudas que me suscita la doctrina de la Corte sobre la salud como derecho fundamental por conexidad me han obligado a realizar esta extensa aclaración de voto, con el fin de estimular un debate creativo que permita construir la mejor dogmática constitucional posible sobre la protección judicial de este derecho.

Fecha ut supra,

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

1 Ver entre otras, sentencias SU-111 de 1997, SU-480 de 1997, T-236 de 1998, T-283 de 1998, T-560 de 1998 y T-409 de 2000.

2 Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia SU-111 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 “El examen de carga viral que reclama el demandante es solamente un control de la cantidad de VIH que el paciente lleva en la sangre, que sirve para medir la eficacia del tratamiento escogido para combatir la enfermedad; es decir que de él no dependen, en manera alguna, ni el señalamiento de tal tratamiento ni la existencia del paciente. En cuanto a la negativa de este examen de laboratorio, entonces, serán confirmadas las decisiones de instancia” T-398 de 2000.

5 Contra la misma entidad se han decidido ya algunas tutelas por los mismos motivos, correspondientes a los expedientes T-505370 y T-502157.

6 Sobre el tema, se puede consultar la sentencia T-016 de 2001.

7 Al respecto consultar la Sentencias T-607 de 1999 y T-788 de 2000

8 Al respecto ver sentencias T-167/97, T-288/98, T-278/99, T-1358/00 entre muchas otras.

9 Ver, entre otras, las sentencias C-400 de 1998 y SU-047 de 1999.

10 Sentencia C-400 de 1999, criterio reiterado en la sentencia SU-047 de 1999.

11 Por ejemplo, el tribunal constitucional sudafricano ha construido su jurisprudencia sobre derechos sociales vinculándola directamente a la búsqueda de la igualdad sustantiva. Esta jurisprudencia puede ser más interesante para el caso colombiano, que aquella de países desarrollados como Alemania o España. En efecto, tanto Sudáfrica como Colombia son sociedades con altos niveles de pobreza y desigualdad, por lo que enfrentan dilemas constitucionales semejantes en materia de protección constitucional de los derechos sociales. Sobre la jurisprudencia en derechos sociales del tribunal sudafricano, ver, entre otros, Pierre de Vos. *Some more equal than others? the right to equality and social and economic Rights in The South African Constitution*. Budapest, mimeo, documento presentado a la Conferencia de Law and Society, 2001.

12 Véase Richard Posner, *The economics of justice*, Harvard University Press, 1983, p. 6

13 Véase Amartya Sen, "Rights and capabilities", en Ted Honderich (Ed.), *Morality and Objectivity. A tribute to J. L. Mackie*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1985, p.136.

14 Carlos Santiago Nino. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p 292.

15 *Ibíd*em, p 293.

16 Ver al respecto John Hart Ely. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge : Harvard University Press, 1982