

DERECHO A LA VIDA DIGNA-Práctica de cirugía por desgarro vaginal excluida del POS

Se deduce de las circunstancias que atraviesa la accionante, tanto económica como de salud, que se le están vulnerando los derechos fundamentales a tener una vida digna, a su integridad física en conexión con el derecho a la salud, por parte de la entidad demandada al no realizarle la intervención de Perineoplastia. La accionante al estar padeciendo un dolor que no le deja llevar una vida normal se le están deteriorando sus condiciones de vida en salud, familiar y de trabajo.

INCAPACIDAD ECONOMICA EN CASOS DE SALUD-Aparece acreditada la afiliación al nivel 1 del sistema

El requisito de la incapacidad económica de la actora para asumir el costo del procedimiento médico que demanda la recuperación de su salud, aparece acreditado en el expediente, por cuanto la accionante está afiliada al nivel 1 del Sistema General de Seguridad Social de Salud que como se manifestó anteriormente es el Sistema al cual se afilian las personas de extrema pobreza y más vulnerables del país; y si bien recibe un ingreso éste es bastante precario puesto que lo obtiene de labores esporádicas de aseo, afirmación no desvirtuada. Por consiguiente, la acción de tutela para proteger ese derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna y la integridad personal debe prosperar. En consecuencia, los fallos materia de revisión serán revocados para, en su lugar, conceder el amparo solicitado por la accionante.

Referencia: expediente: T-871043

Accionante: Martha Guerrero de Altamiranda

Procedencia: Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés y el Juzgado Unico Penal del Circuito Especializado de San Andrés Isla.

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá D. C., ocho (8) julio de dos mil cuatro (2004)

La Sala Sexta de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores, Álvaro Tafur Galvis, Rodrigo Uprimny Yepes y Marco Gerardo Monroy Cabra, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales han pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la tutela número T-871043, acción promovida por la ciudadana Martha Cecilia Guerrero de Altamiranda contra CAJASAI ARS - UT de San Andrés Isla. Los fallos fueron proferidos por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés Isla el 18 de noviembre de 2003 y el Juzgado Unico Penal del Circuito Especializado de San Andrés Isla el 5 de enero de 2004.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS:

- La accionante está afiliada a CAJASAI, Régimen Subsidiado, en el Nivel 1 desde el 24 de mayo de 1997.
- Debido a un fuerte dolor e inflamación en la región vaginal que le ocasiona molestias al caminar, la accionante acudió al médico en el mes de octubre de 2003, por lo cual fue remitida a Ginecología en el Hospital Timothy Britton.
- La señora Guerrero fue atendida por la Ginecóloga Dra. Gordon quien le informó que en el último parto le habían cortado y unido la vagina con el recto para poder tener el bebé, esa herida no sanó y, como consecuencia de ello, tiene un desgarró vaginal antiguo (12 años). La Ginecóloga le ordeno una Perineoplastia, es decir, corrección de desgarró vaginal, que debe practicarse, por cuanto corre el riesgo de que se le infecte la herida dada la cercanía con el recto.
- La accionante solicitó la autorización para la intervención quirúrgica a la Secretaría de Salud donde le informó, la profesional universitaria Elizabeth Mera, que no le autorizaban la cirugía por cuanto se encontraba fuera del POS.

- Afirma la señora Guerrero que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos de la cirugía, y que el único medio de subsistencia tanto de ella como el de su familia es el dinero que recibe trabajando por horas en el aseo de una mueblería y lavando y planchando ropa en casas de familia.

- Solicita la accionante se ordene a la entidad demandada le realice la cirugía porque no soporta el dolor y la inflamación le impide trabajar y desplazarse libremente. Considera que se le están vulnerando los derechos a la salud, vida y seguridad social por parte de la entidad demandada.

2. CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

- La Representante Legal de CAJASALUD ARS-UT de San Andrés Isla, el 12 de noviembre de 2003, informó al Juzgado Segundo Promiscuo de San Andrés Isla, que: "1. La señora Martha Cecilia Guerrero Altamiranda efectivamente aparece en nuestra base de datos en calidad de beneficiaria del régimen subsidiado en salud a través de CAJASALUD ARS-UT CAJASAI.

2. A la paciente Martha Cecilia Guerrero Altamiranda, se le solicitó desde el 31 de octubre del año 2003 la realización de PERINEOPLASTIA motivada por impresión diagnóstica de DESGARRO PERINEAL ANTIGUO GRADO IV; servicio este al que no se dio oportuna autorización y cumplimiento por parte de la Secretaria de Salud Departamental, teniendo en cuenta que dicha remisión se había radicado en esa dependencia desde la fecha de su emisión. Cabe anotar en este aparte que en las dependencias de nuestras oficinas NO figura registro de recibo ni constancia del requerimiento quirúrgico hecho por parte de la ginecóloga a la paciente, siendo conocedores de la situación actual por medio de la acción de tutela instaurada por la paciente; toda vez que desde su emisión fue llevada a la oficina de Aseguramiento de la Secretaría de Salud Departamental en cabeza de la doctora Elizabeth Mera, quien a su vez aduciendo que este servicio no se encontraba contemplado en el Plan de Beneficios del Régimen Subsidiado no dio autorización del mismo tal y como consta en el numeral 3 del acápite HECHOS de la acción de tutela instaurada por la señora MARTHA CECILIA GUERRERO ALTAMIRANDA.

Dado que el procedimiento de PERINEOPLASTIA solicitado a la paciente, NO se encuentra contemplado en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado, Cajasalud ARS -UT Cajasai NO tiene responsabilidad en el laso o derechos reclamados por la tutelante como

vulnerados, concluyéndose que quien está llamado a prestar el servicio de PERINEOPLASTIA es la Secretaría de Salud Departamental, con cargo a los recursos de subsidio a la oferta que ese ente departamental administra.”

- El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés, Isla vinculó a la Secretaría de Salud y en su escrito de 2 de noviembre de 2003, la Secretaria de Salud Departamental, Sandra Hernández Gaviria manifestó con respecto a los hechos de esta tutela lo siguiente:

“1. Es cierto.

2. No me consta lo relacionado con la atención médica en CAJASAI, producto del fuerte dolor vaginal, en lo relacionado con la atención Ginecológica es cierto, si se tiene en cuenta, la fotocopia adjunta de Historia Clínica suscrita por la Dra. Gordon, con fecha 31 de octubre de 2003, que en efecto da cuenta de que la cirugía plástica solicitada es para corregir un DESGARRO VAGINAL ANTIGUO, (hace 12 años fue el último parto normal).

3. Es cierto.

4. No me consta que no cuente con recursos para sufragar la cirugía denominada PERINOPLASTIA, pero en efecto si la señora GUERRERO ALTAMIRANDA, como lo transcribe en el hecho cuarto de la tutela, labora dos horas haciendo aseo en la Mueblería Zúñiga, se trata del tipo de afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud que contempla la ley 100 de 1993, en su artículo 157, literal a numeral 2, es decir la tutelante debe estar afiliada al Sistema mediante el régimen contributivo por ser de las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo... ; mientras que dentro de los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las persona sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización.

5. Es cierto el último parto fue atendido en el Hospital Timothy Britton, el día 11 de Septiembre de 1991, tal y como consta en la historia clínica, de la cual anexamos copia, por lo que hoy trece años después esta cirugía como su nombre mismo lo indica PERINEOPLASTIA, es una cirugía PLASTICA, de arreglo, acomodo, ajuste, embellecimiento (todos ellos sinónimos) del PERINEO.

(...)

Es claro en todo caso que el derecho a la salud puede ser tutelado en el evento en que por conexidad con el derecho a la vida se vea comprometida en forma flagrante ésta última, como no es el caso de marras...

En el evento en que no está comprometida la vida, la acción de tutela es por todas vías improcedente, mas aún cuando lo pretendido por la accionante es la reconstrucción vaginal por vía de cirugía plástica, causada por un desgarró vaginal antiguo posiblemente del último parto, que entre otras cosas ocurrió hace doce años, intervención que no es cubierta por el Régimen subsidiado, no por capricho del ente departamental o de la Secretaría de Salud sino porque el legislador así lo determino, ...”

La Secretaria de Salud afirmó que la vida de la accionante no se encuentra en peligro, por cuanto, la Perineoplastia, significa modelado, que indica neoformación (nueva formación).

Concluye que lo que solicita la accionante es que a través de la tutela se ordene a la entidad departamental el cubrimiento y pago de un servicio que legalmente no le corresponde al Estado, porque se trata de una cirugía plástica que es catalogada como embellecimiento.

3. PRUEBAS

- Fórmula con la orden de la Perineoplastia emitida por la Dra. Gordon, el 31 de octubre de 2003.
- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la accionante.
- Carnet de CAJASALUD, ARS número de contrato 011, nivel 1, Código SISBEN N° 12474, fecha de afiliación 24 de mayo de 1997.
- Copias de las citas, formulas, órdenes médicas y exámenes realizados en CAJASALUD A.R.S. U-T a la accionante.
- Copia de la atención del parto en el Hospital Timothy Britton de CAJASAI IPS, Secretaría de Salud, Unidad de Aseguramiento de San Andrés.

SENTENCIAS OBJETO DE REVISION

El Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San Andrés, el 18 de noviembre de 2003, negó la

acción de tutela por improcedente. El Juez concluyó que la pretensión de la accionante era obtener por esta vía la realización de la cirugía de carácter estético, por lo que no se estaría poniendo en riesgo la vida e integridad personal y física de la misma.

La accionante impugnó el fallo de instancia, argumentando que: “Debe tenerse en cuenta que la salud por estar en conexidad con la vida como derecho fundamental, está por encima de cualquier consideración legal, por lo que no es posible concebir que en un Estado Social de Derecho se antepongan al tratamiento que requiero, consideraciones de carácter económico o legal. Así, no obstante lo estipulado en el P.O.S., la norma no puede ser óbice para que se adelanten sin dilación alguna, los procedimientos médicos pertinentes que me signifiquen una mejor condición de vida y más aún cuando es el Estado el garante del derecho irrenunciable a la seguridad social y la Honorable Corte Constitucional en múltiples jurisprudencias considera que deben ser protegidos.”

El Juzgado Unico Penal del Circuito Especializado de San Andrés Islas, el 5 de enero de 2004, confirmó el fallo del a-quo. Consideró el Juez que el núcleo esencial del derecho a la vida no se encontró perturbado, por cuanto la accionante ha permanecido por un largo período de su existencia conviviendo con la afectación, sin que tal situación pusiera en peligro la vida.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

A. TEMAS JURIDICOS

La Sala analizará en este caso si a la accionante se le están vulnerando sus derechos fundamentales a la salud, integridad física y seguridad social por parte de CAJASAI, A.R.S. de San Andrés, Isla al no realizarle la intervención quirúrgica de Perinoplastia por encontrarse fuera del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado.

1. Derecho a la salud y derecho a la vida

De la relación entre derecho a la salud y derecho a la vida, la Sentencia T-617 de 20001 al respecto dijo lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental, puede llegar a ser amparado mediante tutela, en virtud de su conexidad con el derecho a la vida (artículo 11 superior) y con la integridad de la persona (artículo 12 de la Carta), en eventos en que deslindar salud y vida es imposible y se hace necesario asegurar y proteger al hombre y su dignidad². Por esta razón, el derecho a la salud no puede ser considerado en sí mismo como un derecho autónomo y fundamental, sino que deriva su protección inmediata del vínculo inescindible que se pueda suscitar con el derecho a la vida.³

“Sin embargo, el concepto de vida al que en reiteradas ocasiones ha hecho alusión esta Sala, no es un concepto limitado a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva; sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas. De conformidad con lo anterior y sin olvidar su relación directa con la vida y la calidad misma de ella se ha entendido por derecho a la salud, ‘la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento...’ “4. (negrilla fuera de texto)

La Corte Constitucional ha considerado que la protección por vía de tutela del derecho a la salud⁵, es viable como derecho fundamental cuando está en riesgo el derecho a la vida u otro derecho fundamental. Pero si dicho derecho a la salud no está en conexidad con otros derechos, adquiere el carácter de prestacional y puede ser exigible a través de otros medios de defensa, diferentes a la tutela.

2. Vida digna

Esta Corporación⁶ ha manifestado que los tratamientos médicos, las intervenciones quirúrgicas y la entrega de medicamentos por parte de los agentes prestadores del servicio público de la seguridad social en salud, pueden ordenarse por vía de tutela cuando, con dicha orden se está buscando la protección de la salud como derecho fundamental por conexidad, ello en razón a la protección que se quiere dar a la vida y la dignidad humana⁷.

Sin embargo, puede suceder que la protección que se reclama respecto del derecho a la salud no se encuentre en conexidad con la vida o la integridad física del paciente, pero su no atención o protección puede llevar a un grave deterioro de las condiciones de vida digna a que toda persona tiene derecho, siendo por demás, un postulado fundamental del bienestar ciudadano.

3. Requisitos para que prospere la tutela que ordena tratamientos médicos

En la sentencia T-1032/018, se dijo que, cuando se demuestran las siguientes circunstancias dentro del proceso, procede la tutela de los derechos invocados:

“1) que la falta del medicamento o tratamiento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando ‘existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de la droga o el tratamiento altera condiciones de existencia digna’⁹;

2) el medicamento o tratamiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del Plan Obligatorio de Salud;

3) el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento o del tratamiento respectivo;

4) el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliado el demandante.”

En consecuencia, la Corte luego de verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos, ordena a la entidad demandada la ejecución de la conducta omitida por ésta, esto es, la entrega del medicamento o la realización de la intervención quirúrgica ordenada por el médico tratante adscrito a la EPS.

De esta manera, el demandado tiene derecho al reembolso de las sumas pagadas, a través del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, a fin de preservar el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Salud.¹⁰

CASO CONCRETO

La accionante se encuentra afiliada a CajaSalud A.R.S. – UT desde el 24 de mayo de 1997. Hace 13 años le fue atendido su último embarazo y, para poder tener un parto normal, le tuvieron que cortar y unir la vagina con el recto; esta herida no sanó bien, dejando en la accionante un desgarró vaginal que en la actualidad le produce inflamación y dolor, síntomas que no le permiten llevar una vida normal.

La accionante acudió al Hospital Timothy Britton en donde fue atendida por la Ginecóloga, doctora Gordon –médico tratante de la A.R.S.-, quien le ordenó una Perineoplastia, cirugía que no le realizó la entidad demandada argumentando que la cirugía se encuentra fuera del Plan Obligatorio de Salud.

Estudiadas las circunstancias que se han tenido en cuenta por esta Corporación en casos como el aquí presente, tenemos que: a) La A.R.S. no señaló que dicha cirugía pueda ser reemplazada por otro tratamiento que figure dentro del POS;

b) La señora Guerrero afirma que no tiene los medios económicos para cubrir la intervención quirúrgica, trabaja lavando y planchando ropa y realizando el aseo en una fábrica de muebles y tal afirmación no fue desvirtuada;

c) Si a la accionante no se le realiza esta cirugía corre riesgo su salud, por cuanto puede llegar a infectarse la herida trayendo consecuencias que pueden agravar la vida de la misma;

d) La cirugía de Perineoplastia fue ordenada por la doctora Gordon, médica tratante de la accionante y adscrita al Hospital Timothy Britton.

CajaSalud A.R.S. – UT manifestó que: “... en las dependencias de nuestras oficinas NO figura registro de recibo ni constancia del requerimiento quirúrgico hecho por parte de la ginecóloga a la paciente; toda vez que desde su emisión fue llevada a la oficina de Aseguramiento de la Secretaría de Salud Departamental en cabeza de la doctora Elizabeht

Mera...”; esta afirmación no fue probada por otro medio diferente al dicho de la accionada y no fue confirmada por la Secretaria de Salud de San Andrés, lo que, para esta Sala, es indicio de que tal orden sí fue conocida por CajaSalud A.R.S. – UT.

Por lo anterior, se deduce de las circunstancias que atraviesa la accionante, tanto económica como de salud, que se le están vulnerando los derechos fundamentales a tener una vida digna, a su integridad física en conexión con el derecho a la salud, por parte de la entidad demandada al no realizarle la intervención de Perineoplastia. La accionante al estar padeciendo un dolor que no le deja llevar una vida normal se le están deteriorando sus condiciones de vida en salud, familiar y de trabajo.

El requisito de la incapacidad económica de la actora para asumir el costo del procedimiento médico que demanda la recuperación de su salud, aparece acreditado en el expediente, por cuanto la accionante está afiliada al nivel 1 del Sistema General de Seguridad Social de Salud que como se manifestó anteriormente es el Sistema al cual se afilian las personas de extrema pobreza y más vulnerables del país; y si bien recibe un ingreso éste es bastante precario puesto que lo obtiene de labores esporádicas de aseo, afirmación no desvirtuada. Por consiguiente, la acción de tutela para proteger ese derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna y la integridad personal debe prosperar. En consecuencia, los fallos materia de revisión serán revocados para, en su lugar, conceder el amparo solicitado por la accionante.

Para tal efecto, se ordenará al representante legal de CajaSalud ARS – UT de San Andrés, o a quien haga sus veces, que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación personal de esta providencia, si es que aún no lo ha hecho, autorice la práctica de la intervención quirúrgica denominada “Perineoplastia”, que requiere la afiliada Martha Cecilia Guerrero Altamiranda.

Se señalará expresamente que CajaSalud ARS – UT de San Andrés Isla, podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), lo que pague en cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo de revisión de tutela.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el fallo del Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de San Andrés Isla de 5 de enero de 2004. En consecuencia CONCEDER la tutela protegiendo los derechos a la salud en conexidad con la vida digna y a la integridad física de la señora Martha Cecilia Guerrero Altamiranda por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. ORDENAR a Cajasalud A.R.S. – UT de San Andrés Isla que dentro del perentorio término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación personal de esta providencia, si es que aún no lo ha hecho, autorice la práctica de la intervención quirúrgica denominada “Perineoplastia”, que requiere la afiliada Martha Cecilia Guerrero Altamiranda.

TERCERO. SEÑALAR expresamente que CajaSalud ARS – UT de San Andrés Isla, podrá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) lo que pague en cumplimiento a lo dispuesto en el presente fallo de revisión de tutela.

CUARTO. LÍBRESE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

RODRIGO UPRIMNY YEPES

Magistrado (E)

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERIA MAYOLO

Secretario General (E)

Aclaración de voto a la Sentencia T-654/04

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

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

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

DERECHO A LA SALUD-Como derecho fundamental en si mismo/DERECHO A LA SALUD-
Contenido amparable más reducido que el de la jurisprudencia constitucional colombiana
(Aclaración de voto)

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 EL DERECHO A LA SALUD Y LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA (Aclaración de voto)

Una comparación de la doctrina del Comité y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Suráfrica, frente a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana muestra tal vez dos extremos de lo que podrían ser las visiones progresistas del derecho a la salud. Así, la perspectiva del Comité y de la Corte Surafricana 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?. Mi respuesta es afirmativa y tiene como punto de partida 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.

DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Se debe distinguir entre ellos/JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD (Aclaración de voto)

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 fundamental. Este cambio jurisprudencial ya ha sido impulsado, en parte, como uno de los eventos de justiciabilidad del derecho a la salud respecto a las prestaciones básicas reconocidas legal e internacionalmente.

DERECHO A LA SALUD-Por limitación de recursos no es deber del Estado proveer servicios inmediatamente (Aclaración de voto)

En cuanto a las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud también debe asumirse que el derecho a la salud es un derecho fundamental. 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.

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

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. Una aplicación dogmática de esta tesis requiere diseños de justiciabilidad con diferentes grados de carga argumentativa como se explica en los párrafos 23 y 24 de esta aclaración.

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

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 cuatro limitaciones.

JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD-Importancia de igualdad material y realización efectiva de derechos sociales con el respeto del proceso democrático (Aclaración de voto)

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, la igualdad y el debido proceso. 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 ésta 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 todos 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 políticas, ya que una tal jurisprudencia desprotege el derecho a la vida digna de las personas.

TEST DE CARGAS ARGUMENTATIVAS-Respecto a prestaciones no incluidas en el POS (Aclaración de voto)

JURISDICCION CONSTITUCIONAL-Como operan cargas argumentativas (Aclaración de voto)

Cuando se interpone una acción de tutela respecto a prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud, a mi juicio, la actuación del juez debe involucrar dos aspectos: i) debe enfrentar la urgencia del caso, fallando en el término establecido para ello y ii) la doctrina que se establezca en cada caso concreto debe estar sujeta a cargas argumentativas, procedimiento cuya afinación puede demorar un poco más, toda vez que deben intervenir las instituciones responsables de la política pública que sustenta una determinada exclusión. En este sentido, el juez no debe tratar los casos como prestaciones o enfermedades individuales sino que cada demandante debe ser entendido como representativo de un tipo de casos que exige preguntarse por la protección óptima que debe recibir una determinada clase de enfermedad. Por ello, el juez debe preguntarse por qué no se encuentra incluida en el POS la prestación y en el caso en que no aparezca justificación alguna o la justificación existente sea insuficiente, debe entenderse como no incluida en el POS. Lo que se busca es que la intervención, por ejemplo, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, genere la

activación de procedimientos más democráticos donde se analice la razón de ser de la política pública en salud que genera la exclusión. En efecto, si el Consejo manifiesta que no existe dinero para suministrar un examen porque, por ejemplo, no ha subido la cotización en salud, este problema debe ser enfrentado por el Congreso u otras instancias competentes en los poderes legislativo y ejecutivo. Ello permitiría que el papel de la Corte Constitucional como unificadora se vuelva central, porque si se constata que un tratamiento debe ser suministrado, la Corte puede proferir las órdenes estructurales que sean pertinentes. Así las cosas, es mejor que la Corte decida un caso de exclusión de prestaciones que le permita dar suficientes órdenes para la activación del proceso democrático, en lugar de proferir veinte o más sentencias que reiteran una situación que, estructuralmente, debe ser enfrentada por otras instituciones. Un ejemplo real de los alcances que puede tener esta práctica lo constituye la reciente inclusión del examen de carga viral en el POS.

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. La anterior visión debe ser complementada con una referencia especial a la situación de las poblaciones potencialmente discriminadas.

JUEZ CONSTITUCIONAL Y PROCESO DEMOCRATICO (Aclaración de voto)

Una ilustrativa aplicación de esta doctrina sobre el diálogo entre el juez constitucional y el proceso democrático puede observarse en la reciente inclusión en el Plan Obligatorio de Salud del examen de carga viral que requieren las personas que conviven con el VIH/SIDA. Antes del año 2004, el examen de carga viral no se encontraba en dicho plan. Sin embargo, desde el año 2001, la Corte Constitucional defendió su justiciabilidad a través de la acción de tutela teniendo en cuenta que este examen era condición necesaria para el derecho al diagnóstico de las personas que conviven con el VIH/SIDA. Por consiguiente, la jurisprudencia constitucional consideró, con fundamento en conceptos médicos autorizados, que el examen de carga viral en este grupo poblacional es indispensable para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna. Ello condujo a que se inaplicara la norma que excluía del POS el mencionado examen para darle aplicación a los preceptos constitucionales que propenden por la atención adecuada de este grupo vulnerable. A la postre, el artículo primero del Acuerdo número 00254 del 22 de diciembre de 2003, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, estableció la inclusión dentro del P.O.S. de la prueba de Carga Viral. La inclusión del examen de carga viral en el Plan Obligatorio de Salud se explica, entre otras razones, a partir de los efectos que sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud tuvo la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esto muestra que las acciones judiciales son no sólo un instrumento para proteger derechos y resolver controversias específicas sino que, por esa misma razón, representan igualmente un sistema de información útil que tiene el Estado para identificar desajustes estructurales y detectar en donde existen problemas sociales que ameriten intervenciones públicas. Además, este ejemplo indica, como lo anoté en párrafos anteriores, que el diálogo entre el juez constitucional y el proceso democrático es aún más importante para impulsar la justiciabilidad de los derechos sociales en el caso de minorías que tienen dificultad de representación y son objeto de estigmatización, como ocurre con las personas que conviven con el VIH/SIDA.

1. Comparto la decisión de la Sala y, en general, la vocación humanista de la jurisprudencia de la Corte sobre el derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad. Sin embargo, soy también consciente de las debilidades jurídicas y políticas de esta doctrina constitucional, las cuales han sido destacadas por muchos críticos del trabajo de la Corte en este campo. Por ello, en esta aclaración de voto insistiré en una doctrina diferente a la propuesta por la Sala en la solución del presente caso¹¹. Esta postura no sólo responde a una discrepancia teórica o conceptual, sino que ofrece elementos sustantivos y

procedimentales para consolidar una intervención judicial más legítima en este campo.

En este sentido, con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, la finalidad de esta aclaración de voto es 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.

La jurisprudencia sobre salud y sus críticos

2. La Corte Constitucional ha contemplado diversos escenarios donde es factible la protección del derecho a la salud a través de la acción de tutela. En relación con la justiciabilidad de las prestaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud que son negadas por las entidades del sistema, la Corte ha considerado que existe un derecho fundamental a la salud (derecho fundamental autónomo) como derecho constitucional que (i) funcionalmente está dirigido a lograr la dignidad humana, y (ii) se traduce en un derecho subjetivo. En estos casos, para que a través de la acción de tutela sea procedente el estudio de fondo de una presunta vulneración, no sería necesario probar la conexidad con otro derecho de carácter fundamental (vida o mínimo vital)¹².

En segundo lugar, y en el marco de la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, la 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).

En el caso de las prestaciones no incluidas en el POS del régimen subsidiado, 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 ARS¹³. 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. Además, la Corte ha considerado el derecho a la salud como derecho fundamental frente a sujetos de especial protección. En el caso de la infancia¹⁴, las personas con discapacidad¹⁵ y los adultos mayores¹⁶, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el derecho a la salud tienen el carácter de derecho fundamental autónomo.

En el presente caso, la sentencia aplicó esa reiterada jurisprudencia de la Corte y por ello ordenó que Cajasalud A.R.S.-UT de San Andrés Isla, autorizara la práctica de la intervención quirúrgica “Perineoplastia” que requiere la accionante. El fallo considera que “se deduce de las circunstancias que atraviesa la accionante, tanto económica como de salud, que se le están vulnerando los derechos fundamentales a tener una vida digna, a su integridad física en conexidad con el derecho a la salud, por parte de la entidad (...). La accionante al estar padeciendo un dolor que no le deja llevar una vida normal se le están deteriorando sus condiciones de vida en salud, familiar y de trabajo”.

3. La vocación humanista de esa jurisprudencia es evidente, pero ha sido objeto de críticas severas. Las objeciones básicas son esencialmente cuatro: 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. Lo anterior se hace más grave aún si se tiene en cuenta que muchas entidades del sistema de salud desconocen el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, razón por la cual niegan prestaciones que comprometen los derechos fundamentales de los pacientes con la esperanza de que no sean interpuestas las acciones de tutela correspondientes¹⁷.

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.

En tercer lugar, la utilización de la acción de tutela tiende a convertirse en un trámite administrativo para acceder a las prestaciones en salud. Ello tiene como consecuencia que i) se hace más engorroso y más costoso el sistema y ii) se alteran las prioridades de atención médica, de tal forma que no son los médicos sino los jueces quienes determinan el orden a seguir en la prestación de servicios de salud¹⁸.

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.

4. 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.

5. 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 la regla de mayoría 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). En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁹ y la doctrina internacional²⁰ han resaltado que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales reúnen un complejo de obligaciones negativas y positivas a cargo del Estado, las cuales se traducen en obligaciones de respeto, de protección y de garantía, satisfacción o cumplimiento. Por ello, todos los derechos implican obligaciones y negativas y todos comportan costos y arbitraje de recursos²¹. Además, es posible afirmar que las diferencias entre ambos tipos de derechos son diferencias de grado. Sin embargo, es indudable la existencia de derechos cuyo contenido es esencialmente prestacional y otros cuyo contenido es esencialmente de abstención. En otras palabras, y como es señalado por autores como

Robert Alexy²², los derechos sociales fundamentales son derechos a prestaciones en sentido estricto. De allí que, si bien la diferencia entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales es una diferencia de grado, no puede perderse de vista que es una diferencia relevante y con consecuencias jurídicas para la justiciabilidad adecuada de estos derechos.

En este sentido, subsiste una diferencia decisiva entre la protección judicial de los derechos civiles y aquella de los derechos sociales, y es la siguiente: el contenido obligacional 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. Si bien es cierto que el derecho a la salud reúne elementos esenciales que no son de carácter prestacional²³, el objeto de esta aclaración se concentra en los dilemas que enfrenta la justiciabilidad del contenido prestacional (obligaciones positivas) de los derechos sociales.

La satisfacción de este contenido prestacional puede 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 dicho contenido. 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 adelantar programas de promoción y prevención en salud, atender otras enfermedades catastróficas, o de extender la cobertura del régimen subsidiado, que beneficia a los sectores más pobres de la población.

6. 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, sustento la tesis del derecho a la salud como derecho directamente fundamental, tomando como punto de partida lo que 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 y sobre la deliberación democrática.

Derecho a la salud, principio de igualdad y deliberación democrática

7. 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, aunque dicha prestación no se encuentre en el Plan Obligatorio de Salud. 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 o un tratamiento 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). Por ejemplo, el gasto ordenado por los jueces para atender un tratamiento extremadamente costoso en una persona, podría desfinanciar programas masivos de salud preventiva, como los de vacunación²⁴. 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).

8. 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 tests²⁵ en diversos ámbitos. Ha sido pues un tribunal muy sensible al tema de la igualdad²⁶, por lo que no resulta razonable que excluya el análisis de la igualdad en su elaboración jurisprudencial en materia de derechos sociales.

9. 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 estos derechos, el respeto de la igualdad y la promoción de la deliberación democrática. 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.

10. 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 comparado²⁷, le permitiría enfrentar mejor muchas de las críticas que le han sido formuladas.

11. 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.

12. 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”²⁸. Esa visión no parece aceptable pues excluye dos dimensiones esenciales de cualquier forma de razonamiento constitucional. 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, toda vez que se reducen los derechos a preferencias, pero tampoco son de recibo las argumentaciones deontológicas que ignoren las consecuencias de las decisiones, ya que los derechos compiten entre sí. En ese contexto, Sen distingue entre un análisis que sea “sensible a las consecuencias” y un análisis “totalmente consecuencialista”²⁹, 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.

13. Igualmente, otros autores han resaltado la importancia de articular, en lo posible, la defensa de los derechos con la promoción de la deliberación democrática³⁰. Así, es indudable que la protección constitucional de los derechos tiene cierto componente contramayoritario, pues son triunfos contra las mayorías. Sin embargo, es erróneo extraer de ese hecho indudable que el juez constitucional deba ser indiferente a la deliberación democrática, toda vez que las democracias constitucionales se fundan tanto en los derechos como en la soberanía popular. 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”³¹. 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”³².

14. Considero entonces que una perspectiva donde se articule la protección de los derechos sociales con la búsqueda de la igualdad material y la promoción de la deliberación democrática, abre caminos sugestivos para la construcción de una dogmática constitucional adecuada sobre el derecho a la salud. Una pregunta surge del anterior análisis: ¿cuál es esa doctrina constitucional concreta que surgiría de una jurisprudencia sobre derechos sociales articulada en torno al principio de igualdad y al papel del juez constitucional en la deliberación democrática?

Estimo que dos aspectos deben 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 lo mostraré a continuación.

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

15. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas³³, intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales³⁴, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93)³⁵, 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)”.

16. En ese comentario autorizado al artículo 12 del Pacto, el Comité destaca ciertos puntos que son importantes. De un lado, caracteriza a la salud como un “derecho humano fundamental” (Parr 1), que debe ser amparado a todas las personas, lo cual es un desarrollo de ese artículo 12 del pacto, que establece, entre otras cosas, que los Estados deben crear “condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”. Luego el Comité establece ciertos “elementos esenciales e interrelacionados” que hacen parte del contenido de ese derecho a la salud, como la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los bienes y servicios de salud. (Parr 12). Posteriormente el Comité desarrolla el alcance del principio de igualdad en salud, que supone no sólo la prohibición de discriminar en el acceso a esos servicios sino que además las

autoridades tienen el deber de favorecer especialmente a ciertas poblaciones (Parrs 18 a 27). Finalmente, en cuanto al alcance de la obligación estatal en la materia, el Comité reconoce que existen limitaciones de recursos que obstaculizan el pleno goce de este derecho, por lo cual, la obligación estatal es progresiva. Sin embargo, el Comité destaca que la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, al menos en los siguientes cuatro aspectos: (i) Existen medidas inmediatas que deben ser tomadas, como la prohibición de la discriminación en el acceso a los servicios de salud (Parr 30); (ii) en principio las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto, por lo cual el Estado tiene que demostrar que éstas eran necesarias y que “se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles” (Parr 32); (iii) el Estado tiene la obligación “concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización” de este derecho (Parr 31); y (iv) finalmente, existen unas obligaciones básicas en salud, que deben ser satisfechas en todo caso, sin importar los recursos de que dispone un Estado, como son el acceso no discriminatorio a los servicios de salud (Parr 43), y unas prioridades, que deben ser respetadas, como la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas y la adopción de medidas para combatir las enfermedades epidémicas y endémicas (Parr 44)

17. 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.

18. 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.

19. Una comparación de la doctrina del Comité y la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Suráfrica, frente a la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana muestra tal vez dos extremos de lo que podrían ser las visiones progresistas del derecho a la salud. Así, la perspectiva del Comité y de la Corte Surafricana 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 individuales³⁶. 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?

20. Mi respuesta es afirmativa y tiene como punto de partida 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.

21. 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 fundamental. Este cambio jurisprudencial ya ha sido impulsado, en parte, como uno de los eventos de justiciabilidad del derecho a la salud respecto a las prestaciones básicas reconocidas legal e internacionalmente, tal como se ha expuesto al comienzo de la presente aclaración (supra párrafo 2). En opinión de la Corte:

“(P)uede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias-, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas -contributivo, subsidiado, etc. (...) La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el POS, se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental”³⁷.

En cuanto a las prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud también debe asumirse que el derecho a la salud es un derecho fundamental. 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 del 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 derecho³⁸. 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. Una aplicación dogmática de esta tesis requiere diseños de justiciabilidad con diferentes grados de carga argumentativa como se explica en los párrafos 23 y 24 de esta aclaración.

22. En suma, 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 cuatro limitaciones:

a. 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. Por ello, en principio, debe mantenerse el grado de protección legal como jurisprudencial alcanzado hasta el momento.

b. 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 los planes establecidos legalmente. Por ello, debe presumirse que la omisión de una prestación de esta naturaleza es inconstitucional.

c. Debe garantizarse el debido proceso y la igualdad de trato en cualquier política pública dirigida a la realización del derecho a la salud. Ello implica que la concesión de los beneficios no pueda relacionarse con ninguna forma de clientelismo ni involucrar criterios discriminatorios.

d. Finalmente, debe ampararse a los sujetos y poblaciones de especial protección frente al derecho a la salud en razón de su vulnerabilidad y debilidad o cuando son objeto de estigmatización³⁹.

Estos 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 siguientes párrafos de esta aclaración.

Propuesta de justiciabilidad del derecho a la salud que articule la importancia de la igualdad material y la realización efectiva de los derechos sociales con el respeto del proceso democrático

23. 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, la igualdad y el debido proceso. 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 todos 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 políticas, ya que una tal jurisprudencia desprotege el derecho a la vida digna de las personas.

Por ello, a continuación expongo un test de cargas argumentativas dirigido a que cada vez que se constate la exclusión del POS de una prestación médica necesaria para amparar la vida digna del peticionario, entonces el juez constitucional pueda 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.

Test de cargas argumentativas respecto a prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud

24. La Corte Constitucional ha establecido que el no suministro de cierto tipo de prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud afecta el principio de dignidad humana y, por ende, el derecho a una vida digna. Ello ha justificado la interpretación del derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad a partir de, entre otros, los siguientes criterios⁴⁰: i) el respeto de la calidad de vida, ii) el argumento según el cual mantener a una persona expuesta a dolencias permanentes que pueden ser evitadas, constituye un trato cruel e inhumano que impide llevar una vida digna y iii) el entendimiento de la curación no solo como superación total de la enfermedad sino como mejora en las condiciones de vida de la persona. La jurisprudencia constitucional ha considerado que en el concepto curación se incluyen todos los servicios necesarios para 1) aliviar las condiciones producidas por una enfermedad, condición física o mental; 2) evitar las secuelas de la misma, o 3) superar la condición de limitación física que padece la persona como consecuencia de la enfermedad.

25. Estas líneas jurisprudenciales, sin embargo, han hecho un manejo indiscriminado del

alcance dogmático de la relación constitucional entre el derecho a la salud y el derecho a la vida. Al respecto, debe indicarse que en el Estado Social de Derecho no existen derechos absolutos. Por ello, el derecho a la vida no puede entenderse como un derecho absoluto que en toda circunstancia genere la transmutación directa de un derecho prestacional como el derecho a la salud en un derecho subjetivo exigible a través de la acción de tutela. Una justificación dogmática más elaborada exige determinar distintos grados de carga argumentativa, que implican distinguir entre la afectación directa del derecho a la vida (riesgo directo de muerte) y el derecho a una vida digna (factores determinantes de la salud, proscripción del dolor, concepción integral de la curación, calidad de vida). Dos tipos de intensidad involucra esta distinción de cargas argumentativas:

i) Test de razonabilidad con intensidad estricta⁴¹ frente a la exclusión de prestaciones que comprometan el derecho a la vida (riesgo de muerte). Teniendo en cuenta que este tipo de exclusiones puede generar efectos extremadamente injustos, como la muerte de los pacientes, la finalidad de la exclusión debe ser no solo legítima e importante sino imperiosa. La exclusión de prestaciones que comprometan la vida de las personas debe, además, ser adecuada, efectivamente conducente y necesaria, de tal forma que no pueda ser reemplazada por otro medio alternativo menos lesivo en orden a garantizar el sistema institucional encaminado a la realización del derecho a la salud. Así mismo, la medida debe ser objeto de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que los beneficios de adoptar como medida la exclusión de este tipo de prestaciones, en aras de garantizar el derecho a la salud, debe exceder claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales, como el derecho a la vida. Finalmente, la exclusión no puede hacer más gravosa la situación de sujetos de especial protección frente al derecho a la salud.

ii) Test de razonabilidad con intensidad intermedia⁴² respecto a la exclusión de prestaciones que no ponen en riesgo de muerte a la persona pero son importantes para su salud y se acercan a lo que la Corte ha entendido como vida digna. Un test menos intenso se concentraría en aquellos casos donde el paciente no enfrenta un riesgo de perder su vida. En estos eventos, como no se trata de la limitación del derecho fundamental a la salud sino del control de una omisión en su desarrollo progresivo, la carga argumentativa se desarrolla como sigue: a) La finalidad de la exclusión debe ser legítima y constitucionalmente importante, de tal forma que promueva intereses públicos valorados por la Carta (por

ejemplo, focalizar la atención en salud en orden a garantizar una mejor atención de la población más vulnerable) o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver (por ejemplo, la cobertura de los programas de promoción y prevención, aspectos que hacen parte del contenido mínimo esencial del derecho a la salud) y b) la exclusión debe ser un mecanismo adecuado y efectivamente conducente para alcanzar el fin buscado por la norma, de tal forma que si ello no ocurre, su inaplicación en el caso concreto es válida y legítima.

En este sentido, el juez no debe tratar los casos como prestaciones o enfermedades individuales sino que cada demandante debe ser entendido como representativo de un tipo de casos que exige preguntarse por la protección óptima que debe recibir una determinada clase de enfermedad. Por ello, el juez debe preguntarse por qué no se encuentra incluida en el POS la prestación y en el caso en que no aparezca justificación alguna o la justificación existente sea insuficiente, debe entenderse como no incluida en el POS. Lo que se busca es que la intervención, por ejemplo, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, genere la activación de procedimientos más democráticos donde se analice la razón de ser de la política pública en salud que genera la exclusión. En efecto, si el Consejo manifiesta que no existe dinero para suministrar un examen porque, por ejemplo, no ha subido la cotización en salud, este problema debe ser enfrentado por el Congreso u otras instancias competentes en los poderes legislativo y ejecutivo. Ello permitiría que el papel de la Corte Constitucional como unificadora se vuelva central, porque si se constata que un tratamiento debe ser suministrado, la Corte puede proferir las órdenes estructurales que sean pertinentes. Así las cosas, es mejor que la Corte decida un caso de exclusión de prestaciones que le permita dar suficientes órdenes para la activación del proceso democrático, en lugar de proferir veinte o más sentencias que reiteran una situación que, estructuralmente, debe ser enfrentada por otras instituciones. Un ejemplo real de los alcances que puede tener esta práctica lo constituye la reciente inclusión del examen de carga viral en el POS (infra párrafo 31).

27. Esta dogmática no modifica radicalmente la práctica de la Corte y tiene efectos relativamente similares a la tesis sobre el derecho a la salud por conexidad. Sin embargo, logra responder sustantiva y procedimentalmente algunas críticas legítimas por parte de quienes se oponen a la doctrina de justiciabilidad que ha construido la Corte. En particular, esta propuesta desarrolla principios medulares del Estado Social de Derecho como (i) la igualdad material, es decir, la necesidad de que los derechos sociales sean efectivamente

realizados a todos, (ii) el impulso del debate democrático y (iii) controla la arbitrariedad judicial. Además, esta propuesta logra ser sensible frente a las consecuencias de las decisiones de los jueces constitucionales en materia de salud, toda vez que resulta maximizadora en cuanto a realización de derechos sociales y maximizadora en cuanto a impulso del proceso democrático. En suma, el juez constitucional debe propender por decisiones que consoliden mínimos universalizables y, frente al cumplimiento progresivo del derecho fundamental a la salud, se debe enfatizar en una protección judicial que responda a las cargas argumentativas mencionadas.

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

28. 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.

29. 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 políticas⁴⁴.

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.

30. Esta propuesta, sin embargo, puede ser objeto de una crítica fundada en la debilidad del sistema democrático en nuestro país y en la consecuente dificultad de defender derechos a través de la legislación. Dicha crítica apunta a lo siguiente: el debate sobre la protección de los derechos sociales por vía de tutela no se reduce ni al problema de sus efectos económicos, ni tampoco al problema interpretativo o dogmático. El contexto inter-institucional en el que deciden los jueces también parece ser importante. En materia de derechos sociales tal contexto está marcado por las relaciones entre jueces y gasto público, o mejor aún, entre los jueces y la legislación, entendida ésta como la expresión democrática

encargada de definir el gasto público. Los derechos sociales deben ser desarrollados prioritariamente a través de las leyes. Los jueces, en cambio, están llamados a cumplir una función remedial, en aquellos casos en los cuales la legislación ha sido insuficiente para proteger los derechos. La constitución contempla pues una situación ideal de división del trabajo, control y complementariedad entre legislador y juez.

Pero ¿qué pasa cuando esta situación ideal no se cumple en la práctica?. ¿Qué pasa cuando los jueces perciben que la intervención del legislador ha sido deficiente? Dicho en otros términos, ¿cambia el sentido de la interpretación de las normas de derechos constitucionales cuando los jueces estiman que se encuentran frente a una omisión del legislador que viola los derechos consagrados en la constitución?. Todo indica que sí. Desde el punto de vista de la interpretación judicial, la percepción de un sistema legislativo inoperante sirve como razón para justificar el activismo, como un remedio contra la ausencia de la ley. La valoración del activismo judicial en materia de derechos sociales no parece ser la misma cuando existe un desarrollo legislativo adecuado de la constitución que cuando este no existe. En este último caso, la brecha entre la situación de desamparo de quienes acuden a la justicia a través de la tutela, por una parte, y la fuerza normativa y protectora de los derechos sociales constitucionales, por la otra, crea en el juez una justificación axiológica de su activismo y de su intervención en las competencias atribuidas a otros funcionarios del Estado.

31. Estas consideraciones sociojurídicas sobre el funcionamiento del sistema político colombiano son importantes. Sin embargo, no ponen en tela de juicio la propuesta aquí planteada y que se funda en un esquema de protección doble: debe haber, por un lado, unas autoridades políticas que mantengan la competencia de definir el sentido y alcance de los derechos sociales, de conformidad con un proceso democrático de deliberación social y, por el otro lado, debe haber una justicia constitucional que guarde la posibilidad de intervenir en defensa de los derechos cuando se incumplan los mínimos -no negociables en el ámbito político- que consagra la constitución. Entre esos mínimos estaría la incorporación a la ley de todas las prestaciones necesarias para proteger una vida digna. Quedaría entonces abierta la posibilidad de la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión en aquellos casos en los cuales el legislador no desarrolle la constitución. La constitucionalidad por omisión sería la manera como los jueces constitucionales podrían ejercer una presión sobre el legislativo para que este asuma sus responsabilidades en materia de derechos sociales.

32. El modelo contempla así una dosis de activismo judicial necesaria para jalonar la intervención de las instancias políticas en el desarrollo de los derechos sociales, sin que ello implique una subordinación de tales instancias frente al poder judicial. La experiencia que hemos tenido con la constitución de 1991 en materia de derechos sociales muestra cómo la intervención de los jueces, y de la Corte en particular, ha sido útil para movilizar al gobierno y a los legisladores en beneficio de políticas sociales que de otro modo no habrían visto la luz pública. Es deseable que eso continúe. Sin embargo, también es deseable que el proceso de deliberación democrático juegue un papel más activo e importante en la protección de los derechos sociales. Si de lograr unos mínimos no negociables en la protección de derechos sociales se trata, es mejor que la Corte consiga dicho propósito por la vía indirecta de la presión sobre los legisladores y no asumiendo ella misma dicha función. Esto no sólo evita el desgaste político de la Corte, sino que también fortalece la función del Congreso y del debate democrático.

33. Una ilustrativa aplicación de esta doctrina sobre el diálogo entre el juez constitucional y el proceso democrático puede observarse en la reciente inclusión en el Plan Obligatorio de Salud del examen de carga viral que requieren las personas que conviven con el VIH/SIDA. Antes del año 2004, el examen de carga viral no se encontraba en dicho plan. Sin embargo, desde el año 2001, la Corte Constitucional defendió su justiciabilidad a través de la acción de tutela⁴⁵ teniendo en cuenta que este examen era condición necesaria para el derecho al diagnóstico de las personas que conviven con el VIH/SIDA. Por consiguiente, la jurisprudencia constitucional consideró, con fundamento en conceptos médicos autorizados, que el examen de carga viral en este grupo poblacional es indispensable para proteger el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna⁴⁶. Ello condujo a que se inaplicara la norma que excluía del POS el mencionado examen para darle aplicación a los preceptos constitucionales que propenden por la atención adecuada de este grupo vulnerable.

A la postre, el artículo primero del Acuerdo número 00254 del 22 de diciembre de 2003, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, estableció la inclusión dentro del P.O.S. de la prueba de Carga Viral, en los siguientes términos:

“Artículo 1º. (...) El monto anterior incluye el costo de la prótesis endovascular Stent Coronario Convencional no recubierto y la prueba de ayuda diagnóstica de laboratorio Carga

Viral. Dichas prestaciones quedan incorporadas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo a partir de la vigencia del presente Acuerdo” (Subrayas fuera del texto).

“Que de conformidad con los factores de ponderación de la estructura diferencial de UPC y la población por grupo etario que se ha venido compensando durante el año 2003, se genera un gasto en la subcuenta de compensación del Fosyga, que se estima en 1,044 cuantificado en aproximadamente \$15.235,94 percápita/año 2004 adicionales, que impactarían sobre la subcuenta de compensación;

Que durante el año 2003 se presentó un incremento superior al 700% en la presentación de recobros promedio mes por parte de las EPS Administradoras del Régimen Contributivo, Entidades Adaptadas y ARS Administradoras el Régimen Subsidiado, tanto de medicamentos que están por fuera del POS-C y POS-S, como de tutelas, lo que hace necesario conocer su evolución;

Que de acuerdo con el estudio del Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación de Tecnología-Asesor del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y teniendo en cuenta el considerando anterior, se hace necesario incluir en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo la prueba de ayuda diagnóstica de laboratorio Carga Viral y la prótesis endovascular Stent Coronario Convencional, no recubierto, por cuanto genera la mayor proporción de recobros al Fosyga”

Teniendo en cuenta este cambio normativo, las entidades promotoras de salud ya no pueden justificar legalmente la no autorización del examen de carga viral. En efecto, el examen debe ser practicado con cargo a los recursos de la E.P.S47 y tampoco debe efectuarse ningún tipo de recobro ante el Fosyga en razón a esta prestación.

La inclusión del examen de carga viral en el Plan Obligatorio de Salud se explica, entre otras razones, a partir de los efectos que sobre el Sistema General de Seguridad Social en Salud tuvo la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esto muestra que las acciones judiciales son no sólo un instrumento para proteger derechos y resolver controversias específicas sino que, por esa misma razón, representan igualmente un sistema de información útil que tiene el Estado para identificar desajustes estructurales y detectar en donde existen problemas sociales que ameriten intervenciones públicas. Además, este ejemplo indica, como lo anoté en párrafos anteriores, que el diálogo entre el juez constitucional y el proceso democrático es

aún más importante para impulsar la justiciabilidad de los derechos sociales en el caso de minorías que tienen dificultad de representación y son objeto de estigmatización, como ocurre con las personas que conviven con el VIH/SIDA.

Consideración final

34. Por todo lo anterior, decidí apoyar la decisión de tutelar los derechos de la peticionaria y ordenar que le sea practicada la intervención quirúrgica denominada “Perineoplastia”, a pesar de que no se encuentra en el Plan Obligatorio de Salud. 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, que retoma y profundiza en la postura que manifesté en noviembre de 2001, 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 M. P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Corte Constitucional. Sentencia T-395 de 1998. M.P Alejandro Martínez Caballero. Ver también, Sentencia No T-271 de 1995 y Sentencia T-494 de 1993

3 Ver Corte Constitucional. .Sentencia No T-271 de 1995. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-494 de 1993. M.P .Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

4 Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1993. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 T-013, T-286, T-236 y T-489 de 1998

6 Ver entre otras, la sentencia SU-039 de 1998

7 Cfr. sentencias SU-480 y T-606 de 1997; y sentencia T-505 de 1998.

8 Eduardo Montealegre Lynett

9 Ibídem.

10 Ver sentencias T-884 y T-1032 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

11 En esta aclaración reproduzco muchos de los argumentos expuestos en mi aclaración de voto a la sentencia T-1207 de 2001. Sin embargo, en dicha oportunidad tenía ciertas dudas sobre mi tesis respecto al derecho a la salud como derecho directamente fundamental. En esta oportunidad ofrezco un soporte dogmático que me permite, sin mayores dudas, ofrecer una alternativa a la doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la salud como derecho fundamental por conexidad.

12 Sentencias T-859 y T-860 de 2003. En la sentencia T-223 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) y T-538 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) la Corte reiteró que el derecho a la salud es directamente fundamental frente a los contenidos del P.O.S. y del P.O.S.S.. Así mismo, en la sentencia T-299 de 2004, la Corte precisó que las insulinas cristalina y NPH que solicitaba el accionante se encontraban en el Plan Obligatorio de Salud. Por tal motivo, la Corte consideró que la negación de dichos medicamentos comprometía el derecho fundamental a la salud, el cual comprende, entre otros, el contenido del POS.

13 En estos casos, la Ley 715 de 2001 establece que son las entidades territoriales las que deben asumir las cargas respecto a prestaciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. En consecuencia, las ARS solo tienen deberes respecto a la orientación e información que necesita el paciente registrado en el SISBEN.

14 Sentencia SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). La Corte consideró que el núcleo esencial del derecho a la salud de los niños, que autoriza su protección por vía de tutela, exige (i) la existencia de un atentado grave contra la salud de los menores, (ii) que la situación que se reprocha no pueda evitarse o conjurarse por la persona afectada y, (iii) que la ausencia de prestación del servicio ponga en alto riesgo la vida, las capacidades físicas o psíquicas del niño o su proceso de aprendizaje o socialización.

15 Sentencia T-850 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil). En este fallo, la Corporación consideró que una prestación de salud se torna fundamental, entre otros, en los siguientes

eventos: (a) cuando debido a las condiciones físicas, mentales, económicas o sociales en las que (a una persona) le corresponde vivir disminuyen significativamente su capacidad para enfrentar la enfermedad, siempre y cuando; (b) el Estado o la sociedad tengan la capacidad para enfrentarla sin sacrificar otro bien jurídico de igual o mayor valor constitucional y; (c) la prestación solicitada sea necesaria i) para sobrepasar las barreras que le permiten llevar su vida con un grado aceptable de autonomía, ii) para mejorar de manera significativa las condiciones de vida a las que lo ha sometido su enfermedad y iii) para evitar una lesión irreversible en aquellas condiciones de salud necesarias para ejercer sus derechos fundamentales.

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

17 En cierta ocasión, mi colega Ramiro Pazos compartió conmigo una conversación que sostuvo con un abogado de una entidad descentralizada. Ramiro le preguntó por qué, a pesar de la jurisprudencia unánime del Consejo de Estado en torno a un tema sobre despido ilegal, la entidad continuaba desvinculando arbitrariamente a varios trabajadores. La respuesta del abogado es inquietante: la orden de la entidad es mantener los despidos porque se sabe que no todos los trabajadores demandan. Algo similar ocurre con la acción de tutela en salud, toda vez que no toda persona a quien le es negada una determinada prestación que compromete su vida digna (o que incluso lo sitúa en riesgo de muerte) presenta acción de tutela. Como analizaré en párrafos posteriores, esta situación vulnera el principio de igualdad y sólo puede superarse a través de órdenes estructurales que profiera la Corte Constitucional.

19 En particular, ver la Observación General No. 3, la índole de las obligaciones de los estados partes –párrafo 1 del artículo 2 del Pacto- y, en el caso específico del derecho a la salud, la Observación General No. 14, el disfrute del más alto nivel posible de salud. Cabe anotar que en la Observación General 3 (párr. 1) el Comité reconoce también la existencia de una cuarta forma de clasificación: obligaciones de comportamiento (medio) y obligaciones de resultado.

20 Ver al respecto, Victor Abramovich y Christian Courtis, Los derechos sociales como derechos exigibles, Madrid, Trotta, 2002, págs. 24-37; Asbjørn Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en Asbjørn Eide, Catarina Krause y Allan Rosas (eds.),

Economic, Social and Cultural Rights, Martinus Nijhoff Publishers: Dordrecht-Boston-Londres, 1995 y Henry Shue, "The Interdependence of Duties" en Philip Alston and Katarina Tomasevski (eds.), The Right to Food, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1984, pág. 83-95.

21 Ver al respecto, Stephen Holmes y Cass Sunstein, The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes, New York: Norton, 1999, págs. 37 y ss.

22 Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2002, pág. 482 y ss. Cabe anotar que, para Alexy, incluso estos derechos a prestaciones en sentido estricto también tienen un componente relacionado con obligaciones de abstención.

23 Sobre la multidimensionalidad del derecho a la salud, la cual reúne aspectos tales como la protección del cuerpo y la salud de la persona contra injerencias ajenas, el derecho de la persona sobre su propio cuerpo, entre otros aspectos relacionados con obligaciones de respeto (abstenciones), ver Rodrigo Uprimny Yepes, "El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana", en VV.AA. La salud pública hoy. Enfoques y dilemas contemporáneos en salud pública, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2003. Así mismo, ver Oscar Parra Vera, El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2003. En este texto, se incluyen el derecho a la confidencialidad de los datos personales relativos a la salud, el derecho a la autonomía en el manejo de la propia salud y como paciente, el derecho a una muerte digna, el derecho a la protección del cuerpo contra injerencias ajenas y el derecho a la autodeterminación reproductiva como elementos que dotan de contenido normativo uno de los elementos esenciales del derecho a la salud: la aceptabilidad. Estos derechos se relacionan, esencialmente, con obligaciones de respeto (no hacer) y de protección (frente a terceros).

24 Sobre este punto, ver el análisis de los efectos económicos de las sentencias SU-225 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-819 de 1999 (M.P. Alvaro Tafúr Galvis) por Hernando Torres Corredor, "La Corte Constitucional entre la economía y el derecho", en Pensamiento Jurídico, No. 15, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.

25 Ver al respecto las sentencias C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

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

27 Por ejemplo, el tribunal constitucional surafricano 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 surafricano, 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. Así mismo, Sunstein ha elogiado el modelo administrativo de protección de derechos sociales desarrollado por la jurisprudencia del tribunal constitucional surafricano, particularmente en el caso *Grootboom vs The Government of South Africa*, Case CCT II, Octubre de 2000. En este caso la Corte Surafricana estableció que la falta de diseño de políticas públicas efectivas en materia de vivienda, afectaba los derechos de los residentes de una población sobre la cual existía una orden de desalojo. Ver, Cass R. Sunstein, “Social and Economic Rights? Lessons from South Africa”, en *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford: Oxford University Press, 2001. Este elogio es significativo por cuanto Sunstein había sido crítico de la justiciabilidad de los derechos sociales. Ver, Cass R. Sunstein, *The partial Constitution*. Cambridge, Harvard University Press, 1993, págs. 155 y ss.

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

29 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. Así mismo, ver Amartya Sen, *Economía del Bienestar y dos aproximaciones a los derechos*, Trad. de Everaldo Lamprea, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. En el ámbito nacional, ver Javier Hernán Tovar Maldonado, “El lugar de las consecuencias en la argumentación jurídica”, en Miguel Rujana (comp.), *Teoría Jurídica: reflexiones críticas*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad Libre, 2003.

30 Pueden consultarse, entre otros, Roberto Gargarella, La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Barcelona: Ariel, 1996, Carlos Santiago Nino. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona: Gedisa, 1997 y Cass R. Sunstein, Designing Democracy. What Constitutions Do, Oxford: Oxford University Press, 2001.

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

32 Ibídem, p 293.

33 En las sentencias C-406 de 1996, C-251 de 1997, T-568 de 1999, C-010 de 2000, T-1319 de 2001, C-671 de 2002, T-558 de 2003 y T-786 de 2003, entre otras, la Corte Constitucional ha destacado que la jurisprudencia de las instancias internacionales de derechos humanos constituye una pauta relevante para interpretar el alcance de los tratados sobre derechos humanos y, por ende, de los propios derechos constitucionales.

34 El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado e incorporado al ordenamiento jurídico interno de Colombia, mediante la Ley 74 de 1976.

35 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales hace parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, el artículo 93-2 de la Constitución Política establece que “(l)os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

36 Por ejemplo, en el Caso Soobramoney vs Minister of Health, Case CCT 32, Noviembre de 1997, la Corte Constitucional de Suráfrica denegó el amparo del derecho a la salud a un enfermo renal terminal. El fallo consideró que si se concedía el amparo se afectaría a otros pacientes con una mayor posibilidad de superar su enfermedad. El peticionario murió algún tiempo después por la enfermedad que le aquejaba.

37 Sentencia T-859 de 2003, reiterada en la sentencia T-860 de 2003.

38 Una propuesta de sistematización del contenido mínimo esencial del derecho a la salud, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el bloque de constitucionalidad, puede

verse en Oscar Parra Vera, El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Op. Cit.

39 Existen diversas metodologías para manejar el tema de los sujetos de especial protección frente a los derechos sociales. Ver, Roberto Gargarella, Derecho y grupos desaventajados, Barcelona: Gedisa, 1999. En el ámbito nacional, autores como Oscar Parra fundamentan la posibilidad de reconocer sujetos de especial protección frente a cada uno de los elementos esenciales del derecho a la salud. Por ejemplo, frente a la disponibilidad de la salud, este autor toma como referente el derecho de las niñas y los niños a disponer de lo necesario para un desarrollo armónico e integral, el derecho de la mujer embarazada a una protección y atención especial en salud y el derecho de las personas privadas de la libertad a una asistencia sanitaria digna. En cuanto al acceso a la salud, se toman como referencia las niñas, niños y mayores de edad con pronóstico no favorable de curación total, el acceso de la mujer a la salud sexual y reproductiva y el derecho a no ser discriminada por la condición de madre, los grupos étnicos, los adultos mayores, las personas con discapacidad, las personas que conviven con el VIH/SIDA, las minorías sexuales, las personas privadas de la libertad, las personas en situación de desplazamiento forzado, las personas en situación de indigencia, los trabajadores migratorios, los refugiados y apartidas y los extranjeros. Frente a la aceptabilidad de la salud, los sujetos de especial protección se relacionarían con el derecho de las personas con enfermedad mental a ser objeto de un trato digno y de una atención médica apropiada, los derechos de las personas privadas de la libertad a la salud mental y a no ser objeto de tratos crueles, inhumanos o degradantes relacionados con la salud, el derecho a la salud de los adultos mayores como proyección del respeto por el ciclo de vida, el derecho de los pueblos indígenas a la práctica de su medicina tradicional, los derechos sexuales y reproductivos de las personas en situación de discapacidad y los derechos sexuales y reproductivos de las y los adolescentes. Finalmente, en torno a la calidad de la salud, se deben tomar en cuenta las condiciones de reclusión de las personas privadas de la libertad y el derecho a la rehabilitación máxima posible de las personas en situación de discapacidad. Ver Oscar Parra Vera, El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Op. Cit.

40 La sistematización de estos criterios puede verse en Oscar Parra Vera, El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Op. Cit., Capítulo IV, numeral 1.5. Dichos criterios están plasmados en estas sentencias hito: T-1030

de 2001, T-926 de 1999, T-494 de 1993, T-571 de 1992, T-499 de 1992, T-796 de 1998, T-260 de 1998, T-850 de 2002, T-645 de 1996, entre otras. Un ejemplo de los alcances de estos criterios puede analizarse a partir de la reiteración de la sentencia T-499 de 1992 (caso de una persona afectada por una lesión en la columna vertebral que requería de una intervención quirúrgica que no había sido practicada a pesar de haber sido prescrita hacía más de seis meses. La paciente era aquejada por un dolor de tal magnitud que, incluso, le impedía subir y bajar escaleras). En este fallo se establece la siguiente subregla: mantener a una persona expuesta a dolencias permanentes que pueden ser evitadas, constituye un trato cruel e inhumano que impide llevar una vida digna. Este precedente ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias T-322 de 1997 (cirugía de reemplazos articulares en ambas rodillas para enfrentar una artritis aguda), T-796 de 1998 (suministro de prótesis ocular para un menor de edad), T-572 de 1999 (suministro de prótesis mamarias en situaciones donde se afecta la integridad física y psíquica), T-1253 de 2000 (cirugía de reconstrucción del tendón de Aquiles que requería una persona con limitación y dificultad para caminar), T-1255 de 2000 (transplante de cornea requerido con urgencia), T-1384 de 2000 (cirugía para el tratamiento de una hernia discal), T-1742 de 2000 (intervenciones e implantes de material de osteosíntesis como tratamiento para una malformación en una pierna), T-579 de 2000 (cirugía para enfrentar calcificaciones que generaban mucho dolor e impedimentos para mover el brazo), T-910 de 2000 (intervención quirúrgica para tratar una fractura facial), T-494 de 2001 (cirugía para resolver un cálculo de colesterol), T-536 de 2001 (cirugía para el tratamiento de cólicos que generaban calambres e imposibilidad de trabajar), T-791 de 2001 (cirugía de columna), T-855 de 2002 (cirugía para tratar la incontinencia mixta que genera gran dolor, uso continuo de pañales, imposibilidad de transporte en vehículos debido al dolor, necesidad de un cojín ortopédico para sentarse y dificultades para permanecer de pie). Además, el precedente mencionado ha sido citado en algunos fallos donde se ordena la realización de cirugía de mamoplastia reductora, prestación en salud que ha sido objeto de una línea jurisprudencial específica por parte de la Corte Constitucional.

41 Sobre la justificación y características de un control de intensidad estricto frente a una posible vulneración del derecho a la igualdad, ver las sentencias C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y C-673 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y el artículo de Camilo Borrero, María Clara Galvis, Danilo Rojas y Rodrigo Uprimny, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en Pensamiento Jurídico, No. 15, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2002.. Si se analiza el Caso Soobramoney fallado por la

Corte Constitucional de Suráfrica (ver nota 21 de esta aclaración), a la luz de este test, debe concluirse que, si bien es cierto que se trata de un precedente sustentado en argumentos admisibles, es criticable porque aplicó un test leve y no estricto frente a la situación de un enfermo renal terminal que se encontraba en riesgo de muerte. En estos casos, debe exigirse la mayor carga argumentativa posible a las autoridades administrativas responsables.

42 Ibidem.

43 Sobre la urgencia, es preciso anotar que autores como Rodolfo Arango consideran que el reconocimiento de la violación de derechos positivos depende de condiciones objetivas que eliminan la indeterminación del contenido del derecho (o de la obligación correlativa) y la del titular de la obligación. Estas condiciones consisten en 1) el daño individual inminente y 2) el no reconocimiento injustificado de una razón válida y suficiente para una posición normativa definitiva. Por ello, “la clave para saber cuándo una omisión es condición suficiente de un daño individual es la urgencia de la situación. (...) (L)a urgencia de una situación en la que las necesidades básicas no están aseguradas, es un estado objetivo de cosas. Este estado de cosas puede ser demostrado mediante argumentos contrafácticos, que muestran lo que sucedería a la persona en caso de que una de sus necesidades básicas no fuese atendida inmediatamente, esto es, en caso de no ser reconocida su posición normativa pese a existir razones válidas y suficientes”. De otra parte, la urgencia de la situación activa el principio de subsidiariedad cuando el principal obligado -la familia- no puede cumplir con sus obligaciones positivas. Ver, Rodolfo Arango, “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial”, en *Otras miradas de la justicia*, Bogotá: ILSA, 2002.

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

45 Ver al respecto las sentencias T-1121 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-1138 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-1141 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1207 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1245 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), T-1305 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-070 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-113 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-116 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-142 de

2002 (Eduardo Montealegre Lynett), T-194 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-586 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-016 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

46 Sentencia T-849 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) reiterada en las sentencias T- 063 de 2001 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-1018 de 2001 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-016 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-197 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).. En esta sentencia la Corte modificó la jurisprudencia consagrada en las sentencias T-398 de 1999 y T-1055 de 2000, donde se consideró que el suministro del examen de carga viral no comprometía la conexidad del derecho a la salud con el derecho a una vida digna y, por ello, no era parte de lo justiciable a través de órdenes de tutela.

47 Ver al respecto las sentencias T-197 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), T-260 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-326 de 2004 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) y T-453 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).