

Ley estatutaria: ¿avance hacia la garantía del derecho fundamental a la salud?

WILSON GIOVANNI JIMÉNEZ¹, LEIDY LILIANA ANGULO², YURI PAOLA CASTIBLANCO³, MÓNICA LUCÍA GÓMEZ⁴,
LAURA JULIANA REY⁵, LEIDY TATIANA SOLANO⁶, YULI CAROLINA URQUIJO⁷

Palabras clave: derecho sanitario; derecho a la salud; calidad de vida.

- ¹ Odontólogo, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., Colombia; doctor en Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, Universidad de Manizales, CINDE, Manizales, Colombia; magíster en Administración, Universidad de la Salle, Bogotá, D.C., Colombia; especialista en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia; especialista en Gerencia de Servicios de Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano; profesor titular, especialización en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia
- ² Odontóloga, estudiante de la Especialización en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia
- ³ Fisioterapeuta, estudiante de la Especialización en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia
- ⁴ Médica, estudiante de la especialización en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia
- ⁵ Odontóloga, estudiante de la Especialización en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia
- ⁶ Abogada, especialista en Derecho Médico; estudiante de la especialización en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia
- ⁷ Fisioterapeuta, estudiante de la Especialización en Gerencia y Auditoría de la Calidad en Salud, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia

Fecha de recibido: 10 de diciembre de 2015

Fecha de aprobación: 4 de febrero de 2016

Citar como: Jiménez WG, Angulo LL, Castiblanco YP, Gómez ML, Rey LJ, Solano LT, Urquijo YC. Ley estatutaria: ¿avance hacia la garantía del derecho fundamental a la salud? Rev Colomb Cir. 2016;31:81-90.

Resumen

Los derechos fundamentales, al emanar de la naturaleza misma del hombre, requieren del resguardo por parte del Estado; la vida y la salud, junto con la libertad y la dignidad humana, son derechos de esa índole suprema del derecho fundamental y todos poseen una conexión entre sí.

El artículo muestra el paso de la salud de ser comprendida como servicio público a ser derecho fundamental resguardado por la ley estatutaria y, de esta forma, revisar si esta ley estatutaria sobre el derecho a la salud es la base para su garantía. Para ello, se abordan dos aspectos importantes: 1) el tránsito de la salud como servicio y su derivación de la vida hasta ser un derecho fundamental desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y 2) un análisis a la nueva ley estatutaria de salud para observar si esta ley es la salida para el sistema de salud de Colombia.

Introducción

Los derechos fundamentales, según lo expuesto por el profesor Antonio Fernández,

“[...] son aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana [...]”¹.

De acuerdo con lo dicho por el catedrático español, estos derechos son aquellos llamados a ser inviolables bajo ninguna circunstancia.

Ahora bien, el artículo 11 de la Constitución Nacional de 1991, establece que: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. Con lo que se establece el derecho a la vida como un derecho fundamental del cual se derivan algunos de los derechos de segunda generación, entre los que se encuentra el derecho a la salud como una de sus conexidades.

Sin embargo, la salud es definida en la Constitución Nacional de 1991, en su artículo 49, como:

ART. 49. “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. [...] Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad [...]”².

Así pues, la salud es contemplada como un servicio que debe brindar el Estado y que, de acuerdo a jurisprudencias posteriores generadas por la honorable Corte Constitucional, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida.

Posteriormente, en 1993, el legislativo, desarrolló el contenido del artículo 49 mediante la promulgación de la Ley 100, en particular, con lo contenido en su libro segundo, el cual, creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS). Con ello, comenzó una transformación del esquema de salud, dando amplia participación a entidades privadas tanto en el aseguramiento como en la prestación de servicios, mediante la creación de las entidades promotoras de salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS)³.

Finalmente, en 2008, la Corte Constitucional al proferir la sentencia T-760, sentó las bases que permitirían la transformación más grande que ha sufrido la salud en Colombia, con la aprobación de la Ley 1751 de 2015, que avala a la salud como derecho fundamental^{4,5}.

El presente artículo se propone responder la pregunta: ¿es la Ley Estatutaria 1751 de 2015 la base de la transformación y la garantía del derecho a la salud en Colombia?

Para responder este interrogante es preciso abordar el problema desde dos aspectos: el primero, es la relación entre el derecho fundamental a la vida y el servicio público a la salud constitucional, y el segundo, las posibles hipótesis, sugerencias y recomendaciones de lo que ha de venir con la implementación de esta nueva ley y, así, prospectar, si ha de ser o no la solución del problema de salud en Colombia.

Tránsito de la salud como servicio y derivado del derecho fundamental de la vida hacia su construcción como derecho fundamental

Desde sus orígenes, los seres vivos, en especial los animales y entre estos el hombre, poseen cuatro necesidades principales para su permanencia y perduración. En primer lugar está la supervivencia, que es la urgencia por evitar su extinción individual y grupal, que lo han llevado a sobreponerse y usar todo tipo de recursos a su alcance; claro ejemplo es el desarrollo de la razón. En segundo lugar está la necesidad de procrear, es decir, de perdurar y multiplicarse en la historia, con el fin de trascender por medio de sus descendientes. En tercer lugar se encuentra la tendencia a agruparse, es decir, aquella inclinación a formar conjuntos, bien sea para afrontar las inclemencias de la naturaleza o para resistir la soledad, o quizá, por su intención de poder y dominio frente a otros, justificando de esta forma el origen de la sociedad y, posteriormente, del Estado. Finalmente, se encuentra una cuarta tendencia que, aunque no inherente al hombre, lo ha acompañado durante toda su existencia; esta no es otra que su necesidad de progreso, que ha enmarcado desde la evolución y desarrollo de la razón, la autorrealización individual, así como la construcción de estados y potencias poderosas con pretensiones de dominio mundial.

Así pues, estas necesidades han llevado al hombre a velar y a propender por satisfacerlas de diversas formas. Una de estas ha sido la construcción de Estados protectores y garantes que posibiliten la satisfacción de aquellas necesidades; no obstante, lograr esta pretensión sólo es posible por medio de la formación de un Estado moralmente educado y jurídicamente justo. El primero de estos puntos le compete a la educación, tanto formal como informal, y que para el caso del presente artículo no es pertinente tratar. El segundo punto hace referencia a las leyes y la normatividad propias de cada Estado, que posibilitan la perdurabilidad y la permanencia de todos sus individuos.

Garantizar el cumplimiento de estas necesidades implica que en cada Estado se llegue al establecimiento de derechos y obligaciones invaluable y fundamentales para el funcionamiento sistémico y vital de cada sociedad, pues, de no ser así, el temor por permanecer y perdurar se hará de nuevo latente. Así es como se llega al establecimiento de los derechos fundamentales de cada Estado.

Los derechos fundamentales son aquellos que se sugieren inquebrantables bajo cualquier circunstancia, pues forman parte de la esencia misma del ser humano y de la sociedad en general. Entre los diferentes derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia de 1991, se destacan el derecho a la vida, al trabajo, a la paz y el derecho al voto, entre otros de carácter perentorio para la sana convivencia del Estado colombiano². No obstante, para efectos de los intereses propios de este apartado, la atención se centrará en la relación entre el derecho a la vida y el desprendimiento que de él se seguirá hacia el derecho a la salud como futuro derecho fundamental avalado por la Ley Estatutaria 1751 del 16 de febrero de 2015^{5,6}.

Así pues, la vida es uno de los derechos fundamentales establecidos por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y acogidos por Colombia en la Constitución de 1991. La función de todo Estado es, por lo tanto, la protección de los derechos de sus habitantes y, para ello, se ve en la obligación de establecer algunos parámetros bajo los cuales se garantice dicha protección.

Sin embargo, a pesar de que la aplicación de los derechos fundamentales de manera directa implica una eficacia independiente de cualquier otra norma, muchas

veces las normas establecidas para el funcionamiento armonioso del Estado, se ven en dificultad de proteger los derechos garantizados en la carta magna, viéndose algunos derechos vulnerados debido al mal funcionamiento del aparato estatal.

Así, la vida es uno de los derechos de índole mayoritario, el cual depende de la manera en la cual el Estado tenga su organización normativa para prevenir su vulneración. La vida, a su vez, depende de otros derechos de menor escala pero de igual importancia, siendo uno de ellos la salud^{7,8}.

De esta forma, incluso antes de promulgarse la Ley 100 de 1993, la salud comienza a jugar un papel de importancia frente a los derechos civiles y políticos; adicionalmente, se empieza a establecer, por parte de la Corte Constitucional, en especial en las sentencias T-406 y T-484, ambas generadas en 1992, una conexidad entre la salud, como parte de los derechos económicos, sociales y culturales, y la vida, como derecho fundamental establecido en el artículo 11 de la Constitución Nacional^{9,10}.

Así, la Corte señaló dos bloques sobre la salud: 1) un derecho de carácter asistencial en manos del Estado para su cumplimiento, siendo este un servicio público, y 2) como derechos económicos, sociales y culturales en conexidad con los derechos fundamentales. Así, la corte manifiesta que:

“[...] El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida. Por estos aspectos, el derecho a la salud resulta un derecho fundamental. El segundo bloque de elementos, sitúa el derecho a la salud con un carácter asistencial, ubicado en las referencias funcionales del denominado Estado Social de Derecho, en razón de que su reconocimiento impone acciones concretas. La frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo cambiante, según las circunstancias de cada caso, pero en principio, puede afirmarse que el derecho a la salud es fundamental cuando está relacionado con la protección a la vida [...]”^{9,10}.

Ahora bien, a partir de la promulgación de la Ley 100 de 1993, en el Estado colombiano, el pago de una cotización o el respaldo del Estado mediante recursos fiscales, bajo el resguardo de las entidades promotoras de salud (EPS), garantizan la posibilidad de una atención en salud “digna”. Sin embargo, debido a las cuestiones económicas de algunas personas, se ven impedidos de recibir algunos tratamientos de salud por parte de las EPS a las que se encuentran afiliados, lo cual, pone en riesgo el derecho fundamental de la vida y, con ello, la crisis de salubridad y el inconformismo para con el Estado, lo que conlleva que surja la necesidad de instaurar medidas que aseguren sus derechos y, derivadas de ellas, tomar acciones inmediatas en el asunto ^{11,12}.

En el mismo año de 1993, la Corte Constitucional establece que los derechos de primera y segunda generación se ven en conexidad por el mínimo vital necesario para el desempeño físico y social, el cual el Estado debe garantizar como derecho irrenunciable a la seguridad social. Consecuentemente, en el año de 1993, en la sentencia T-494, se establece que:

“[...] la salud y la integridad física son objetos jurídicos identificables, pero nunca desligados de la vida humana que los abarca de manera directa. Por ello cuando se habla del derecho a la vida se comprenden necesariamente los derechos a la salud e integridad física, porque lo que se predica del género cobija a cada una de las especies que lo integran [...]” ¹³.

No obstante, bajo la Ley 100 de 1993, la salud quedó como un servicio público obligatorio el cual puede ser prestado por personas jurídicas públicas, privadas y mixtas. Esto permitió la creación de un modelo de aseguramiento que responde a los principios y a las lógicas de los mercados regulados, con su consecuente priorización de lo financiero sobre la condición de existencia del ser humano, colocando en riesgo de privación el derecho fundamental a la vida. Esto confronta al SGSSS a dos realidades: la primera, que el derecho a la vida depende, en algunos casos, del servicio público de salud y, segundo, que por dicha causa no se pueden admitir pretextos de orden patrimonial que impidan a los ciudadanos recibir la atención en salud que requieran en el momento oportuno que la necesiten.

De acuerdo con lo anterior, en el año de 1994 se conoció la primera sentencia que iba a definir la salud

como un derecho fundamental autónomo, desligándolo del derecho fundamental de la vida, sin embargo, estas sentencias se aplicaban a casos puntuales, sin que aún pudiera generalizarse este postulado para el marco general de la comprensión de la salud, como se expone más adelante en este texto.

En el mismo sentido, lo anterior fue reforzado por la Corte Constitucional en la sentencia C-408 de 1994, en la que estableció a la seguridad social también como derecho fundamental autónomo:

“[...] amparado el derecho a la seguridad social, para casos concretos, en la medida en que resulta tan directa su relación con un derecho fundamental, cuya garantía no sería posible, por vía de la tutela, sin la protección de aquél; y, no en razón de que se considerase fundamental de manera general el comentado derecho [...]” ¹⁴.

Posteriormente, en la sentencia T-207 de 1995, se señaló que sólo se puede vincular la salud con un derecho fundamental siempre que se compruebe que el segundo esté en riesgo o sea afectado, ya que la acción de tutela no puede entrar si no está en riesgo el mínimo vital. Empero, entre los principios de la Constitución se halla el de la dignidad humana, la cual debe ser defendida por el Estado, por tanto, si la negación de una atención en salud afecta la dignidad humana, puede recurrirse al amparo de tutela con el fin de no violar este principio ¹⁵.

Es así que en la sentencia de la Corte Constitucional SU-111 de 1997 (sentencia de unificación jurisprudencial), se establece que solo habrá conexidad entre la salud y la vida “cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de las personas” ¹⁶ dando así el carácter de derecho fundamental a la salud cuando haya una vulneración al mínimo vital que debe resguardar el Estado.

Por tanto, luego de establecida la conexidad entre el servicio de salud y el derecho a la vida y dignidad humana, se ve la necesidad de separar el uno del otro, pues el principio de dignidad humana presupone una salud digna para poseer así una vida digna y no es posible esperar el deterioro del primero para salvar el segundo ¹⁷.

No obstante, al ser calificada la sentencia anterior como sentencia de unificación, la Corte volvió a reto-

mar la línea anterior sobre la salud y manifestó en la SU-480 de 1997:

“[...] El derecho a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales propiamente dichos que para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimiento y organización, que viabilizan y optimizan la eficacia del servicio público y que sirven además para mantener el equilibrio del sistema. Son protegidos, se repite, como derechos fundamentales si está de por medio la vida de quien solicita la tutela [...]”¹⁸.

Derivado de los avances jurisprudenciales que elevan a la salud a la categoría de derecho fundamental, se empieza a generar un aumento en la solicitud de amparo de este derecho mediante la interposición de tutelas ante los jueces de la república. Este incremento se evidencia en el estudio realizado por la Defensoría del Pueblo sobre la tutela durante el periodo comprendido entre 1999 y 2003. En tal estudio, se halló que el 25,7 % de las tutelas interpuestas se correspondían a la exigencia de la salud ya fuera como derecho fundamental autónomo o en conexidad con algún derecho de primera generación.

Estas tutelas exigían: exámenes paraclínicos, cirugías, tratamientos, medicamentos, prótesis y citas médicas, procedimientos que en su mayoría debían haber sido garantizados por las EPS a las que se encontraban afiliados los demandantes. Esto puso en evidencia el crecimiento abrupto de la problemática sanitaria en Colombia derivada de fallas en la gestión administrativa adelantada por las EPS, como delegatarias de garantizar el servicio de salud a los colombianos, en representación del Estado.

De esta manera, cada vez más la salud empieza a entenderse como un derecho fundamental en los casos en que se ven afectadas la vida, la integridad personal y la dignidad humana. Es así que, posteriormente, sobre estas bases se vincularon las sentencias T-328 de 1998, T-177 de 1999, T-027 de 1999, T-101 de 2000 y T-128 y 204 de 2000, entre otras¹⁹⁻²³.

Sin embargo, desde que la Corte Constitucional profirió la sentencia T-652 del 2006, vuelve a retomar el enfoque ya mencionado, de considerar a la salud como desligada del servicio público para convertirse en un derecho fundamental autónomo derivado del derecho a la vida, al establecer que: “[...] en algunos casos y por

algunos aspectos, el derecho a la salud es un derecho fundamental en sí mismo [...]”²⁴. Asimismo, en la sentencia T-652 del 2006 se instaló un caso en el cual se veía influenciado el derecho a la vida a través del servicio público de la salud siendo tutelado este último de forma autónoma²⁴. De esta forma, se puede afirmar que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud está estrechamente vinculado a la dignidad humana y es presupuesto del goce efectivo de buena parte de los demás derechos fundamentales²⁵.

Como se mencionó anteriormente, ya desde la tutela establecida en el año de 1994, comenzó a recibir la Sala Constitucional un gran número de tutelas que daban conexidad entre el servicio de la salud y el derecho a la vida. Debido a estas tutelas, la Corte Constitucional extrajo una sentencia de tipo T caracterizada por ser de cumplimiento inmediato, la cual se basó en las decisiones emanadas de un grupo de tutelas que, a juicio de la Corte, presentaban casos paradigmáticos para el funcionamiento del sistema²⁶. Así es proferida la sentencia T-760 del 2008, la cual transforma el servicio público de salud en derecho fundamental:

“[...] El derecho a la salud es un derecho constitucional fundamental. La Corte lo ha protegido por tres vías. La primera ha sido estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir el ser tutelable; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el accionante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado; la tercera, es afirmando en general la naturaleza fundamental del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna [...]”⁴.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional vincula los derechos constitucionales que todas las personas tienen de manera directa con la salud.

Posteriormente, en la sentencia T-1176 del 2008, el derecho a la salud cobra más carácter de derecho fundamental, al afirmar que:

“[...] el carácter fundamental del derecho a la salud no puede depender de una alegada relación de conexidad con otros derechos fundamentales pues dicha exigencia trae consigo dos proposiciones que suscitan serios reparos: (i) en primer lugar, por esta vía se niega la naturaleza *ius fundamental* del derecho a la salud, en la medida en que se demanda la acreditación de un vínculo con un derecho del cual sí se pueda predicar efectivamente tal carácter; (ii) en segundo término, como ha sido señalado en esta providencia, en cierta medida tal requisito es un contrasentido dado que una vulneración de un derecho fundamental –cualquiera sea éste– en todos los casos trae consigo la alteración de otras garantías, por lo que en estos eventos siempre se presenta una relación de conexidad [...]”²⁷.

En efecto, se puede ver la conexidad entre salud y vida, de tal forma que, al verse la primera afectada, de manera directa perjudicará la segunda. En consecuencia, una de las funciones del Estado es la obligación de proporcionar lo mínimo indispensable para mantener la vida; no obstante, debido a que la salud no siempre es dependiente de la vida, puede observarse que en ocasiones incurre en la vulneración de la segunda, aun cuando la primera se mantenga en pie, pues es claro que para garantizar la vida no es necesario gozar de buena salud. De tal manera, se afirma frente a la escala fundamental de derechos una imparcialidad de los dos, pues ambos son dependientes en algunos casos como en otros no.

Ahora bien, en vista de que la garantía de la vida en su totalidad por parte del Estado es parcial e imposible de lograr en su plenitud, sin embargo, este puede establecer normas que muestren y mitiguen las consecuencias de su violación. Así, se puede comprender que el Estado: 1) solo puede ser preventivo cuando la vida se vicia con la salud, y 2) no puede ser garante frente al derecho a la vida, sino represivo frente a su vulneración²⁸⁻³⁰.

Retomando los alcances de la sentencia T-760 de 2008, se puede afirmar que ella se transformó en la base del sustento de lo que va a ser el núcleo y la piedra angular del derecho a la salud como un derecho fundamental. Así pues, las compilaciones jurisprudenciales que se establecieron ante la Corte Constitucional acerca de la relación entre la vida y la salud a través del servicio público, dieron un enfoque para establecer la salud como un derecho de índole fundamental.

Adicionalmente, la Corte Constitucional abordó en la sentencia T-760 de 2008, la exigencia al gobierno nacional de solucionar fallas presentadas en el cumplimiento de lo contemplado en el libro segundo de la Ley 100 de 1993^{4,26}.

Derivado de los postulados expuestos, la Corte Constitucional definió las garantías a las que los ciudadanos tienen derecho como afiliados al SGSSS a través de una EPS, así: 1) acceso a los servicios, incluidos los que no se hallen en el POS; 2) la protección especial a los niños y sus fáciles accesos al servicio; 3) toda persona tiene derecho a que su EPS valore científica y técnicamente el concepto de un médico reconocido y vinculado al sistema de salud que considera que la persona requiere un servicio de salud; 4) el balance económico no puede ser obstáculo para el servicio de salud; 5) el derecho a acceder a las pruebas de examen indispensables para determinar su servicio sanitario; 6) las enfermedades de índole catastrófica no pueden impedir el servicio de salud; 7) el servicio de las EPS debe ser continuo, no puede ser interrumpido; 8) la libre decisión de las EPS que le pueden dar el servicio de salud^{4,26}.

Finalmente, vale la pena recalcar que el derecho a la salud es reconocido, también, como un derecho internacional y humanitario, y está estrechamente vinculado a la dignidad humana, siendo presupuesto del goce efectivo de buena parte de los demás derechos fundamentales. Lo que da fundamento adicional a la comprensión de la salud como un derecho de índole fundamental³¹.

Implicaciones de la Ley 1751 de 2015 en la construcción de un futuro digno en la salud colombiana

Como corolario a la discusión dada desde las jurisprudencias emanadas por la Corte Constitucional, a partir de 2010 se dio inicio a la discusión de varios proyectos de ley, que tras varios intentos fallidos, terminaron convirtiéndose en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se establece a la salud como derecho fundamental autónomo⁵.

Las leyes estatutarias están encargadas de desarrollar los textos constitucionales que reconocen y garantizan los derechos fundamentales. Su fin no es regular en forma exhaustiva y casuística todo evento ligado a los derechos fundamentales^{12,31}.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, surge con la finalidad, no sólo de proteger el derecho a la salud, sino con el objetivo de ser revisor de su garantía, como lo expresa su artículo 2:

“[...] El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. [...] Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado [...]”⁵.

Asimismo, al ser garante de un derecho fundamental, esta ley realiza una cobertura amplia que cubre a cualquier individuo perteneciente al Estado colombiano, sin discriminación económica, racial o de género.

Con ello, el sistema de salud se deberá transformar en garante del derecho fundamental. De esta forma, como lo expresa en su artículo 5, “El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud”⁵; así, se confronta a la visión de la salud que la comprende como mercancía de la cual se deriva lucro financiero para la mayor parte de los integrantes del SGSSS, pues, como lo explica en las condiciones mismas del artículo ya mencionado, el Estado será garante, revisor y custodio del cumplimiento del derecho fundamental, evitando al máximo cualquier tipo de violación frente a ella.

Con el fin de lo anterior, según lo expuesto en el artículo 6 de la ley estatutaria, es deber del Estado cumplir dentro de sus obligaciones con cuatro elementos fundamentales para la garantía del derecho fundamental a la salud; estas son: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad e idoneidad y calidad profesional. Con estos cuatro elementos, en conjunto con el listado de principios¹

¹ Estos principios buscan el cumplimiento justo del derecho fundamental desde cualquier perspectiva en donde nos encontremos situados, es así como se promueven a ser universales, inclusivos, comprensivos, interculturales, dignos, equitativos y protectores, entre otros (Art. 6).

enunciados en la misma ley, se busca hacer responsable directo al Estado tanto de su buen funcionamiento como de su vulneración.

Así pues, el blindaje que enmarca este derecho del ciudadano colombiano es tan sólidamente estructurado que la más mínima ruptura sería evidente a los ojos del Estado y del usuario afectado por la vulneración de su derecho.

Por ello, los artículos 7, 8 y 9 se constituyen en garantes directos del buen papel que ha de desempeñar el Estado con sus ciudadanos, pues es este quien deberá suministrar evaluaciones constantes de la no vulneración e integralidad del derecho en cuanto a su efectividad y prontitud del servicio, esperando acabar de manera inmediata con la negligencia médica y, finalmente, ser un Estado determinante que promueva la igualdad entre los conciudadanos que gozan de este derecho, independientemente de las condiciones en las que se encuentren.

Por otra parte, el artículo 10 retrata de manera explícita los derechos y los deberes de aquel beneficiario, pues, en el derecho, no se puede ser beneficiario si no se cumple de igual forma con unos requisitos básicos para hacer buen uso del beneficio que le otorga aquel derecho. Asimismo, se protegen de manera especial en el artículo 11 los casos especiales y prioritarios, como son la infancia, la mayoría de edad y la discapacidad.

En consonancia, el capítulo II de la ley que contempla los artículos 12, 13, 14, 15 y 16, propenden por los diferentes mecanismos de garantía del derecho fundamental, esto, desde diferentes flancos de acción: primero, desde una participación activa y decisiva por parte de los usuarios en los diferentes procedimientos y en el conocimiento oportuno de la información pertinente; segundo, desde el impedimento de la negación del servicio sin discriminación alguna; tercero, desde la prestación de un servicio de calidad, eficaz y con tecnología de punta y, cuarto, en caso de conflicto será necesaria la conciliación por medio de profesionales especializados y doctos que lleven a feliz término la conciliación de ambas partes.

Finalmente, es preciso tener en cuenta las diferentes características que posibilitarán un mejor servicio de salud, como lo son la innovación, el buen uso de la información (confidencialidad), el manejo farmacéutico

(erradicación de las cuotas farmacéuticas a los médicos, mediante la creación de la política farmacéutica) y la cobertura de atención en salud de las poblaciones habitantes de zonas marginadas.

De esta forma, se hace evidente que la Ley Estatutaria 1751 de 2015, no solo reconoce a la salud como derecho fundamental sino que establece mecanismos que conminan al gobierno a garantizarlo y a los ciudadanos a cumplir con deberes, de forma que se logre armonía en la provisión y garantía de dicho derecho, lo que hace de la ley una propuesta con cobertura amplia e incluyente que garantiza el derecho fundamental a la salud a toda la población del país ^{8,12}.

Ahora bien, la Ley Estatutaria ha definido las bases sobre las que se establece el derecho fundamental a la salud, pero, ¿este derecho puede ser garantizado mediante una ley que fue promulgada para regular un servicio público en el marco de las lógicas del mercado? O, quizá, ¿resulta necesario abrir el debate que conduzca a la derogación del libro segundo de la Ley 100 de 1993, al, tal vez, resultar este discordante con el propósito de garantizar el derecho fundamental de la salud? La respuesta a estos interrogantes se dará a mediano plazo y, dependiendo de las respuestas a ellas, quizá, se estará frente a un gran debate nacional, que permita concertar el mejor sistema de salud que garantice a su vez la salud como derecho fundamental.

Conclusiones

1. Se puede ver que las diferentes transformaciones que ha sufrido la salud en el Estado colombiano han emanado del debate abierto por la Corte Constitucional mediante jurisprudencias sobre la necesidad de reconocer a la salud como derecho fundamental, ya sea por conexidad a otros derechos fundamentales o al considerarlo autónomo. Lo anterior como resultado de las diferentes transgresiones, violaciones y vulneraciones entre otros atropellos cometidos a los usuarios, bien sea por el Estado, las EPS, las IPS o los trabajadores del sector salud, instituciones y personas que no en pocas oportunidades pecan por acción u omisión de sus responsabilidades frente a la garantía del derecho.
2. Así pues, surge como resultado derivado de las sentencias emanadas por la Corte Constitucional y

por el debate público, que trascendió al Congreso de la República, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la que, si bien, no da respuesta absoluta e inmediata a los diversos problemas sanitarios que padece el país, si sienta las bases de lo que puede llegar a ser el garante a futuro del derecho fundamental a la salud.

3. Ahora bien, es preciso decir que, si bien la Ley 1751 de 2015 presenta una propuesta sólida y coherente, está expuesta al igual que cualquier normatividad de cualquier Estado del mundo, a ser vulnerada, violentada, ignorada y, por supuesto, debatida y transformada, con lo cual en el caso de las primeras se seguiría rumbo al peñasco de la salud selectiva, costosa e inhumana, y en el caso de las últimas dos, por qué no, hacia un crecimiento y una solidez mucho más amplia y justa que es lo que finalmente se quiere de una norma que regirá de manera universal ³².
4. Finalmente, es responsabilidad de esta reflexión dejar planteado para el debate en el ágora, el cuestionamiento de si se hace necesaria la derogación del libro segundo de la Ley 100 y las normas que lo modifican y complementa, con el propósito de formular y debatir en el espacio natural de la democracia, mediante previo consenso público: el Honorable Congreso de la República, un proyecto de ley que establezca los mecanismos por los cuales se va a garantizar el derecho a la salud, en los términos planteados como aspiraciones en la ley estatutaria de salud.

Declaración de conflicto de intereses

Los autores del manuscrito, declaran que: no recibieron ninguna remuneración económica, salario o dádiva por la revisión; no tienen ningún tipo de contratación directa o indirecta con ningún cliente descrito en los casos y sentencias referenciados durante el mismo; y que la revisión es fruto de la literatura referida y referenciada, así como de su experiencia en el ámbito jurisprudencial y administrativo.

Financiación: la investigación se financió con recursos propios de las estudiantes y con el aporte en especie de la Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, Bogotá, D.C., Colombia, mediante la asignación del profesor director.

Statutory health congressional bill: an advance toward guaranteeing health as fundamental human right?

Abstract

Fundamental human rights, emanating from the very nature of the human, being require shelter by the State. Life and health, together with liberty and human dignity, are rights of the supreme kind of fundamental rights, all of them being interconnected.

In this paper we try to demonstrate the passing from the right to life through the public health services and its transit to the transformation into a right of fundamental kind sheltered by the statutory health bill, and thus deduct if this statutory health bill represents the fundament for guaranteeing it. This paper approaches two fundamental aspects: 1) The transit of health care from being a service to become a fundamental human right according to the jurisprudence of the Constitutional Court. 2) An analysis of the new statutory health bill in order to evaluate if this bill is the best solution for the Colombian health service.

Key words: health law; right to health; quality of life.

Referencias

1. Fernández-Galiano A. Introducción filosófica al derecho. Derecho Natural. Madrid: Ceura; 1987.
2. Colombia - Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Gaceta Constitucional No.116 (20 de julio de 1991).
3. Colombia - Congreso de la República. Ley 100, Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá: 41.148 (23 de diciembre de 1993).
4. Colombia - Corte Constitucional de Colombia CC. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08htm>.
5. Colombia - Congreso de la República. Ley 1751, Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Bogotá: Diario Oficial N 49.427 (16 de febrero de 2015).
6. Chiriví C. Acción de tutela en salud: origen, evolución jurisprudencial y alternativas a su interposición (trabajo de grado). Bogotá: Universidad Militar; 2014.
7. Castillo F. Derecho a la salud. Recientes evoluciones de la jurisprudencia constitucional. Costa Rica: Sala Constitucional. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://sitios2.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Derechoalasalud/CONFERENCIADERECHOALASALUD.pdf>.
8. Arango R. Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos. Revista Pensamiento Jurídico. 1998; 8:63-72.
9. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-484. Bogotá: expediente T-778; 11 de agosto de 1992.
10. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-406. Bogotá: expediente T-778; 5 de junio de 1992.
11. Bernal O, Barbosa S. La nueva reforma a la salud en Colombia: el derecho, el aseguramiento y el sistema de salud. Salud Pública (Méx). 2015; 57: 433-40.
12. Caicedo A, Cubides J. Del derecho fundamental innominado a ser intentado en la jurisprudencia constitucional colombiana (trabajo de grado). Bogotá: Universidad Católica de Colombia; 2015.
13. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-494. Bogotá: expediente T-16663; 28 de octubre de 1993.
14. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia C-408 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-408-94htm>.
15. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-207 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-207-95.htm>
16. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia SU-111 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: URL: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU111-97htm>.
17. Giedion U, Castaño RA, Morales Sánchez LG. Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud. Bogotá: CEPAL; 2001.
18. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia SU-480 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU480-97htm>.

19. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-328 de 1998. Magistrado Ponente: Dr Fabio Morón Díaz. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-328-98.htm>.
20. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-177 de 1999. Magistrado Ponente: Dr Carlos Gaviria Díaz. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016, Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-177-99.htm>.
21. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-027 de 1999. Magistrado Ponente: Dr Vladimiro Naranjo Vela. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-027-99.htm>.
22. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-101 de 2000. Magistrado Ponente: Dr Jose Gregorio Hernández Galindo. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016, Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-101-00.htm>.
23. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-128 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Jose Gregorio Hernández Galindo. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-128-00.htm>.
24. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-652 de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-652-06.htm>.
25. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-204 de 2000. Magistrado Ponente: Dr Fabio Morón Díaz. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-204-00.htm>.
26. Jiménez Barbosa WG. El derecho a la salud una búsqueda inacabada para la sociedad colombiana. *Revista EAN*. 2009; 67:107-20.
27. Colombia - Corte Constitucional. Sentencia T-1176 de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Fecha de consulta: 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/T-1176-08.htm>.
28. Jiménez Barbosa WG. Unificación del POS: una tardía solución que afecta la equidad en salud y ahonda la problemática del SGSSS. *Acta Odontológica Colombiana*. 2012; 2:65-81.
29. Torres-Tovar M. Reseña: Acción de tutela en salud: piedra en el zapato en la consolidación de las reformas de mercado. *Gerencia y Políticas de Salud*, 2014; 13:363-9.
30. Gañán J. De la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia. *Monitor Estratégico*. 2011; 3:7-19.
31. Ramírez EC. Alcances del derecho a la salud en Colombia: una revisión constitucional, legal y jurisprudencial. *Revista de Derecho*. 2013; 40:199-226.
32. Romero R. El sistema de salud necesita un cambio de fondo, no de forma. En: Trujillo C, Torres M, editores. *Contribución de la Universidad del Rosario al debate sobre salud en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario; 2013. p. 63-70.

Correspondencia: Wilson Giovanni Jiménez
Correo electrónico:
wilsong.jimenezb@utadeo.edu.co
Bogotá, D.C.