

**EVALUACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
“EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES EN EL MUNICIPIO DE
PASTO. 2000 - 2008”**

**OMAR ANDRES BERNAL ORTIZ
GRACE CAROLINA PUMALPA MENESES**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

**EVALUACIÓN DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL
“EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES EN EL MUNICIPIO DE
PASTO. 2000 - 2008”**

**OMAR ANDRES BERNAL ORTIZ
GRACE CAROLINA PUMALPA MENESES**

Trabajo de grado para optar por el título de Abogado

**Asesora:
ISABEL GOYES MORENO
ABOGADA**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DERECHO
SAN JUAN DE PASTO
2010**

**“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado son
responsabilidad exclusiva del autor”.**

**Artículo 1, del Acuerdo No. 324 de octubre 11 de 1966 emanado del
Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño**

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

San Juan de Pasto, 11 de junio de 2010

AGRADECIMIENTOS

Hay tantas personas a las que tengo que nombrar que no alcanzaría esta página, sin embargo y excusándome de antemano con quien mi frágil memoria no haga justicia, le agradezco a todas las personas que han influido en el desarrollo de este trabajo, a mi novia, Carolina, sin tu mano, sin tu apoyo, sin tu comprensión y sin tu amor, nunca hubiera alcanzado esta difícil meta. A la familia Pumalpa Meneses, quienes desde lejos o desde cerca han contribuido a este resultado. A mi Mama y mi hermano, motivo de querer ser mejor. A mis amigos, A mi asesora, la doctora Isabel Goyes Moreno, quien me dio fuerzas para seguir con una idea. A mis canciones, por ser el apoyo de mi corazón cuando lo necesite. Por último y no por ello el menos importante, al contrario, a Dios, fuerza infinita que me permitió levantarme cuantas veces desfallecí, gracias por permitirme la vida, la experiencia de aprender.

Omar Andrés Bernal

En esta oportunidad quiero agradecerle a Dios por ser la fuerza que siempre me acompaña en todo momento, por ser la luz en los momentos más duros en mi vida. A mi familia, en especial a mi madre, por ser mi guía, amiga y compañera, por ser el modelo a seguir. A mis hermanos: Daniela, Camila y Miguel Ángel, por ser los cómplices perfectos. A mi papa, por ser un ejemplo de trabajo constante. A Omar, mi compañero de tesis, de vida, mi complemento perfecto. A los Juzgados que permitieron hacer posible el trabajo de campo, y a sus funcionarios. A la doctora Isabel Goyes Moreno, por el acompañamiento constante. Gracias a todas las personas, que directa o indirectamente estuvieron apoyándome y permitieron que llegara a este momento, su amistad es invaluable.

Grace Carolina Pumalpa Meneses

DEDICATORIA

*A Dios, por haber unido nuestros caminos
y enseñarnos a crecer cada día,
uno al lado del otro.*

*A ti Carolina, sin su apoyo no habría
podido lograr alcanzar tantas metas,
gracias por ser la luz en mi camino.*

*A nuestras familias,
ser el motor que cada día nos impulsa a seguir.*

RESUMEN

Desde la Constitución de 1991 se reconoció el derecho a la salud de los menores como un derecho fundamental, en armonía con los Tratados Internacionales de la materia; tal garantía se llevó al texto constitucional mediante la consagración de principios y, así mismo, pasó al sistema legal a través de la adopción de reglas. Estudiar en detalle tanto los Acuerdos y Convenios Internacionales como la regulación nacional es la primera pretensión de este trabajo.

Dentro del marco así descrito, se evalúa la incidencia de la jurisprudencia constitucional en los fallos dictados por los jueces constitucionales del circuito de Pasto. Para ello se tomó una muestra probabilística estratificada por años, de las acciones de tutela presentadas entre los años 2000-2008. Mediante la comparación de los temas obtenidos del análisis legal y jurisprudencial, se obtuvo como resultado el nivel en el que se protege el derecho a la salud de los menores, qué principios se invocan, y cuáles se desconocen, así como la forma en que son incorporados en las sentencias.

Palabras clave: Derecho, Salud, Menores, Investigación, Pasto.

ABSTRACT

Since the Constitution's 1991 recognized the law to health of children as a fundamental law, in harmony with International Treaties on the subject, such warranty was brought to the constitutional text by means of consagración of principles; the same happened to the legal system through the adoption of rules. To study in detail both the Agreements and International Conventions as National Regulations is the first claim in this work.

In the previous framework is evaluated the incidence of constitutional jurisprudence in the decisions handed down by the constitutional judges of the circuit of Pasto. To this was taken a probability sample stratified by years of supervisory actions filed between the years 2000-2008. By means of comparing the items obtained from the legal and jurisprudential analysis, was obtained as a result the level which protects the law to health of children, what principles are invoked, and which are unknown, and the way they are incorporated in judgments.

Key words: Law, Health, Children, Research, Pasto City.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	16
1. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES: SU DESARROLLO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	17
1.1. SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	18
1.1.1. Sistema Universal o de la ONU de Derechos Humanos.....	19
1.1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	19
1.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN CUANTO AL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES.....	24
1.2.1. Declaración de Ginebra.....	24
1.2.2. La Organización Mundial de la Salud y su carta de constitución.....	24
1.2.3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	25
1.2.4. El Concepto de salud en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.....	25
1.2.5. Declaración de los Derechos del Niño de 1959.....	25
1.2.6. Convención de San José de Costa Rica.....	26
1.2.7. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC.....	27
1.2.8. Observación General No. 14 al PIDESC.....	27
1.2.9. Declaración de Alma Ata de 1978.....	30
1.2.10. Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC.....	30
1.2.11. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.....	31
1.2.12. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.....	31
1.2.13. Declaración de Quito de 1998.....	32
1.2.14. La Carta de Ottawa de 1986.....	33
1.2.15. Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social.....	33
1.2.16. La Carta de Bangkok.....	34

2. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO.....	36
2.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1886 Y LOS INICIOS DE LA LEGISLACIÓN.....	36
2.2. DECRETO 2737 DE 1989 – CÓDIGO DEL MENOR	38
2.3. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991	39
2.3.1. Caracterización Jurídica del derecho a la salud de los menores de edad en la jurisprudencia.....	42
2.3.2. Caracterización fáctica del derecho a la salud de los menores de edad en la jurisprudencia.....	56
2.3.3. Principios inherentes al derecho a la salud de los menores de edad.....	71
2.4. ACCIONES AFIRMATIVAS DE PROTECCIÓN.....	83
2.4.1. Protección reforzada del derecho a la salud de los menores.....	84
2.4.2. Ley 12 de 1991.....	85
2.4.3. La ley 100 de 1993.....	85
2.4.4. Regulaciones que se han presentado Plan Obligatorio de Salud.....	86
2.4.5. Ley 1098 de 2006 – Código de la infancia y la adolescencia.....	88
3. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES EN EL MUNICIPIO DE PASTO MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA	91
3.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO	91
3.1.1. Juzgados objeto de análisis	91
3.1.2. Población a analizar.....	91
3.1.3. Características de los procesos revisados.....	95
3.2. ANÁLISIS CUALITATIVO.....	97
3.2.1. Análisis de la caracterización jurídica del derecho a la salud de los menores de edad.....	98
3.2.2. Análisis de la caracterización fáctica del derecho a la salud de los menores de edad.....	100
3.2.3. Análisis de los principios del derecho a la salud.....	102

4. CONCLUSIONES	104
BIBLIOGRAFÍA.....	109

LISTA DE CUADROS

	Pág.
Grafico 1: Porcentaje de derechos invocados	95
Grafico 2: Porcentaje de hechos generadores de Acción de Tutela	96
Grafico 3: Total de fallos analizados	96
Grafico 4: Porcentaje de razones para no conceder	97
Grafico 5: Identificación de las características jurídicas.....	100
Grafico 6: Caracterización fáctica del derecho a la salud	102

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1: Clasificación de documentos internacionales	21
Tabla 2: Número de sentencias por juzgado	92
Tabla 3: Calculo de la muestra	93
Tabla 4: Estratificación de la muestra	93
Tabla 5: Procesos escogidos al azar	94

LISTA DE ANEXOS

Pág.

Anexo A: Radicador Sentencias Corte Constitucional

Anexo B: Radicador Sentencias Jurisdicción Municipio de Pasto

GLOSARIO

Jurisprudencia: Se considera jurisprudencia a los fallos emitidos por un cuerpo colegiado de jueces acerca de un asunto en particular y que es vinculante en sus decisiones para casos posteriores

Matriz jurisprudencial: Se denomina de esta forma al producto de la recopilación jurisprudencial que aporta temas y que se compila en temas más grandes con el fin de obtener conceptos generales.

Menor de edad: Es la persona que no ha cumplido 18 años de edad, de acuerdo con la legislación del Código Civil.

Régimen de salud: Es el mecanismo mediante el cual se clasifica la población para la prestación del servicio de salud, se divide en régimen contributivo y régimen subsidiado.

Sistema de salud: Es la forma en la cual el gobierno nacional administra el servicio público de salud, a él se encuentran afiliadas todas las personas que habitan el territorio nacional.

INTRODUCCIÓN

Este trabajo desarrolla las implicaciones que rodean el derecho a la salud de los menores de edad en el municipio de Pasto. Para llevar a cabo tal cometido se ha planteado el siguiente problema de investigación: ¿En qué medida la administración de justicia en el municipio de Pasto, en los fallos de acción de tutela, acoge los principios y sub-reglas constitucionales en materia del derecho a la salud de los menores?

Este interrogante se justifica a partir de los postulados establecidos por la Constitución de 1991, ya que a partir de su promulgación se modificó, de manera sustancial, la idea que se tenía en cuanto al derecho a la salud; y en materia de los menores de edad, estableció un concepto progresista al dotar a este derecho del carácter de fundamental y por tanto, exigible directamente ante instancias judiciales.

De manera continua, entidades que vigilan el estado de los derechos humanos, en especial la Defensoría del Pueblo, han publicado informes acerca de la preocupante situación que se presenta en torno al derecho a la salud en relación con la Acción de tutela, como mecanismo de defensa y garantía; sin embargo, hasta ahora no se ha realizado ningún estudio que se dedique de manera pormenorizada a este derecho aplicado a los menores de edad, por lo que despierta interés, a nivel académico, establecer cuál es el tratamiento que se le ha dado por parte de la administración de justicia en el municipio de Pasto.

Para el estudio de este caso, es necesario contar con las herramientas adecuadas de análisis, razón por la cual se tendrá en cuenta el Derecho Internacional, fuente principal de derechos humanos, y se recopilarán los documentos principales que tengan incidencia en el tema, a la vez que se estudiará la legislación nacional a partir de lo dictado por el artículo 44 constitucional.

En ese orden de ideas, no puede dejarse de lado la fuente más relevante en cuanto a casuística, estructuración y desarrollo de principios en torno al tema a tratar; la Corte Constitucional, ente principal encargado de la defensa de los derechos humanos, que ha generado abundante jurisprudencia, la cual establece reglas claras para la aplicación de este derecho.

La metodología a utilizarse es deductiva: mediante el establecimiento de los postulados internacionales y el desarrollo que se les ha dado en la jurisprudencia colombiana, se deducen los principios y características fácticas y jurídicas que están inmersas en el tratamiento jurídico otorgado al derecho a la salud de los menores; a su vez, se aplica este marco de ideas a las consideraciones que se hacen al respecto por parte de la jurisdicción del municipio de Pasto, en específico, por los jueces constitucionales.

Para desarrollar adecuadamente el trabajo, se consideran las acciones de tutela que se hayan dictado entre los años 2000 y 2008, tiempo en el cual se produjeron cambios fundamentales en la jurisprudencia y en la concepción del sistema de salud, especialmente las provocadas por la sentencia T – 760 de 2008, la cual se presenta como una sentencia hito. De manera adicional, se actualiza el trabajo investigativo al analizar las sentencias hasta el año 2009.

En la aplicación de los principios obtenidos del derecho internacional y de las características dadas por la jurisprudencia constitucional, se analizan las sentencias de Acción de Tutela emanadas por los jueces pertenecientes a la jurisdicción del municipio de Pasto. Para determinar cuáles sentencias serían examinadas, se hizo una recolección de fallos que cumplieran con ser emanados entre los años 2000 y 2008, y que estuvieran orientados a definir una situación respecto al derecho a la salud. Una vez cuantificados, se obtuvo una muestra de tipo probabilístico y estratificada por años.

El objetivo que se persigue con la investigación, de manera principal, es evaluar la incidencia de las sub-reglas y principios constitucionales en los fallos de acción de tutela, en relación con las garantías del derecho a la salud de los menores en el municipio de Pasto, durante el período comprendido entre 2000 y 2008. Para lograr este objetivo, se ha propuesto desarrollar tres puntos, así:

Consolidar el marco constitucional y legal del derecho a la salud de los menores en Colombia.

Analizar el precedente constitucional en torno a la protección del derecho a la salud en los menores mediante la acción de tutela.

Evaluar la incidencia de los conceptos de la Corte Constitucional en los fallos de tutela cuyo accionante sea un menor de edad, en el municipio de Pasto.

En este orden de ideas, se distribuirán tres capítulos: en el primero, se hablará del desarrollo que ha tenido el derecho a la salud a nivel internacional; en el segundo, se estudiarán las implicaciones que ha tenido en el ordenamiento jurídico colombiano, incluyendo la evolución de ésta idea en el seno de la Corte Constitucional y por último, en el tercer capítulo, se analizará el avance alcanzado por la administración de justicia en el municipio de Pasto.

1. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES: SU DESARROLLO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho a la salud ha sido un tema arduamente debatido por sus inescindibles relaciones con la vida humana; este derecho se encuentra dividido en dos partes: la primera, referida al derecho a la salud general, cuyo objetivo de protección es la comunidad general de integrantes de la raza humana. En una segunda ramificación de ese derecho, están las personas o grupos poblacionales que tienen un derecho a la salud con garantías específicas y particulares, razón por la cual, su protección es más amplia y fuerte.

El derecho a la salud de los menores se encuentra en este segundo grupo. Sin embargo, esa diferenciación no se dio paralela a la consagración del derecho a la salud; se trata de un desarrollo paulatino a nivel internacional que se inició durante el siglo XX y que posteriormente, involucró a todos los países, en la medida en que ellos se adherían a los instrumentos proferidos por los organismos internacionales (ONU, OEA, OIT).

En pro de observar esa evolución, el presente capítulo desarrollará dos partes: en la primera, dedicada al Derecho Internacional, se analizarán, de manera cronológica, los Tratados Internacionales que han servido de sustento al derecho a la salud de los menores, para pasar, en la segunda parte, a la legislación nacional analizando la influencia del Derecho Internacional y, en la misma medida, la evolución propia del derecho a nivel interno.

1.1. SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos, aunque protegen de manera holística a las personas, en su organización han tenido diferentes sistemas, dependiendo de la evolución histórica de las instituciones que han divulgado tratados y documentos internacionales, cuya obligatoriedad para los Estados depende de la calidad con la que se reconozcan mediante mecanismos específicos internos, entre los cuales los más comunes son la ratificación y la adhesión. Un tratado nuevo es "ratificado" por aquellos Estados que han negociado el instrumento. Un Estado que no ha participado en las negociaciones puede, en una etapa posterior, "adherirse" al tratado. Para Colombia, el mecanismo es la ratificación, cuyo efecto es incorporar el documento internacional como una ley que obliga a los entes del Estado a respetar esa normatividad como propia de Colombia.

De otra parte, existen las declaraciones, los cuales son documentos cuyo cumplimiento no es obligatorio. Se trata simplemente de proclamas que indican un punto de vista compartido por muchas naciones. Bajo esta órbita, hay dos

sistemas a nivel internacional a tenerse en cuenta, el primero es el sistema universal o de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y por otra parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

1.1.1. Sistema Universal o de la ONU de Derechos Humanos. Después de la II Guerra Mundial, el mundo se conmocionó con los desastrosos resultados que ésta trajo; por ello, varias naciones se unieron con el propósito de evitar una catástrofe de la misma o mayor magnitud, para lo cual, se propusieron promocionar los derechos humanos y, en desarrollo de ese cometido, se han realizado numerosos documentos que son un entretrejo de normas de carácter internacional, que en el caso de Colombia, se convierten en obligatorias, mediante el concepto de bloque de constitucionalidad¹.

Debido a las consideraciones especiales que se tiene con los menores, por ser un grupo vulnerable, cuyos derechos han sido atropellados de manera inmisericorde y tomando en cuenta las condiciones de indefensión en la que se encuentran, la Organización de Naciones Unidas, se ha pronunciado en aras de su protección mediante el uso de tratados, recomendaciones y otros instrumentos internacionales que propugnan los derechos de los menores.

1.1.2. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este sistema, creado por los países integrantes del continente americano, tiene también como objetivo la protección y promoción de los derechos humanos a nivel regional; mediante su carta de constitución, busca cumplir su cometido y crea dos instituciones encargadas de desarrollarlo: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entre los instrumentos más importantes de la organización, además de su carta de constitución, está la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.

La OEA busca, entre sus objetivos primordiales, la promoción de los derechos de los grupos vulnerables de la población, destacándose la lucha que realiza por los derechos de los niños.

¹ Este concepto se encuentra plasmado en el artículo 93 de la Constitución, el cual reza: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Esto a su vez se complementa con el Artículo 94 ibídem, que preceptúa: “La enunciación de los derechos y garantías, contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

Tras estos breves comentarios, es necesario puntualizar que los documentos se analizarán en orden cronológico con el fin de entender la evolución que ha tenido el derecho a la salud de los menores en el ámbito internacional. Por esa razón, dichos documentos se sintetizan en la siguiente tabla, teniendo en cuenta los rasgos más importantes de cada uno, especialmente el sistema de derecho internacional al que pertenecen y la manera en que han entrado a formar parte del ordenamiento Colombiano.

Tabla 1. Clasificación de documentos internacionales

DOCUMENTO	SISTEMA	MODALIDAD	LEY DE RATIFICACIÓN	FECHA DE RATIFICACIÓN	FECHA DE APERTURA Y FIRMA PARA RATIFICACIÓN	ENTRADA EN VIGOR
Declaración de los derechos del niño (1924)(Declaración de Ginebra)	LDN- ONU					24/09/1924
Carta de la Naciones Unidas	ONU					26/06/1945
Carta de Constitución de la Organización Mundial de la Salud	ONU	Ratificación	Ley 1113 de 2006	27/11/2006		01/01/1946
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	OEA	Aprobación		1948		01/12/1947
Declaración Universal de los Derechos Humanos	ONU	Aprobación		10/12/1948		10/12/1948
Declaración universal de los Derechos del Niño	ONU	Aprobación		1948		20/11/1959
Convención Americana Sobre los Derechos Humanos (Convención de Costa Rica)	OEA	Ratificación	Ley 16 de 1972	28/05/1973	22/11/1969	18/07/1978
Declaración sobre la protección de la mujer y del niño en estados de	ONU					14/12/1974

emergencia o de conflicto armado						
Pacto Internacional de los DESC	ONU	Ratificación	Ley 74 de 1968	29/09/1969	16/12/1966	03/01/1976
Declaración de Alma-Ata sobre la Atención Primaria en Salud						12/09/1978
Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto internacional de los DESC						06/06/1986
Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud	ONU					21/11/1986
Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños	ONU			03/11/2009		03/12/1986
Convención interamericana sobre restitución de menores	OEA	Ratificación	Ley 880 de 1994			15/06/1989
Convención sobre los derechos del niño	ONU	Ratificación	Ley 12 de 1991	20/01/1991	20/11/1989	20/11/1989
Declaración de Quito						24/07/1998
Observación General No. 14 al Pacto de los DESC	ONU	Ratificación	Ley 12 de 1991	20/01/1991		11/05/2000
Carta de Bangkok para la promoción de la salud en un mundo	ONU					11/08/2005

globalizado						
Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social	ONU					16/12/1977
Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.	ONU					
Protocolo de San Salvador	OEA	Ratificación	Ley 319 de 1996	25/09/1996		

1.2. EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN CUANTO AL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES

Son numerosos los instrumentos internacionales que han desarrollado el derecho a la salud. A continuación se tendrán en cuenta según su orden de aparición en el tiempo, para lo cual se observarán todos los documentos que han hecho referencia a este derecho. En esta tarea han influido, en gran manera, la Organización de Naciones Unidas (ONU) y a partir de ésta, la Organización Mundial de la Salud.

1.2.1. Declaración de Ginebra². Inicialmente, en el Derecho Internacional encontramos la Declaración de Ginebra, también llamada Declaración de los Derechos del Niño, promulgada el 24 de septiembre de 1924. Se indica, desde ese momento, el deber de la humanidad de ofrecer al niño las mejores condiciones de vida. Entre los aspectos destacables de esta declaración está el principio de no discriminación y respecto a la salud de los menores, pese a ser somero el pronunciamiento, la afirmación de que el niño enfermo, debe ser atendido; esta aseveración es la primera a nivel internacional que se preocupa por los derechos de los menores.

1.2.2. La Organización Mundial de la Salud y su carta de constitución³. En el marco del Derecho Internacional contemporáneo, en el año de 1945, se crea la Organización de Naciones Unidas (ONU) después de la segunda guerra mundial, y a partir de ese origen se pensó en la existencia de un organismo especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial, razón por la cual se creó la Organización Mundial de la Salud (OMS). En la carta de constitución de este ente, se empieza el reconocimiento del derecho a la salud en el año de 1946. En ese entonces se entró a considerar que la salud es un completo estado de bienestar donde “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin ningún tipo de distinción”⁴.

El contenido que le da la carta de constitución de la OMS implica la lucha contra la desigualdad, el sano desarrollo de la infancia y políticas del Estado que incluyan medidas socio-sanitarias y que busquen la promoción y protección de la salud.

² Extraído de <http://www.iin.oea.org>

³ Extraído de <http://www.who.int/en/>

⁴ Torres Tovar Mauricio, Reseñas, Derecho a la salud. Su situación en Colombia, Bogotá 2003, Pg. 119

1.2.3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, proclamada seis meses antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶ en la IX Conferencia Internacional Americana, realizada en Bogotá, Colombia, en el año de 1948, hace parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Llamen la atención dos artículos: el 7, “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”; y el artículo 11, según el cual “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”

Además del derecho a la salud, la mencionada declaración reconoce el derecho a la educación, trabajo, remuneración justa, cultura, descanso y seguridad social.

1.2.4. El Concepto de salud en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁷. Los dos documentos anteriores se ampliaron y desarrollaron mediante la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual, en su artículo 22 indica que toda persona tiene derecho a la seguridad social, y compromete a los Estados a procurar la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables para la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. En el artículo 25, de manera específica, otorga el derecho de toda persona a que se le asegure, entre otros, la asistencia médica, y en el caso de los niños, en el inciso 2 se afirma que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social”. Además, considera la igualdad y universalidad como principios del derecho a la salud.

Un aspecto importante a tener en cuenta, es el hecho de que la Declaración no incorpora la definición del derecho a la salud que ofrece la Carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud.

1.2.5. Declaración de los Derechos del Niño de 1959⁸. Consiguientemente, el 20 de Noviembre de 1959 se emite la Declaración de los Derechos del niño, la cual, además de contemplar la Declaración de Ginebra y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, resalta el compromiso que tienen las personas de manera individual y en general, todas las instituciones, de reconocer y luchar por los derechos de los niños.

⁵ Extraído de <http://www.acnur.org/>

⁶ Esta fue adoptada el 2 de mayo de 1948

⁷ Extraído de <http://www.acnur.org/>

⁸ Extraído de <http://www.iin.oea.org/>

Aunado a lo anterior, consagra principios base como un marco de desarrollo, no solo de la legislación interna de cada país, sino de todo actuar en el que se encuentren implicados estos derechos.

Respecto del derecho a la salud, en el principio 4 otorga el derecho de los niños a gozar de todos los beneficios de la seguridad social y de desarrollarse en buena salud. Para cumplir este fin, hace sujeto de especial protección a la madre en el tiempo prenatal y postnatal. Además, en el principio 8 se indica que “El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.

1.2.6. Convención de San José de Costa Rica⁹. Del mismo modo, es necesario tener en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llevada a cabo en San José de Costa Rica¹⁰, el 22 de noviembre de 1969. Se destaca que en el cuerpo normativo no hay una consagración expresa del derecho a la salud de los niños, siendo lo más cercano a esta temática el contenido del artículo 19, en el que se enuncia la protección preeminente hacia el menor por parte del Estado, la sociedad y la familia y de manera general, se alude al derecho a la salud en el marco del compromiso de los Estados partes, de garantizar derechos derivados de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

❖ **Protocolo de San Salvador¹¹.**

Al precedente instrumento se encuentra unido el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo De San Salvador", texto que amplía en los Artículos 9 y 10, el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, y acentúa el compromiso de los Estados partes a reconocer la salud como un bien público y adoptar medidas específicas para garantizar ese derecho.

Lo anterior, se ha ampliado en pos de proteger situaciones sociales en las cuales una gran cantidad de derechos se encuentran en juego. La declaración sobre la protección de la mujer y del niño en estados de emergencia o de conflicto armado, emitida el 14 de diciembre de 1974 y la que considera recomendaciones del consejo económico y social, con el propósito de amparar las difíciles situaciones a las que se ven sometidas las poblaciones civiles y en especial, las mujeres y los niños, señalando en el numeral 6 la protección de la que deben ser objeto, indicando que no podrán ser privados, entre otros, de la asistencia médica.

⁹ Extraído de <http://www.acnur.org/>

¹⁰ También llamada Convención de San José de Costa Rica

¹¹ Tomado de www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

1.2.7. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales PIDESC¹². Con la emisión del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), el día 12 de diciembre de 1966 para su ratificación y con entrada en vigor el 3 de enero de 1976, se crea la principal herramienta de defensa de los Derechos Humanos en cuanto a la salud, y se recopilan y amplían muchos de los principios anteriormente descritos. Entre los más sobresalientes están: el artículo 10, inciso 3, que plasma el deber de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición y, más adelante, en el artículo 12, se recogen conceptos ya mencionados, como el reconocimiento, en calidad de derecho, al disfrute de toda persona, del más alto nivel posible de salud física y mental; y radica en cabeza de los Estados partes, deberes específicos sumamente relevantes en el campo de la salud, entre otras, se distingue el compromiso a la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

1.2.8. Observación General No. 14 al PIDESC¹³. Al anterior documento es necesario añadirle un Instrumento de suma importancia en materia de salud; la Observación General No. 14 al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴.

La Observación General No. 14¹⁵, cifra su importancia en que precisa el contenido y alcance del artículo 12 del Pacto, permitiendo que sea ligado a otros derechos humanos. Esto se torna necesario a causa del cambio constante del escenario en el que se desenvuelve el derecho a la salud, pudiendo tomarse como ejemplo el surgimiento de nuevas enfermedades que aquejan a la humanidad.

De manera inicial, la Observación No. 14, toma la carta de constitución de la Organización Mundial de la Salud, en la que se afirma que el derecho a la salud es "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". De esta forma, el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud. Tal interpretación del artículo 12 del PIDESC implica definirlo mediante su alcance y contenido; entre las definiciones dadas por la Observación No. 14 están:

¹² Tomado de www.rlc.fao.org/frente/pdf/pidesc.pdf

¹³ Tomado de <http://www.unicef.org/ceecis/crcgencommes.pdf>

¹⁴ Las Observaciones Generales son interpretaciones de las disposiciones del PIDESC y sirven para darle contenido a los derechos sociales.

¹⁵ Emitida en el 22° periodo de sesiones, 11 de mayo de 2000

- Contenido normativo
- Violaciones al derecho
- Obligaciones del Estado con respecto a la salud
- Medidas de aplicación nacional
- Obligaciones de los actores que no son Estado parte del PIDESC
- La Salud como derecho fundamental indispensable para el ejercicio de los demás DDHH
- Desde esta perspectiva se empieza a considerar el derecho a la salud no solo como un estado de bienestar sino como un derecho complejo, convirtiendo el artículo 12 en obligaciones estatales definidas, como son:
 - Reconocimiento jurídico del derecho a la salud
 - Reducción y eliminación de desigualdades y discriminación
 - Derechos de las mujeres
 - Derechos de los niños
 - Derechos de las personas mayores y de los discapacitados
 - Derechos de los pueblos indígenas.
 - Distribución de recursos
 - Políticas y planes de salud

La Observación muestra que el derecho a la salud entraña libertades y derechos. En ese sentido, el concepto del disfrute del más alto nivel posible de salud es interpretado por el Comité como un derecho inclusivo, que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, la necesidad de un sistema de salud universal, equitativo, no regresivo, con servicios disponibles y accesibilidad no condicionada a capacidad de pago, con protección de grupos vulnerables y marginados y política de salubridad pública con igualdad de oportunidades. Otro aspecto importante es la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional.

Ahora bien, en cuanto a la salud infantil, es preciso señalar que la Observación indica la obligación de los Estados parte que nace desde el Pacto de los DESC, donde se da la disposición relativa a "la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil¹⁶, y el sano desarrollo de los niños¹⁷"; tal disposición se puede

¹⁶ Según la OMS, la tasa de mortalidad ya no suele utilizarse; en sustitución de ella se utilizan las tasas de mortalidad infantil y de niños menores de 5 años.

¹⁷ Apartado a) del párrafo 2 del artículo 12

entender en el sentido de que es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto¹⁸, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información. De la misma manera, se asigna el deber a los Estados Partes, de proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones relacionadas con su salud. El ejercicio del derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa a la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva.

Lo anterior indica que todos los programas y políticas con miras a garantizar el derecho a la salud del niño y el adolescente deben girar en torno a la consideración primordial del interés de estos sujetos.

El Sistema Internacional de las Naciones Unidas como organismo de protección de derechos, tiene como herramienta fundamental al PIDESC, el cual se resguarda por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo que entro a funcionar a partir de 1996. Este Comité tiene como función la vigilancia y cumplimiento del Pacto y se encuentra conformado por expertos independientes. En el año 1998 se creó la figura de los Relatores Independientes como un mecanismo derivado de la carta de la ONU y cuya tarea es el seguimiento de derechos. Más tarde, en el año 2000, se creó la relatoría especial para la salud.

¹⁸ El término prenatal significa existente o presente antes del nacimiento. (En las estadísticas médicas, el periodo comienza con la terminación de las 28 semanas de gestación y termina, según las distintas definiciones, entre una y cuatro semanas antes del nacimiento); por el contrario, el término neonatal abarca el periodo correspondiente a las cuatro primeras semanas después del nacimiento; mientras que el término postnatal se refiere a un acontecimiento posterior al nacimiento.

1.2.9. Declaración de Alma Ata de 1978¹⁹. El 12 de septiembre de 1978 se publicó la declaración de Alma Ata, declaración en la que se instó a todos los gobiernos, a los agentes de salud y de desarrollo, y a la comunidad mundial, a que adoptasen medidas urgentes para proteger y promover la salud de todos los ciudadanos del mundo. Una vez más, se refuerza el concepto de que la salud es un estado del máximo bienestar físico, mental y social, aunando a ello la concepción de la salud como uno de los derechos humanos fundamentales; el logro de este derecho exige la participación de todos los sectores sociales y un gran esfuerzo por parte de los gobiernos. Es destacable el hecho de que impone un límite temporal para lograr un estado de salud óptimo para la vida social y económicamente productiva - el año 2000 era el tiempo previsto - y además, insta a todos los Estados partes a lograr la atención primaria en salud mediante la utilización adecuada de los recursos de los países.

1.2.10. Principios de Limburgo sobre la aplicación del PIDESC²⁰. Consecutivamente, el 6 de junio de 1986 se emitieron los denominados “Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”; esta convención, que se desarrolló mediante la participación de expertos en el campo del Derecho Internacional, complementa y afianza el cumplimiento de las obligaciones a las que se han comprometido los gobiernos de los países participantes. Entre ellas está el carácter interpretativo del artículo 2 del Pacto de los DESC, el cual indica, en su inciso 1, el compromiso de los países “a adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”; al respecto se dan los principios 18 y 19 que particularmente tienen relación con el desarrollo que le ha dado Colombia al derecho a la salud, mismo que se verá más adelante.

El Principio 18 enuncia:

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

A su vez, el Principio 19 preceptúa:

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

¹⁹ Tomado de <http://whqlibdoc.who.int/publications/9243541358.pdf>

²⁰ Tomado de <http://www.pgjdf.gob.mx/temas/4-6-1/fuentes/3-A-6.pdf>

En la consideración de la salud como un “*estado de bienestar completo*”, puede mencionarse la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, promulgada el 3 de diciembre de 1986.

1.2.11. Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. En igual sentido está la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, otorgada en Uruguay el 15 de julio de 1989, de la que se puede rescatar que considera en esta calidad a las personas que no hayan cumplido dieciséis años de edad, y en cuanto al derecho a la salud, menciona el derecho que tiene un menor que se encuentra fuera de su residencia habitual de manera ilegal, a que se le asegure el goce de este derecho.

1.2.12. Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²¹. Uno de los documentos internacionales de más alta relevancia es la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya entrada en vigor se dio el 2 de septiembre de 1990²², como instrumento internacional, y que recuerda los compromisos que en otros documentos se han asumido con respecto a la niñez, entre ellos, el cuidado especial que se le reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración de los Derechos del Niño en la que se afirma la protección especial en razón de la inmadurez física y mental, además de la protección especial a la que se encuentra sometido.

Esta convención recoge los conceptos de derechos enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuanto a la protección especial que debe ofrecérsese a la infancia en razón de su falta de madurez física y mental; protección que se extiende al ámbito legal, antes y después del nacimiento; idea que a su vez se toma de la Declaración de Ginebra de 1924 ya comentada, de la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Se destaca la consideración como niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad. En el campo de la salud, una vez más se ratifica cuál es la calidad que debe tener el derecho a la salud; se amplía en el sentido de darle el derecho al tratamiento de enfermedades y rehabilitación de la salud; de la misma manera, se le extiende la protección determinando que las autoridades asegurarán el

²¹ Tomado de <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0021.pdf>

²² Colombia la ratificó mediante la Ley 12 de 1991 y cuya entrada en vigencia se dio a partir del 28 de enero del mismo año.

derecho del niño a que no sea privado de los servicios sanitarios. Análogamente, compromete a los Estados a una serie de obligaciones específicas en pro del avance de este derecho; en específico se encuentran dos apartados:

- Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud.
- Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, y que tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos.

Adicionalmente, se reconoce el derecho a la protección que tienen los menores que desempeñen empleos peligrosos o perjudiciales para su salud y desarrollo integral²³, al igual que la recuperación física y psicológica a la que tiene derecho cualquier menor que haya sido víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados.

1.2.13. Declaración de Quito de 1998²⁴. El 24 de junio de 1998 se da la Declaración de Quito acerca de la exigibilidad y realización de los DESC en América Latina y el Caribe. Esta declaración, preocupada por la realización, la defensa y las continuas violaciones en contra de estos derechos, se pronuncia en salvaguardia de ellos proponiendo una serie de observaciones, aclaraciones de conceptos y principios en pro de la realización y el respeto de tales derechos.

En relación a los derechos de los niños, se caracteriza por una fuerte tendencia proteccionista, en consideración a que han sido una parte de la sociedad históricamente desprotegida y cuyas condiciones de vulnerabilidad son altas, más aun si se encuentra en riesgo su salud; por ello, el aparte 77, referente a las exigencias hechas a las sociedades de los Estados parte, tiene en cuenta la importancia de la perspectiva de género en conjunción con el derecho a la salud, misma que proviene desde el Pacto de los DESC, de tal forma que se incluya el derecho a la salud reproductiva y sexual, además de la protección a la integridad física, psicológica y sexual.

²³ Artículo 32 Convención Sobre Los Derechos Del Niño

²⁴ Tomado de <http://www.derechos.org/nizkor/.../declaraciones/quito.html>

1.2.14. La Carta de Ottawa de 1986. El 21 de noviembre de 1986, se emite por parte de la Organización Mundial de la Salud, reunida en la primera conferencia internacional para la promoción de la salud, la denominada Carta de Ottawa, la cual tiene como objetivo: “Salud para todos en el año 2000”, y percibe a la salud como la fuente de riqueza de la vida cotidiana. Sin embargo, su principal motivo es la promoción de la salud como la forma de alcanzar tal estado y que se convierta en la mejor arma para lograr el progreso personal, económico y social y una dimensión importante de la calidad de la vida; de la misma manera, hace énfasis en la atención que se le debe prestar a los factores políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente, de conducta y biológicos, que pueden intervenir bien en favor o en detrimento de la salud.

1.2.15. Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social²⁵. La asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2542 del 11 de diciembre de 1969, adopta la denominada “Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social”, donde se recogen principios enunciados en documentos atinentes a la defensa de los derechos humanos y en particular, se expresa la necesidad de establecer el progreso social y económico como un medio para lograr satisfacer las aspiraciones del ser humano mediante el reconocimiento de esos derechos y del uso de la ciencia y la tecnología, permitiendo así vencer los obstáculos que se han interpuesto en el camino de la humanidad para la realización de estos propósitos, y se invita a que el documento sea tomado como base de las políticas de desarrollo social de los Estados parte.

En lo atinente a la seguridad social y la salud, se contempla en el artículo 11, inciso b, la protección de los derechos de la madre y de los niños, en especial el derecho a la educación y a la salud de éstos. Es necesario reconocer que se avizora una forma de protección que cobija a la madre y al niño, ya que contempla la situación de las madres de niños de corta edad y la necesidad de protección especial de la que deben gozar las personas con estas características; de la misma forma, vislumbra el estado de bienestar del que deben disfrutar los menores y que debe garantizarse por el Estado en razón de ser sujetos de especial protección.

El estatus preponderante que se les ha dado a los menores no se disminuye ni siquiera en el caso en el que son procesados por los sistemas penales de justicia; por ello, las Naciones Unidas emitieron el documento concerniente a las reglas que se deben seguir para la protección de los menores privados de la libertad, instrumento que se adoptó por la asamblea general mediante la Resolución 45113 del 14 de diciembre de 1990.

²⁵ Tomado de <http://www.ordenjuridico.gob.mx>

En lo relacionado con el derecho a la salud se tienen diversos artículos como son: el 21, el cual habla acerca del registro que debe llevarse en los lugares donde haya menores detenidos; uno de los detalles que deben tenerse en cuenta es el estado de salud física y mental del menor; el artículo 28, habla acerca de las condiciones que debe cumplir el centro de detención, las cuales deben ser adecuadas; el artículo 49 se refiere a la atención médica de la que deben gozar según el criterio médico; en el mismo sentido se enuncia la necesidad de proteger a los menores en esta situación, de la explotación y el maltrato físico, sexual y emocional.

1.2.16. La Carta de Bangkok²⁶. Otro de los instrumentos relacionados al tema en cuestión es la Carta de Bangkok, enunciada el 11 de agosto de 2005, complementaria a la carta de Ottawa, en conexidad con los valores, principios y estrategias de acción para el fomento de la salud. Está dirigida a los sectores más importantes que tienen a su cargo la promoción de la salud y tiene en cuenta el contexto de la salud mundial, mismo que se muestra en constante cambio debido a factores críticos que influyen en la salud, figurando entre los más destacables, las desigualdades constantes, nuevas formas de consumo, la globalización y los cambios ambientales. Todos los puntos enunciados agravan la situación de vulnerabilidad de grupos poblacionales, entre ellos los niños. Por esa razón, crea compromisos como un llamado a los Estados miembros de la Organización Mundial de la Salud, ya que desde la Carta de Ottawa se suscribieron numerosas resoluciones en apoyo a la salud, compromisos que no fueron llevados a cabo mediante hechos.

Finalmente, puede decirse que los documentos internacionales están encaminados a la protección del derecho a la salud de manera general, buscando que los compromisos que hacen los Estados sean siempre en el propósito de mejorar las garantías internas, rodeándolo de otros derechos que permiten observar una construcción definida y estable; estas son reglas que indican a los gobiernos el deseo global de mejorar las condiciones de salubridad en que se encuentra la humanidad; mismas que son necesarias para la supervivencia humana. Estas normas se muestran más rígidas y ricas cuando son aplicadas a los grupos vulnerables, con especial énfasis en los niños, quienes son los llamados a llevar el legado que está en construcción.

Es sumamente importante que los Estados atiendan los tratados, reglas y guías internacionales, el pensamiento común de la humanidad que se observa mediante las convenciones especializadas tanto del campo de las ciencias jurídicas como de las ciencias médicas y esto se hace al considerar numerosos estudios que buscan llevar al mundo a la estabilidad concreta de un derecho común a todos los

²⁶ Tomado de www.bvsde.paho.org/bvsdeps/fulltext/cartabangkok.pdf

seres humanos; sin embargo, no se puede desconocer las inmensas diferencias que existen entre las condiciones que gozan los países ricos y las que padecen los más pobres. Solo al tomar conciencia de que el derecho a la salud es una realidad que demanda la mayor atención, pueden adecuarse las políticas necesarias, tanto a nivel interno en cada país, como a nivel internacional, las cuales deben estar orientadas a establecer un punto de equilibrio desde la perspectiva de los derechos humanos.

2. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El derecho a la salud en Colombia ha tenido un desarrollo muy diferente al que se le ha dado en el derecho internacional, mucho más respecto del derecho a la salud de los menores, por lo que se observarán las consideraciones más importantes que se le dieron en las dos últimas Constituciones, la de 1886 y la de 1991, así como los desarrollos normativos pertinentes al tema.

2.1. LA CONSTITUCIÓN DE 1886 Y LOS INICIOS DE LA LEGISLACIÓN

Mientras que en el siglo XX, el derecho a la salud se desarrolló de forma radical a nivel mundial, en Colombia, no ocurría lo mismo. Un análisis del Ministerio de Salud y del Departamento Nacional de Planeación (DNP) en los años 1990, ubica el desarrollo de la salud por fases²⁷ discriminadas así:

- Periodo Higienista (1886 – 1947).
- Periodo de importación de la salud pública (1948 – 1957).
- Periodo de la salud asociada al desarrollo (1958 – 1974).
- Periodo de consolidación de un sistema nacional de salud (1976 – 1988).
- Periodo de tensión entre la salud como mercado y la salud como derecho (1991 - 2002).

En este marco de desarrollo del derecho a la salud, sólo se vieron acciones en cuanto a la salud de los niños en los años 60, cuando el país mejoró casi en todos los índices de calidad de vida, entre ellos la disminución de la mortalidad infantil y apenas en los años 1950 a 1980 se empieza a observar el derecho a la salud como eje de políticas sanitarias. Sin embargo, ese avance se vio truncado por los sectores económicos, quienes miraban la salud como un gasto excesivo.

Ahora bien, en el marco legal del derecho a la salud, la Constitución de 1886 no contenía referente alguno; sin embargo, gracias a las reformas constitucionales acaecidas durante el siglo XX se le pudo dar un lugar en el ordenamiento, pero nunca como derecho. Para algunos, las primeras cláusulas generales que sustentan la legislación sanitaria, fueron los antecedentes del derecho a la salud en Colombia.

Entre las reformas destacables se encuentra la que se llevó a cabo en el año de 1936, mediante el acto legislativo No 1; donde se incorpora el criterio de asistencia

²⁷ Puede ampliarse esta información en el libro El derecho a la salud en Colombia. Diez años de frustraciones del autor Víctor de Correa Lugo, pág. 73

pública como un sinónimo del derecho a la salud, pero que se ve limitado en su prestación a las personas que carecen de medios. Más adelante, en 1963, a través del Decreto extraordinario 3224, se precisa el concepto de asistencia pública como una función del Estado que consiste en la ayuda que éste debe prestar para procurar el bienestar individual, familiar y colectivo mediante la prevención de la enfermedad, la promoción y recuperación de la salud de quienes careciendo de medios de subsistencia y derecho para exigirlo de otras personas, estén incapacitadas para trabajar.

Solamente en 1946 se puede decir que hay un concepto de atención médica, siendo una obligación del Estado, expresada en la creación del Ministerio de Higiene, por la Ley 6 de 1945 y en la Ley 90 de 1946 sobre Seguridad Social.

En cuanto a la cobertura familiar, a nivel de la Constitución de 1886, sólo se protege el derecho a tener familia.

La ley 9 de 1979, Código Sanitario Nacional y más tarde, la Ley 10 de 1990, la cual sirvió de empalme con la ley 100 de 1993; estas dos leyes son la única referencia que se puede tomar en cuanto al derecho a la salud previo a la Constitución de 1991.

Por lo tanto, es concluyente que el concepto de salud se muestra en la Constitución de 1886 como un deber estatal, mas no como uno de los derechos humanos y por ende no es posible siquiera soñar con que sea un derecho fundamental. Hay apenas un atisbo que se encuentra en el artículo 44, parágrafos 2 y 3 donde se afirma que *“Las autoridades inspeccionaran las industrias y profesiones en lo relativo a la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.*

La ley podrá exigir títulos de idoneidad para el ejercicio de las profesiones médicas y de sus auxiliares.” Bajo estos términos, no puede decirse que haya consagración alguna del derecho a la salud y tampoco de garantías específicas que protejan a los ciudadanos para hacerlo valer o mecanismos de protección o entidades en el mismo sentido.

En cuanto al régimen legal, se puede decir que es un concepto que cambia de acuerdo a la corriente y situación que atraviesa el país según los periodos ya enunciados.

Tomando en consideración los periodos expuestos por Correa Lugo²⁸, puede pensarse en un nuevo periodo, en el que la crisis del sector salud se agudiza en razón a diversas causas, haciendo énfasis en el componente económico. Sin embargo, ese periodo se ha visto altamente influenciado por otros factores de

²⁸ Obra ut supra

difícil sorteo para el sistema, principalmente por el acaecimiento de enfermedades para las que no se encuentra adaptado, denunciando la falta de una política pública en salud.

Ante esta falencia y la necesidad de la población de mantener su derecho y bienestar, la cual está caracterizada por no poseer los recursos propios para combatir una dolencia grave - incluso, puede admitirse a ese grupo las personas con algún recurso económico - la tutela se ha convertido en la respuesta al interrogante que plantea la enfermedad; así, es posible observarlo en las estadísticas de los años 2006 a 2008 de la Defensoría del pueblo²⁹, donde se muestra un crecimiento dramático en la cantidad de acciones ejercidas sobre todo en defensa del derecho a la salud, convirtiendo a la tutela en un trámite que garantiza justicia en alguna medida.

La tendencia de crecimiento de las acciones de tutela seguirá por el mismo rumbo ya que se ha demostrado con sobrada experiencia que es la única manera de acceder a los servicios médicos requeridos, sin importar que límites legales haya; mientras sea un derecho fundamental, merecerá la protección que la Carta Fundante y los principios constitucionales ordenen.

Por otra parte, este estado de cosas es el que ha provocado Sentencias de la Corte Constitucional que han orientado el derecho a la salud y su prestación hacia la consideración de fundamental, evolución necesaria y tardía, porque que tal característica ya se había observado en los documentos internacionales.

2.2. DECRETO 2737 DE 1989 – CÓDIGO DEL MENOR

El código del menor emitido en 1989 tiene incidencia respecto a la legislación nacional. Entre los objetivos que persigue se encuentra el de consagrar los derechos fundamentales del menor y los principios rectores que orientan su protección³⁰. En ese orden de ideas, establece el derecho a la salud de los menores como un derecho que merece atención de manera integral, cuando el menor se encuentre enfermo o con limitaciones físicas, mentales o sensoriales y por lo tanto, le otorga la posibilidad de obtener el tratamiento y rehabilitación adecuados. En complementariedad, le otorga al Estado el deber de desarrollar los programas necesarios para reducir la mortalidad y prevenir la enfermedad, educar a las familias en las prácticas de higiene y saneamiento y combatir la malnutrición, otorgando prioridad en estos programas al menor en situación irregular y a la mujer en período de embarazo y de lactancia. En este aparte también se hace

²⁹ Puede ampliarse esta información en el documento denominado “La tutela y el derecho a la salud, periodo 2006 – 2008 ”

³⁰ Artículo 1, Decreto 2737 de 1989

relevancia expresa de los menores de siete años, quienes deberán ser beneficiarios de programas de atención integral³¹.

Es de resaltar que el decreto en cuestión prioriza la concepción que se le debe dar al derecho a la salud, siendo no solo protección física, sino mental y también vela por los menores que se hallen en trabajos que puedan poner en riesgo este concepto³². Complementariamente, se les otorga el derecho a la seguridad social y la posibilidad de afiliarse al sistema de salud³³.

En cuanto al sistema de salud, le da preponderancia a la atención que deben prestarle los centros de salud y hospitales públicos y privados en situaciones de urgencia, caso en el que no se le podrá negar la atención sin que se pueda aducir motivo alguno para negarla, ni siquiera el de la ausencia de los representantes legales, la carencia de recursos económicos o la falta de cupo.

El Decreto también crea el Comité Nacional para la Protección del Menor Deficiente³⁴ cuyo objetivo es orientar y promover las acciones de prevención y rehabilitación del menor que presenta deficiencia física, sensorial o mental, formulando una serie de deberes a cumplir por el mencionado comité, en busca de mejorar las situaciones del menor que padece este tipo de diagnóstico. Entre esas medidas se encuentran mejoras médicas, investigación científica, educación especial, programas nacionales de salud que detecten esta problemática y en lo posible, que la prevengan.

Entre otras medidas que toma la ley para proteger al menor en su salud física y mental están la prohibición de venta de bebidas alcohólicas³⁵, la inspección a locales de diversión y espectáculos públicos que puedan atentar contra la salud de los menores³⁶, el maltrato físico³⁷ y la prohibición a los medios de comunicación de realizar transmisiones o publicaciones que inciten al menor al uso de drogas o sustancias nocivas para la salud o estimulen su curiosidad por consumirlas³⁸.

2.3. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

³¹ Artículo 9, Decreto 2737 de 1989

³² Entre estos artículos podemos encontrar el Artículo 14, 25, 31 numeral 7, 57,

³³ Artículo 254, Decreto 2737 de 1989

³⁴ Artículo 228, Decreto 2737 de 1989

³⁵ Artículo 323, Decreto 2737 de 1989

³⁶ Artículo 288, Decreto 2737 de 1989

³⁷ Artículo 272, Decreto 2737 de 1989

³⁸ Artículo 302, Decreto 2737 de 1989

Ahora bien, como ya se advirtió, el cambio fundamental se da mediante la Constitución de 1991, donde se han integrado todos los componentes del derecho a la salud.

La adopción del Estado Social de Derecho, es el aporte que cambia radicalmente las ideas que dirigían el ordenamiento jurídico y filosófico; posteriormente, en palabras de la Corte Constitucional, esa connotación de social:

“Supera la concepción del Estado de Derecho en que las instituciones y la ley sólo garantizaban formalmente las libertades y los derechos sin la preocupación más profunda de hacer realidad el contenido material de los derechos y libertades. El Estado Social de Derecho encuentra su primera manifestación en el Estado de Bienestar como respuesta institucional a las demandas sociales, en busca de garantizar estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad³⁹”,

Bajo esta imagen, se radica en cabeza del Estado colombiano el deber de velar por el bienestar y la calidad de vida de sus habitantes. Se entiende entonces que solo se puede cumplir ese fin solucionando necesidades básicas, entre ellas las atinentes a la salud.

La Carta Fundamental se crea con dos puntos donde se toca el derecho en comento, el primero de ellos dado por el artículo 44, donde se enuncia:

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

Adicionalmente, el artículo 49 constitucional, establece que:

“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.

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T 406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón

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.”

A raíz de este articulado, puede decirse que en este momento nace en Colombia el derecho a la salud como tal, siendo reconocido el derecho a la salud de los niños en la Carta Política como un derecho fundamental que le garantiza al menor la protección preeminente ante los demás. Así lo expresa el artículo 50 de la Carta: *“Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.”*

Con respecto al anterior artículo, llama la atención el hecho de que, si bien la salud es considerada como un servicio público, al cual están obligadas las instituciones públicas y privadas, no se explica por qué el derecho a la salud de los menores de un año se limita a ser garantizado por la oferta de la red pública de servicios.

Estructuralmente, la Carta Política incluye los artículos mencionados en el Capítulo II, dedicado a los Derechos Económicos Sociales y Culturales cuya exigibilidad ha sido arduamente debatida; para una parte de la jurisprudencia y la doctrina son directrices políticas destinadas al legislador y a los gobernantes a la hora de adoptar programas y políticas públicas, pero nunca exigibles ante las instancias judiciales. Cosa que no es aplicable a los derechos de los niños.

Para la Corte Constitucional, los derechos fundamentales no son solamente los incluidos en el capítulo I del título II de la Carta, dado que, por una parte, la titulación de la Constitución no tiene carácter vinculante sino que fue establecida

simplemente con fines metodológicos, y, por otra, la naturaleza fundamental de un derecho no depende de su ubicación dentro del texto constitucional sino de otros factores⁴⁰. Por ello, el carácter de fundamental del derecho a la salud de los menores se tratara en un apartado diferente mediante el análisis de la jurisprudencia de la alta Corte.

2.3.1. Caracterización Jurídica del derecho a la salud de los menores de edad en la jurisprudencia. En este apartado, interesa desarrollar un trabajo encaminado a analizar los conceptos emitidos por la Corte Constitucional al respecto. La Corte, en su calidad de custodia principal y encargada de la defensa de la integridad de la Carta Política de 1991, ha dictado numerosos preceptos que rodean el derecho a la salud, pronunciamientos que tienen el fin de establecer las condiciones de prestación de este derecho y servicio a los grupos más vulnerables de la sociedad; entre ellos, los menores.

Para la realización de este trabajo, fue necesario establecer un conjunto de jurisprudencias de la Corte Constitucional a partir de la sentencia T-760 de 2008 y en la cual se hizo expresa referencia a la problemática de la salud de los menores de edad y en el mismo sentido, se consideró la jurisprudencia emitida en los años 2008 y 2009.

Mediante la técnica de citación de sentencias, fue posible rastrear e integrar un total de 227 sentencias que abordan las diversas aristas del derecho a la salud de los menores⁴¹, sin olvidar que una gran parte tienen que ver con el derecho a la salud para la población general. Consiguientemente, pudo establecerse, mediante la lectura individual, que 82 providencias correspondían de manera efectiva a alguno de los temas de protección del derecho a la salud de los menores.

Se recomienda observar el anexo A, en el que se detalla cuáles fallos fueron objeto de revisión, los temas que se trataron y los temas generales que surgen a partir de ellos, la relevancia de la jurisprudencia y si se quiere, los precedentes jurisprudenciales frente a un tema o casuística. Los numerales consiguientes son producto del análisis de esta matriz.

Las bases enunciadas a su vez permean todo el trabajo presente, en especial, al establecer las características del derecho aludido.

Adicionalmente, pudo concluirse que la mayor parte de las sentencias están enfocadas a la resolución de las condiciones fácticas que pueden influenciar el

⁴⁰ En la Sentencia T-002 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional sostuvo que la ubicación de un derecho dentro del texto constitucional no debe ser considerada como un criterio determinante sino auxiliar, pues lo contrario desvirtuaría el sentido garante que el constituyente de 1991 otorgó a los mecanismos de protección y aplicación de los derechos humanos.

⁴¹ Ver anexo A: Radicador de Sentencias Corte Constitucional

derecho a la salud y al establecimiento de reglas para su solución mediante la tutela. Por otra parte, la minoría de los fallos está en dirección a establecer los principios que rigen el derecho a la salud, es así que de la recopilación comentada, solamente 34 se relacionan con este tópico.

Del cúmulo citacional, se encuentra que muchas de las sentencias son reiterativas de las percepciones de la Corte y carecen de aporte teórico de relevancia, por lo que sólo se mencionan los apartes más interesantes y que han tenido continua citación y se adelanta que el pensamiento del cuerpo Colegiado en el tema ha sido uniforme desde el momento de su creación (1991). Sin embargo, en el anexo 1 se relacionan todas las jurisprudencias que fueron revisadas para el presente trabajo investigativo, así como las principales consideraciones de cada una, permitiendo observar la riqueza de conceptos o de temas que manejan, así como también los aportes reiterativos que ayudan a consolidar un núcleo de decisión en cuanto al tema de derecho sobre el que se diserta.

❖ **Definición del derecho a la salud.**

Con anterioridad se observó que a nivel internacional se define el derecho a la salud; sin embargo, el constituyente de 1991 no introdujo una definición como tal en la Carta Política y se limitó a considerarlo, en principio, como un derecho de carácter prestacional. Esto ocurrió aun cuando se trata de uno de los conceptos más álgidos por su aplicación con otros derechos. Tal relación ha creado conceptos como la conexidad con derechos fundamentales, cubriéndolo con la categoría de fundamental dependiendo de la situación fáctica en que se encuentre debatido.

Ahora bien, en la numerosa jurisprudencia que se encuentra relacionada con este derecho, puede considerarse una de las primeras sentencias emanadas por la Corte Constitucional, la providencia T-597 de 1993⁴² en la que se define el derecho a la salud es como “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, ello es consistente con lo considerado por la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. En el mismo fallo se aclara que el propósito del Estado no es garantizar la salud como un bien intangible, sino la tutela de su prestación.

El concepto no ha tenido mayores variaciones. En el pronunciamiento T-799 de 2006⁴³, se razona al respecto del derecho a la salud como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional tanto física como mental”.

⁴² M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁴³ M.P. Humberto Sierra Porto

De acuerdo a lo anterior, es necesario considerar el artículo 13 constitucional, en el que se plasma el derecho a la libertad e igualdad y la protección que merecen las personas que se encuentren en debilidad manifiesta. En ese grupo de personas se ha incluido a los menores, los discapacitados y las personas pertenecientes a la tercera edad y esa es la razón principal por la que los derechos de los menores se han considerado como fundamentales sin necesidad de acudir a la teoría de la conexidad. Este tópico se desarrollara más adelante.

❖ **El derecho a la salud de los menores es un derecho fundamental.**

Tal afirmación tiene sus cimientos en el artículo 44 constitucional que en forma determinante establece los derechos fundamentales de los menores de edad; según la sentencia T-075 de 1996⁴⁴ ello obedece “[No] sólo al reconocimiento de las condiciones de debilidad inherentes a todos los seres humanos en esa etapa de la vida, sino a que en ella se concretan los postulados del Estado Social, especialmente en cuanto se refiere al desarrollo armónico e integral del niño.” Este reconocimiento solo puede ser llevado a cabo cuando el Estado cumple con los mandamientos constitucionales que le ordenan efectivizar el derecho “en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales”⁴⁵ ya que

“[C]orresponde 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 los 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”⁴⁶

La protección del derecho a la salud de los menores tiene fundamento en que derechos como el de la salud, se constituyen en una garantía esencial de aplicación inmediata a favor de los niños que, incluso, no sólo encuentra asidero en el texto constitucional, sino que emana directamente de los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos aprobados y ratificados por el Estado colombiano, los cuales hacen parte del Bloque de Constitucionalidad en sentido estricto⁴⁷; esta concepción puede verse de manera más profunda cuando la Corte afirma que la especial protección que la Constitución les confiere a los niños y a las niñas refleja de manera clara la necesidad de la sociedad colombiana de proporcionarles las condiciones adecuadas para su desarrollo integral. Una

⁴⁴ M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁴⁵ Ibídem

⁴⁶ Inciso segundo del artículo 49 C.P.

⁴⁷ Ver Sentencia T-212 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

sociedad que no repara en la importancia de garantizar que sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro. Justamente por esa razón la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los niños y de las niñas⁴⁸.

Las anteriores ideas, son reiteradas a lo largo de la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, en algunos casos, los conceptos de la Corte ligan el derecho fundamental a la salud de los menores al derecho a la vida⁴⁹. En ese orden, la jurisprudencia ha considerado que la dimensión de tal derecho, en realidad no está confinada a esta relación, por el contrario, para la Corte, *“la viabilidad de la acción de tutela para protegerlos (el derecho a la seguridad social y a la salud de los niños), (...) procede directamente y no, como sucede en otros casos, exclusivamente cuando su amenaza o vulneración afectan derechos fundamentales como la vida y la integridad personal.”*⁵⁰ Así mismo, el dictamen dado por la providencia T-903 de 2005⁵¹, entre sus consideraciones afirma que *“se debe dar protección especial a la salud de los menores, por cuanto los derechos de los mismos prevalecen sobre los demás, sin que para ello requiera estar en conexidad directa con el derecho fundamental a la vida”*. En la sentencia T-225 de 2007⁵², al considerar el caso de un menor y su derecho fundamental a la salud debido a que padecía encefalopatía hipoxica-isquémica, el Alto Tribunal, retoma lo expuesto y defiende de nuevo el carácter de fundamental del derecho a la salud en tratándose de menores y alega que *“cuando se trata de menores de edad, por su condición de vulnerabilidad en que se encuentran es en sí mismo un derecho fundamental de manera autónoma”*. Así mismo, se complementa lo dicho mediante la Sentencia SU-819 de 1999⁵³, donde se reafirma que *“el derecho a la salud es fundamental respecto de menores (...) en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente”*.

La sentencia C-157 de 2002, diserta acerca de la condición de prevalencia de los derechos de los menores, la cual se aplica en un escenario de conflicto de derechos, esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de

⁴⁸ Ver Sentencia T-576 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁴⁹ Ver Sentencia T- 421 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁵⁰ Ver sentencia T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. y T-1346 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁵¹ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁵² M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁵³ M.P. Álvaro Tafur Galvis

otra persona. Para el Cuerpo Colegiado, en este caso específico, si no es posible conciliar los derechos enfrentados, el derecho a la salud de los menores deberá prevalecer sobre cualquier otro derecho. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos, suficientes para que la protección al derecho sea necesaria.

❖ **El derecho a la salud de los menores es autónomo.**

El criterio de autonomía del derecho en comento, fue considerado desde tempranas épocas de la Corte, prueba de ello es la Sentencia T-068 de 1994⁵⁴, donde se considera: *“tratándose de los niños, la salud adquiere el carácter de derecho fundamental principal, por expreso mandato de la Constitución”*, y que la misma Carta eleva, en consecuencia, tal derecho a un rango prevalente sobre los derechos de otros, en razón de la esperanza que los niños representan para el futuro de la sociedad y por considerar que son especialmente débiles y vulnerables. La Corte continúa diciendo: *“a la luz de la jurisprudencia de esta Corte, fundada a su vez en el artículo 44 de la Carta Política, los derechos a la salud, a la seguridad social y al adecuado desarrollo físico y mental del niño son para los menores verdaderos derechos fundamentales, susceptibles, por ello, de ser reclamados por la vía de la tutela”*⁵⁵.

Es entonces conveniente mencionar que el derecho a la salud de los niños se encuentra caracterizado jurisprudencialmente por

“[U]nos requisitos esenciales que no se pueden soslayar. Se trata de un derecho prevalente, incondicional, limitado y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. Prevalente, porque dada la indefensión en que se encuentran los niños, el Estado, mediante una protección especial, tiende a suplir esa deficiencia.

Ese es el sentido del artículo 13 superior, cuando establece que el Estado brindará especial protección a las personas que se encuentren en estado de desprotección por su debilidad manifiesta; de este modo, cuando la Carta Política señala en el artículo 44 que el derecho de los niños es prevalente, de una u otra manera está compensando, equitativamente, a los débiles, con lo cual se reafirma la justicia social que inspira el ordenamiento constitucional colombiano. Incondicional,

⁵⁴M.P. José Gregorio Hernández Galindo

⁵⁵ Este criterio fue reiterado por la Sentencia T-514 de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

porque es un enunciado categórico, no hipotético. Como es un deber irrenunciable, se traduce en un derecho incondicional, es decir, siempre válido, y, por ende, con perpetua vocación de eficacia. No hay, pues, argumento que justifique la no actuación del Estado ante la enfermedad grave de un infante desprotegido. Una de las características del Estado Social de Derecho es, sin duda, que no se limita a reconocer los derechos fundamentales, sino que tiende a hacerlos eficaces⁵⁶”

El concepto del estado de indefensión también ha sido producto de la jurisprudencia, la sentencia C-664 de 2006 considera que en el origen de la situación de indefensión de este grupo de personas, están, entre otras razones, la falta de madurez física y mental de los niños, tal circunstancia los hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos, y que hacen imprescindible la adopción de medidas de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Es más, para la Corte, aún por fuera del caso específico de la salud, en términos generales los niños y las niñas son sujetos constitucionales de protección especial y merecen, en consecuencia, un especial cuidado en todos los ámbitos por parte del Estado, la sociedad y la familia⁵⁷.

Como colofón de las ideas desplegadas, se establece que los derechos de los niños son fundamentales por la expresa voluntad de la Constitución, por esta razón, la acción de tutela procede sin que sea necesario recurrir a la teoría de la conexidad con otro derecho que le transmita esa propiedad⁵⁸.

❖ **El concepto del núcleo esencial del derecho a la salud de los menores.**

Para armonizar los diversos intereses en conflicto, el Alto Tribunal precisó que los derechos fundamentales de carácter prestacional tienen un doble contenido. En primer lugar, se componen de un núcleo esencial mínimo, no negociable en el debate democrático, que otorga derechos subjetivos directamente exigibles mediante la acción de tutela. En segundo término, se integran de una zona complementaria, que es definida por los órganos políticos atendiendo a la disponibilidad de recursos y a las prioridades políticas coyunturales. El núcleo esencial de los derechos, que no es negociable políticamente es aquel que tiende a la satisfacción de las necesidades más básicas del titular de cada derecho⁵⁹.

⁵⁶ Sentencia T-165 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

⁵⁷ Sentencia T-037 de 2006, M.P. José Cepeda Espinoza

⁵⁸ Sentencia T-286 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz

⁵⁹ El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, Defensoría del Pueblo, 2003

Como concepto del núcleo esencial de un derecho, la Corte, considera que es la esencia misma del bien jurídico protegido. En el caso de la salud, afirma que esta noción consiste en “(...) *las facultades orgánicas y funcionales del ser humano, necesarias para vivir. Es decir, el mínimo de condiciones de bienestar que se requieren en la vida, en el sentido de la existencia biológica, y por extensión la espiritual*”.

Estas ideas, al ser evaluadas en el plano de la realidad fáctica, en palabras de la Corte, necesitan apreciarse con base en tres criterios, que son exigencias para la garantía del derecho a la salud de los menores mediante la acción de tutela. Estos escenarios son necesarios para evaluar los casos concretos; esto es, (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 socialización⁶⁰.

En el momento en que las circunstancias demuestran una clara y contundente amenaza o violación, ponen en peligro el derecho a la salud de los menores y más específicamente, vulneran el núcleo esencial del derecho a la salud, entonces es necesaria la protección inmediata. Por ende;

“[E]l derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”⁶¹

La guardiania de la carta fundamental complementa este pensamiento cuando expresa que:

“(...) ante la gravedad que para el Estado representa la lesión del derecho fundamental de un infante, o su amenaza, tiene que ampararse inmediatamente al sujeto, no sólo en virtud de su indefensión, sino por el interés especial que recae sobre los niños, por múltiples factores, como son la esperanza que se tiene en ellos, y porque la mayor inversión que puede hacer un Estado es en el

⁶⁰ Sentencia SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶¹ Sentencia SU-819 de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis

*fortalecimiento de su material humano, sobre todo en su infancia y su juventud*⁶².

❖ El interés superior del menor.

Habiendo disertado acerca de los derechos fundamentales del menor, cabe preguntarse de donde deriva tal status protector. La razón es la que se ha denominado como “interés superior del menor”, cuyo fundamento está en la misma Constitución (Art. 44), de donde se afirma que el reconocimiento constitucional de estos derechos emana de la convicción del Constituyente acerca del valor y la fragilidad de los niños, por lo cual, correlativamente a tales derechos, impone *“la obligación familiar, social y estatal de prodigarles asistencia y protección*⁶³”. La definición jurisprudencial ha sido que el interés superior del menor, consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad.

Siguiendo las ideas anteriores, el interés superior del menor, se definió en la sentencia T-408 de 1995⁶⁴, como un concepto de suma importancia, cuyas bases científicas derrocaron la concepción anterior que se tenía con respecto a los menores en el pasado, considerándolos como “menos que los demás” y pasando a ser personas cuyo valor es trascendental para el desarrollo social. En el mismo pronunciamiento, la Corte, caracterizó el interés superior del menor diciendo que es

“(1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor.”

Lo anterior se ratificó por las Sentencias T-514 y T-556 de 1998⁶⁵, al considerarlo

⁶² Sentencia T-165 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Meza

⁶³ Sentencia T-531 de 1991 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁴ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁵ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

“[U]n principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad”.

Como se ve, los derechos en comento se encuentran protegidos por un principio básico que busca su protección a la mayor escala posible, evitando los obstáculos que puedan presentarse respecto de la ley o de las circunstancias cotidianas que los vulneren; es así que en materia del derecho a la salud, se tiene la protección prominente que se les debe brindar al reconocer las prestaciones médicas necesarias para garantizar el derecho y en sí, el cúmulo de protecciones que en el confluyen.

❖ **Circunstancias de debilidad manifiesta.**

Estas circunstancias se refieren a las condiciones fácticas de los seres humanos, escenarios que se encuentran por fuera del ámbito de su accionar y que afectan de manera grave sus condiciones de vida; en la Sentencia T-850 de 2002⁶⁶, se expresa:

“[Así], resulta indispensable que el Estado proteja de manera directa y eficaz a aquellas personas a quienes sus condiciones físicas o mentales les imponen barreras o las aíslan drásticamente, impidiéndoles desarrollar sus actividades diarias fundamentales de manera funcional, ubicándolos en condiciones de debilidad manifiesta (C.N. art. 13), y debido a sus circunstancias, carecen de la capacidad para proveerse por sí mismas las prestaciones necesarias o en general para afrontar autónomamente su condición. Por lo tanto, ciertas prestaciones de salud adquieren un carácter fundamental como consecuencia del deber estatal de proteger la vida (C.N. arts. 2º y 11) de manera integral, en consonancia con el valor de la dignidad humana (C.N. art. 1º). Esta protección resulta exigible especialmente tratándose de “aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta” (C.N. art. 13 inc. 3º).”

⁶⁶ M.P. Rodrigo Escobar Gil

Estas condiciones son tocadas de manera especial para el caso de los menores. La Corte Constitucional en Sentencia T-137 de 2006⁶⁷ dijo: “[L]a mitigación de la debilidad manifiesta en la que se encuentran los menores se traduce en una protección especial por parte del Estado a esa fracción poblacional y, en una concesión de validez a todas aquellas acciones y medidas ordenadas, precisamente, a paliar esa debilidad en que se encuentran por su misma naturaleza.”

Por las anteriores razones, cuando estos escenarios se presentan y afectan la garantía del derecho a la salud de un menor de edad, es deber del Estado y de los jueces, valorarlas y dar la protección adecuada al derecho, ya que en la persona que confluyen estas dos realidades, se enmarca un ser humano cuya vulnerabilidad es alta, razón por la que la protección que se le extienda debe ser inmediata y dirigida a que las garantías constitucionales sean reales. Es el caso evidente de los menores que padecen enfermedades catastróficas y de alto costo, cuyos medios económicos son mínimos, o el reiterado caso de los menores con síndrome de Down y una variopinta clase de patologías que los afectan de manera absoluta e irrecuperable.

❖ **Derecho a la salud de los menores en conexidad fáctica con otros derechos.**

La teoría de la conexidad es una idea que se trabajó desde temprano por la Corte Constitucional, pese a que se aplica a varios derechos. El caso más relevante es el presentado por el derecho a la salud consistente en un criterio mediante el cual, previa a la evaluación fáctica de los hechos que rodean la posible vulneración de un derecho, considerado en principio, sin carácter de fundamental, es posible identificar una profunda relación con un derecho fundamental, que según la Corte, no se pueda afectar el uno sin afectar el otro, por lo cual se concluye, que el carácter de fundamentalidad de uno de los derechos se trasmite al otro, convirtiéndose en un puente indeleble y por ende, permitiendo que la garantía de protección que se le ofrece a uno de los derechos, sea la misma para el otro.

Sin embargo, esta teoría, como se dijo con anterioridad, no es aplicable en el caso del derecho a la salud de los menores, para obtener una garantía efectiva del derecho, pero ello no puede negar la relación existente y que más continuamente se manifiesta, y es la que hay entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, encontrando el hecho de que, aun cuando se hallan diferenciados legalmente, fácticamente el uno no sobrevive sin el otro. Este postulado es confirmado por el fallo T-036 de 2006⁶⁸, al decir

⁶⁷ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁶⁸ M.P. Jaime Córdoba Triviño, esta sentencia reitera el criterio expresado en providencias antecedentes como la T-1019 de 2002, T-414, T-421, T-972 de 2001, T-046, T-887 de 1999 entre otras.

“[L]o pretendido por el artículo 44 de la Constitución Política es proteger de manera especial y preferente a los niños frente a la posible afectación de sus derechos fundamentales, ello significa que ante situaciones que representen peligro para un menor, el juez constitucional está en la obligación de actuar bajo el postulado de la primacía de sus derechos y en el entendido que para el caso del derecho a la salud este se constituye en fundamental sin necesidad de establecer algún tipo de conexidad”.

Ello que se complementa con la Sentencia SU-819 de 1999⁶⁹, al decir que

“[E]l derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en el desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños”

Para la Corte, la única relación que puede observarse, como una garantía adicional al derecho a la salud, se da en la Sentencia T-067 de 1994, en la que se analiza el caso de un menor de edad, con un padecimiento neurológico desde el momento de su nacimiento, cuyo tratamiento consistía, además de la revisión periódica, en su sometimiento a terapias que resultaron ser fundamentales para el progreso de su salud pero que fueron abruptamente suspendidas por la E.P.S. Esto se evidencia al momento de llevar a cabo la salvaguarda del derecho a la salud, para que se produzca una garantía del derecho a la vida cualificado, y en relación con este punto la Corte se pronunció de la siguiente manera, *“el concepto de vida que la Constitución consagra no corresponde simplemente al aspecto biológico, que supondría apenas la conservación de los signos vitales, sino que implica una cualificación necesaria; la vida que el Estado debe preservar exige condiciones dignas”⁷⁰.*

❖ **El derecho a la salud de los menores de 1 año.**

En el considerado que los menores son un grupo social sumamente vulnerable, es necesario pensar que dentro de este grupo existen personas con mayor fragilidad en razón de su edad e indefensión, los niños menores de 1 año, en cuya etapa demandan los mayores cuidados para su fortalecimiento y desarrollo de la potencialidad que cada ser humano guarda, lo que hace necesaria toda la

⁶⁹ M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁷⁰ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

atención y protección. En ese pensamiento, el Constituyente consagró el artículo 50, donde se ordena la protección especial a los menores pertenecientes a este grupo.

Pese a lo anterior, la Corte Constitucional ha revisado numerosos casos en los que se presenta el quebrantamiento a este mandato, haciendo necesaria su intervención con el propósito de corregir el desmedro en que se incursiona por parte de las entidades encargadas de prestar el servicio de salud. Se analiza el caso presentado por la Sentencia SU 225 de 1998⁷¹, en el que cuatrocientos dieciocho (418) padres de familia, en nombre y representación de sus hijos menores de edad, entablaron acción de tutela contra el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud de Santa Fe de Bogotá, D.C., ya que según los actores, las mencionadas autoridades públicas vulneraron los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la seguridad social de sus hijos, al no suministrarles, en forma gratuita, la vacuna contra los virus que producen las enfermedades conocidas como meningitis Meningococcica y meningitis por HaemophilusInfluenzae.

En esa oportunidad, la Corte consideró que no era posible que se desconociera la protección que el mismo constituyente consagró a favor de los niños, (Art. 44 C.N.) y de manera especial, a los menores de 1 año (Art. 50 ejusdem), cuando las prestaciones demandadas hacían parte del núcleo esencial del derecho a la salud. Para la corporación, no puede permitirse una interpretación restrictiva del derecho, es decir, que se considere que la protección del artículo 50, sólo obliga a las entidades a prestar el servicio a los menores de 1 año. Por el contrario,

“[M]utar el propósito loable de la norma (Art. 50 C.N.) - que complementa lo prescrito por el artículo 44 de la Carta -, y, en su lugar, interpretarla como limitante absoluta de los derechos de los niños mayores de un año, negando que forme parte del núcleo esencial de su derecho a la vida y a la salud, prestaciones tan esenciales como la vacunación que les sirve para conservar su vida, salud e integridad física y que no significan atención integral sino precisa y puntual, desconoce de manera radical la justicia constitucional que la Carta contempla con carácter general para todos los niños.”

En el régimen subsidiado de salud, es de utilidad considerar lo que la Corte ha dicho respecto de la prestación de servicios en salud a los que se encuentran obligadas las entidades encargadas de la administración de los recursos del sistema:

⁷¹ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

“[L]as entidades prestadoras, promotoras y administradoras de salud, en cuanto reciben aportes del Sistema de Seguridad Social son las primeramente obligadas a brindar asistencia médica a los recién nacidos, hijos de sus afiliadas –durante el primer año de vida -, salvo que a tiempo del alumbramiento la atención del pequeño haya sido asignada a otra institución del Sistema y se encuentre por ende garantizada⁷²,

Adicionalmente, se aclara que

“[U]na consecuencia directa de esa protección constitucional a los niños menores de un año es justamente que la prestación del servicio de salud no puede atarse o depender de la afiliación o no directa del niño a una entidad prestadora del servicio de salud, pues justamente por su situación de indefensión y vulnerabilidad tienen derecho a una atención gratuita⁷³”.

❖ **La protección del derecho a la salud del menor discapacitado.**

En estas personas confluyen dos de los criterios para considerarlas merecedoras de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia: la minoría de edad y la discapacidad. En los numerosos casos analizados, se encuentra que la gran mayoría de discapacidades son presentadas como enfermedades cuya curación o cuando menos, tratamientos paliativos, están relacionados con enfermedades incapacitantes de por vida, como es el caso del síndrome de Down, entre otras.

El criterio que ha tenido la Corte, es brindar el máximo tratamiento con el fin de lograr la adaptación del menor al medio y en la medida de lo posible, su independencia para realizar las actividades cotidianas, tales como vestirse y alimentarse de manera autónoma. Bajo este marco, ha dicho

“[E]l derecho a la salud de los niños se erige como un derecho fundamental, y que tratándose de menores con discapacidad el Estado se encuentra obligado a ofrecer un tratamiento integral, encaminado a lograr la adaptación social del niño. En este sentido, debe ofrecerse al menor lo que esté al alcance con el fin de obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta, además, que en este proceso median aspectos médicos y educativos, como ocurre en los casos de niños autistas o que padezcan Síndrome de Down⁷⁴”.

⁷² Sentencia T-953 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis

⁷³ Sentencia T-950 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁷⁴ Sentencia T-518 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

En cuanto al tipo de servicio del que deben gozar las personas que se encuentran en estas circunstancias, la Corte dice:

“[A] los niños discapacitados hay que darles el servicio eficiente, integral, óptimo en tratamiento y rehabilitación para que mejore las condiciones de vida, valor éste que está en la Constitución y es una facultad inherente a todos los seres humanos, con mayor razón a aquellos que padecen enfermedades y no ofrezcan perspectiva de derrota de la dolencia. De todas maneras son seres humanos que tienen derecho a encontrarle un sentido a la vida. Y una manera para neutralizar la impotencia frente a las circunstancias es facilitar cuestiones elementales como por ejemplo crear en ese ser humano comportamientos efectivos de dignidad y autodefensa⁷⁵”

De otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia, debe garantizarse la accesibilidad del derecho a la salud a una persona que se encuentra limitada físicamente. En palabras de la corte, en este caso, *“la accesibilidad implica la superación de todo entorno hostil, lleno de obstáculos”*. Obstaculizar el acceso significa una afectación al derecho de igualdad, porque, como lo dice el Concepto europeo de accesibilidad: *“todas las personas tienen el mismo derecho a participar en actividades dentro del entorno construido”*; de la misma manera, se encuentra involucrado el principio de eficiencia, siendo uno de los postulados inspiradores del sistema de salud; dentro de él está contenida la continuidad en el servicio de salud, porque debe prestarse sin interrupción. Lo anterior implica que las prestaciones de salud no pueden ser suspendidas.

Adicionalmente a lo anterior, la Corte considera que el derecho a la salud de las personas con discapacidad debe prestarse de tal manera que la atención sea pronta, eficiente y eficaz.

La Corporación ha entendido que la prestación eficaz del servicio de salud está estrechamente conectada con la continuidad en su oferta, que supone, a la vez, la prestación sin interrupciones, permanente y constante del servicio⁷⁶.

En desarrollo de lo anterior, la alta corporación ha mencionado:

“[E]n los casos en que está de por medio la salud de un niño, independientemente de la edad que tenga, por el sólo hecho de ser un menor tiene derecho a recibir una atención adecuada y de forma regular por parte de las entidades que tienen a su cargo esa función,

⁷⁵ Sentencia T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁷⁶ Sentencia T-576 de 1998, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

sin dilaciones injustificadas, pues, de lo contrario, se vulneran los derechos fundamentales del niño al no permitirle el acceso efectivo a la prestación del servicio de salud que demanda⁷⁷”

2.3.2. Caracterización fáctica del derecho a la salud de los menores de edad en la jurisprudencia. Las siguientes circunstancias presentadas por la prestación del derecho a la salud, son relevantes porque deben tomarse en cuenta al momento de decidir una sentencia por parte del juez, ya que de su análisis puede desviarse su voluntad jurídica en uno u otro sentido y, en un gran porcentaje de las situaciones observadas, alguno o varios de los condicionantes que se describen a continuación, son fundamentales para lograr una decisión ecuaníme con la realidad, objetivo mismo de la justicia.

❖ **Legitimación para ejercer la defensa del derecho a la salud de los menores.**

Ahora bien, como se ha expuesto, el derecho a la salud de los menores es un derecho fundamental de manera autónoma, sin necesidad de encontrarse ligado a otro derecho que le confiera esa característica, y lo es porque el legislador le otorgó tal carácter desde la Constitución de 1999 al haber sido coherente con los tratados internacionales que le reconocían dicho status desde tempranas épocas del siglo XX.

En el momento en que las situaciones fácticas amenazan o transgreden este derecho, es posible invocar la defensa que construyó el constituyente en el artículo 86 de la Carta Fundamental colombiana, donde se le da a cualquier persona la posibilidad de ejercer esta acción como protección ante las circunstancias antedichas y hacer valer mediante la intervención de la justicia constitucional sus derechos fundamentales.

En la mayoría de los casos de peligro o quebrantamiento de los derechos, quien es su propietario es el llamado a ejercer su custodia, pero en el caso de los niños, en principio, su minoría de edad les impediría el acceso *motu proprio* a la justicia. Para solucionar este interrogante es dable acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional a fin de observar el concepto, que en derecho se denomina *legitimación por activa para ejercer la acción* y la cual es requisito esencial para la procedencia de la misma.

De acuerdo con el artículo 44, toda persona se encuentra legitimada para ejercer la defensa de los derechos fundamentales de los niños. Así, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte:

⁷⁷ Sentencia T-417 de 2007 M.P. Álvaro Tafur Galvis

“[E]l trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia⁷⁸”.

De este modo, tomando en consideración la posibilidad de que toda persona sea actor de la acción que busca la defensa del derecho, pueden configurarse escenarios en los que se desarrolla dicha acción. En la Sentencia T-492 de 2007⁷⁹ se señalan las posibilidades de configuración, así, *“(i) en forma directa, (ii) por medio de un representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y los interdictos), (iii) a través de un apoderado judicial o (iv) por intermedio de un agente oficioso”.*

En el último caso, siendo común que quien presente la acción no sea el representante legal, prepondera la agencia oficiosa. En este caso, la Corte Constitucional en Sentencia T-540 de 2006⁸⁰, donde reflexiona acerca de esta figura legal, afirma que *“si se trata de agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de manifestar en la solicitud de tutela que el afectado en su derecho fundamental no está en condiciones de promover su propia defensa, aparte de que ello es obvio tratándose de los niños”.* En consecuencia, con respecto a la protección de los derechos fundamentales de los niños, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.

❖ Justiciabilidad de prestaciones médicas excluidas del POS.

El tema posee abundante jurisprudencia que explica el escenario constitucional en el que se desarrolla la prestación de servicios médicos, en particular los que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud y Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, en adelante POS y POSS respectivamente. En ese orden de ideas, el total de sentencias que se encontraron coincidentes en el tema es de 47 fallos emitidos por la Corte Constitucional.

Las acciones de tutela no sólo se promueven por estos servicios, sino que también se consideran los servicios que, pese a que se encuentran incluidos en el POS y

⁷⁸ Sentencia T-143 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁷⁹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁸⁰ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

POSS, son negados por las EPS, haciendo falsa la prestación del servicio de salud y por ende, la garantía del derecho a la salud.

Tal escenario ha obligado a que se llegue a considerar en numerosas jurisprudencias, el estado inconstitucional de cosas, y en sí, dejar pasar una situación tan alarmante, desde el máximo órgano que defienden los derechos fundamentales en Colombia. Para remediar la situación, la Corte ha sido enfática y arduamente reiterativa en considerar ciertas reglas que se han consolidado a lo largo de la existencia del alto tribunal. Se trata de reglas para la prestación del derecho a la salud, en los casos de exclusión de servicios del POS y POS-S.

Para llegar a las siguientes reglas, la Corte Constitucional las consideró por separado en varias sentencias y sólo hasta la T-1204 de 2000, con ponencia del Doctor Alejandro Martínez Caballero fue posible consolidarlas; se tiene entonces, que para la prestación de un servicio no incluido en el POS y POSS, debe observarse que:

1. La falta del tratamiento vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere;
2. Ese tratamiento no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS;
3. El interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la E.P.S. se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y
4. El tratamiento ha sido prescrito por un médico adscrito a la E.P.S. de quien se está solicitando dicho tratamiento.

Sin embargo, se tiene precedentes en una anterior jurisprudencia, la Sentencia T-286 de 1998⁸¹, que presenta un esbozo más amplio de las reglas que se han depuesto, al decir:

“En primer lugar, la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, debe amenazar los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado, pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos. En segundo lugar, debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del

⁸¹ M.P. Fabio Morón Díaz

paciente. En tercer lugar, que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios pre pagados, etc.). Y finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.”

Estas reglas se han reiterado en numerosas jurisprudencias, teniéndose que el cumplimiento de estos requisitos desembocan en lo que la Corte denomina “Excepción de inconstitucionalidad”, la cual opera en razón del artículo 44 Constitucional, es decir, por el carácter fundamental del derecho a la salud de los menores, siendo superior su aplicación a la que determina la ley que rige las prestaciones y exclusiones del POS Y POSS. Así lo confirma el fallo T-640 de 1997⁸², cuando dice:

“[S]i bien, la cobertura de la seguridad social del Estado, con la participación de los particulares, constituye un proceso en continua expansión, según lo determinen las políticas sociales y económicas de aquél, no puede ignorarse que cuando se trata de derechos fundamentales, como es el caso de la salud y de la seguridad social de los niños, el legislador tiene como límite de su acción la necesidad de asegurar su respeto y efectiva vigencia. De ahí, que no sean válidas desde la perspectiva constitucional las exclusiones o limitaciones a los servicios que proporciona el Plan Obligatorio de Salud, cuando se afectan los referidos derechos.”

❖ **El derecho a la salud en relación con el derecho al diagnóstico.**

Inicialmente, este derecho se encuentra envuelto en el derecho a la salud, haciendo parte de la garantía que se tiene en torno a este derecho y siendo necesario para establecer el estado de un paciente; se ha definido como

“la seguridad de que, si los facultativos así lo requieren, con el objeto de precisar la situación actual del paciente en un momento determinado, con miras a establecer, por consecuencia, la terapéutica indicada y controlar así oportuna y eficientemente los males que lo aquejan o que lo pueden afectar, le serán practicados con la prontitud necesaria y de manera completa los exámenes y pruebas que los médicos ordenen⁸³”.

⁸² M.P. Antonio Barrera Carbonell

⁸³ Sentencia T-364 de 2002, M.P.

Ahora bien, el fundamento de este derecho se encuentra en dos razones: (i) el deber que tienen las entidades responsables de prestar servicios de salud de determinar el estado de salud de sus usuarios, con base en el principio de calidad en la prestación del servicio de salud; y, (ii) garantizar el cumplimiento del requisito jurisprudencial relativo a que las órdenes dadas en sede de tutela tengan un respaldo médico.

En cuanto a la primera razón, fue desarrollada por la jurisprudencia en el año 2008, mediante la Sentencia T-1080, donde se expuso:

“Forma parte del principio de calidad en la prestación del servicio de salud, la exigencia de especificar desde el punto de vista médico, la condición de salud de los afiliados al sistema. Así, existe en estricto sentido, un derecho al diagnóstico, cuyo contenido normativo se refiere a que las empresas prestadoras del servicio están obligadas a determinar la condición médica de sus usuarios. Si no fuera así, ¿de qué otra manera se configuraría un derecho a determinadas prestaciones en salud? Éstas surgen de una calificación médica. Forma parte de los deberes de quienes prestan el servicio, emitir estas calificaciones, sin las cuales no podría existir prescripción médica alguna que soportara la necesidad de una prestación (medicamento o tratamiento). El servicio de salud no podría prestarse de manera satisfactoria, atendiendo el principio de calidad, si no existiera la obligación de emitir un diagnóstico médico del estado de salud de los afiliados”

Por otra parte, se encuentra que el respeto a este derecho permite la garantía de otros, lo que puede colegirse del concepto de la corte cuando afirma que

“El aplazamiento injustificado de una solución definitiva a un problema de salud, que supone la extensión de una afección o un malestar, vulnera el principio del respeto a la dignidad humana y el derecho fundamental a la vida, el cual no puede entenderse como una existencia sin dignidad. En esta medida, la demora injustificada en el diagnóstico y, por consiguiente, en la iniciación de un posible tratamiento que logre el restablecimiento de la salud perdida o su consecución, atenta contra los derechos a la salud en conexidad con la vida.”⁸⁴

Además, se tiene que la garantía del derecho a la salud, no solo opera cuando una persona ya padece un mal, por el contrario, la Corte ha dicho “[N]o puede oponerse como excusa válida para negarse a la realización de los exámenes de

⁸⁴ Sentencia T-862 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz

diagnóstico el no estado de gravedad del paciente, porque se desconocería que uno de los fines de la medicina es la prevención del agravamiento de las enfermedades⁸⁵."

Esta circunstancia, común en las peticiones, debe evaluarse siempre que se presente la oportunidad de decidir acerca de un examen que busque establecer las condiciones de salud de un paciente o profundizar en la dolencia con el fin de lograr un mejor tratamiento. Muchos de los galenos ordenan este tipo de exámenes con el objetivo expresado y sin embargo, las entidades se niegan a la autorización con escudo en la misma norma legal que permite la prestación del servicio de salud, olvidando que el derecho no puede verse truncado por la ley cuando es la misma Constitución la que ordena la protección de los derechos de los pacientes, entre ellos, el conocer de su enfermedad y recibir el tratamiento adecuado, cosa que rara vez ocurre.

❖ **Capacidades económicas de los pacientes.**

Siendo el tema más crítico que se presenta dentro del servicio que se presta en aras de garantizar el derecho a la salud, se han suscitado numerosas críticas y debates, llegando a considerarse que el derecho a la salud se ha convertido en una mercancía que se agrega al inmenso mercado de productos y al que sólo tienen derecho las personas cuya capacidad económica da abasto para que sus patrimonios soporten los gastos que demanda una patología. En un mundo donde las enfermedades se convierten en epidemias y cada día evolucionan hasta volverse males incurables que aquejan a las personas de por vida, el derecho a la salud se liga cada día de forma entrañable con el derecho a la vida, hasta llegar al punto de no encontrar línea que los divida; tales derechos entran en constante confrontación con las capacidades económicas de los pacientes y sus familias, quienes se ven en la mayoría de ocasiones indefensos ante las patologías, que no distinguen capacidad de pago. Lo anterior no obsta para que se cumpla el debido respeto al derecho constitucional a la vida en las situaciones en las que se presenta ligado al derecho a la salud (claro está que la línea divisoria de estos derechos aún no ha podido ser observada) y de la misma manera, cuando el derecho a la salud es autónomo, no sin antes considerar la controversia que se presenta con las entidades administradoras del sistema y los recursos mismos del Estado, que muchas veces se muestran insuficientes para cubrir todas las contingencias negativas que afectan la calidad de vida de la población colombiana.

Para remediar esta problemática la Corte ha establecido unas reglas consolidadas en la Sentencia T-819 de 2003⁸⁶:

⁸⁵ Sentencia T-260 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz

⁸⁶ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

“(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos excluidos del POS; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad.”

Estas reglas a su vez, tienen desarrollos jurisprudenciales. Frente a la primera regla, es decir, el tema probatorio acerca de la incapacidad económica, es necesario considerar dos supuestos fácticos: (i) que el accionante no tenga la capacidad económica para sufragar los gastos y (ii) que el accionante tenga los recursos, pero que ellos estén destinados a la manutención propia y de su familia; este punto se articula con el principio de proporcionalidad de las cargas y con el de gastos soportables; en consonancia, la Corte ha dicho que *"El requisito jurisprudencial expuesto sobre la insuficiencia de recursos económicos no se considera insatisfecho por el simple hecho de que el afectado tenga algún ingreso, sino que debe acreditarse que éste es suficiente para sufragar el valor del tratamiento o fármaco requerido y, a su vez, permite financiar las demás condiciones materiales necesarias para garantizar la subsistencia."*⁸⁷

Respecto de la tercera regla, la Corte ha sido reiterativa al considerar que no hay tarifa legal para considerar probado el hecho de no poseer los recursos económicos y que tal afirmación en muchos de los casos se convierte en una

⁸⁷ Sentencia T-883 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

negación indefinida, por lo cual no hay necesidad de prueba alguna por la parte accionante; sino que por el contrario, le corresponde a la entidad que se acciona el probar la capacidad económica⁸⁸; para la Corte, *“la afirmación que en este sentido haga el accionante, será tenida como válida y será prueba suficiente, siempre y cuando el demandado no la controvierta”*⁸⁹. Además, deberá apreciarse que otros *“[H]echos como el desempleo, la afiliación al sistema de salud en la calidad de beneficiario, ingresos mensuales de un salario mínimo, la clasificación en los niveles I y II del Sisbén, son indicativos de la incapacidad económica de los accionantes”*⁹⁰.

Numerosos problemas se presentan al momento de debatir la capacidad económica. Entre los más recurrentes esta la capacidad de pago de cuotas moderadoras y copagos; y en el sistema contributivo, la cotización de semanas mínimas para tener derecho a acceder a tratamientos de alto costo. Estas dificultades se ven agravadas al momento en que por ser necesarios los tratamientos con tal urgencia, *“sin ellos se verían afectados los derechos constitucionales fundamentales mencionados y, no obstante, con el argumento de cumplir la legislación (...), las Empresas Promotoras de Salud les niegan la atención médica necesaria”*; en esos casos, para el Alto Tribunal;

*“[N]o cabe duda de que los derechos fundamentales de las personas priman sobre cualquier otro tipo de derechos y cuando el conflicto anteriormente descrito se presenta, esta Corporación ha sido enfática y clara en la decisión de protegerlos, inaplicando para el caso concreto la legislación y ordenando la prestación de los servicios excluidos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política, pues ni siquiera la ley puede permitir el desconocimiento de los derechos personalísimos de los individuos y, cuando so pretexto de su cumplimiento se atenta contra ellos, no solamente es posible inaplicarla, sino que es un deber hacerlo”*⁹¹

Además,

“[C]uando una persona requiera un tratamiento médico con urgencia, y no pueda acceder a éste, por no tener capacidad económica suficiente para pagar los copagos, las cuotas moderadoras, las cuotas de recuperación o el porcentaje equivalente a las semanas de cotización faltantes, se deberá aplicar directamente la Constitución Política y la entidad territorial, la ARS, o la EPS, según sea el caso, deberá

⁸⁸ Al respecto puede revisarse la Sentencia T-744 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y la Sentencia T-881 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería

⁸⁹ Sentencia T-1019 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra

⁹⁰ Sentencia T-867 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁹¹ Sentencia T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

prestarle oportunamente el servicio, en aras de proteger sus derechos fundamentales⁹²”

Por otra parte, para muchas empresas prestadoras, el pago de cuotas moderadoras y copagos, se ha convertido en un requisito que está por encima del derecho a la salud. Ante esta situación, abiertamente contradictoria de los principios del Estado Social de Derecho, la Corte considera que

“La incapacidad financiera de una persona para cancelar las cuotas de recuperación no es razón suficiente para que no reciba un tratamiento o procedimiento médico, de presentarse esta extralimitación de la exigencia se vulnerarían los más altos postulados del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos⁹³.”

Respecto del derecho a la salud de los menores, en los casos en que se presentan este tipo de situaciones, la Corte ha dicho que los pagos que sean necesarios para la prestación del Derecho a la Salud,

“[N]o pueden convertirse en una barrera para que las personas que no cuentan con los recursos económicos para cubrirlas puedan recibir un tratamiento médico, de tal manera que de existir una controversia alrededor de este asunto, ésta debe dirimirse a favor de la protección de los Derechos fundamentales. Lo anterior adquiere mayor importancia, como se verá en concreto frente a las circunstancias del caso revisado si el afectado con la decisión de la entidad prestadora de servicios de salud es un menor, pues para su caso, el derecho a la salud es de naturaleza fundamental y, por tanto, es procedente su protección a través del amparo constitucional no sólo en los eventos en que se afecten de forma grave los derechos a la vida y a la integridad física, sino también cuando se compruebe que, a raíz de la falta de atención médica, se impide el mantenimiento de adecuadas condiciones biológicas o psíquicas del niño⁹⁴,”

A lo que puede agregarse que “el derecho fundamental a la salud del menor debe primar sobre la obligación del cubrimiento de las cuotas moderadoras o copagos

⁹² Sentencia T-062 de 2003, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁹³ Sentencia T-940 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁹⁴ Sentencia T-036 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño

para lo cual deberá protegerse los derechos constitucionales del niño ordenando la prestación de los servicios de manera integral, como quiera que los derechos fundamentales están por encima de las reglamentaciones⁹⁵.”

Por último, es claro el razonamiento de la Corte Constitucional al decir que el contenido de carácter económico que posee la prestación del derecho a la salud, en ningún momento puede convertirse en un obstáculo al derecho y tampoco puede entrar a primar sobre este⁹⁶; más aún, cuando se trata del derecho fundamental a la salud de los menores de edad, los límites legales y económicos deben ser eliminados con el propósito de garantizar el derecho, y el respeto por los principios fundantes del Estado colombiano⁹⁷; este propósito no puede ser desconocido por los jueces administradores de la justicia constitucional, ya que el deber del juez, en esta área, se concentra en garantizar los derechos fundamentales, dándoles primacía sobre los derechos económicos que les asisten a las empresas encargadas del sistema.

❖ **Subsidio de transporte para pacientes y acompañantes.**

El avance de la medicina es amplio, la tecnología cada día trae nuevos tratamientos y aparatos electrónicos que mejoran y cambian la manera de tratar las enfermedades, ello en pro de recuperar la salud de los pacientes al menor costo y con la mayor efectividad; sin embargo, no se puede olvidar la realidad por la que pasa Colombia, un país en vía de desarrollo, donde los tratamientos de avanzada cuestan el patrimonio completo de una familia, ya que el sistema de salud se niega a costearlos y que en el ansia de aferrarse a la vida por parte de los pacientes, hacen lo necesario para garantizarla. Sin desviarse del tema, es pertinente observar que no sólo las dificultades se presentan por parte de la economía, sino por parte de la geografía: numerosas patologías pululan en cada lugar del país, encontrándose que entre más alejado está un lugar de un centro urbano, le es más difícil el acceso a los distintos tratamientos que un posible enfermo pueda necesitar; es más, en muchas ocasiones, no se necesita estar alejado de un centro urbano, pues aun viviendo en él, la posibilidad de acceder a un servicio de salud efectivo es compleja, y prueba de ello es la larga fila de personas que se presentan en urgencias, aquejadas por una u otra dolencia que si se tratara de manera efectiva, le sería menos costosa al Estado, considerando lo que gasta en tratamientos que son meramente paliativos.

En ese orden de ideas, una de las mayores dificultades que se presentan dentro del sistema de salud, es la accesibilidad a éste, tanto como servicio y en la misma medida, cuando se lo considera en su dimensión de derecho.

⁹⁵ Sentencia T-225 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁹⁶ Ver Sentencia T-278 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara, Sentencia T-940 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁹⁷ Ver Sentencia T-754 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería

La teoría de la accesibilidad ya fue anunciada cuando se hablaba del principio de equidad en salud. Se trata del concepto que vincula el derecho a la realidad: “[C]onsiste en todas aquellas acciones que permiten a las personas acudir a los recursos o servicios ofrecidos. Eso, en materia de seguridad social, implica posibilidad de llegar y de utilizar tales servicios y recursos. Significa, por consiguiente, que debe existir un enlace entre la accesibilidad y la atención a la salud y a la seguridad social⁹⁸.”

Entonces, es una garantía de prestación del servicio. Entre sus implicaciones, está el acceder al lugar donde se prestan los servicios de salud, como quiera que se llamen; en esa prestación es necesario diferenciar entre el acceso a la salud mediante la garantía del traslado al lugar donde se lleve a cabo la prestación del servicio al paciente y la posibilidad de que esa cobertura se amplíe mediante el acompañamiento de una persona que asista al paciente, para quien también se debe garantizar el transporte y viáticos necesarios.

La Sentencia T-197 de 2003⁹⁹, dirime ambos asuntos mediante sendas reglas jurisprudenciales que permiten evaluar las condiciones que se presentan en la realidad y ver si es o no procedente cubrir los costos de traslado; en el primer caso, es decir, transporte del paciente; debe observarse que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos [tengan] los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii)[que] de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”; estas reglas se complementan con lo enunciado en la Sentencia T-346 de 2009¹⁰⁰, donde se indica que adicionalmente se debe cumplir con que en el servicio médico

“(i) el procedimiento o tratamiento debe ser imprescindible para asegurar el derecho a la salud y la integridad de la persona. Al respecto se debe observar que la salud no se limita a la conservación del conjunto determinado de condiciones biológicas de las que depende, en estricto sentido, la vida humana, sino que este concepto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 1° y 11 del Texto Constitucional, extiende sus márgenes hasta comprender los elementos requeridos por el ser humano para disfrutar de una vida digna”.

Por otra parte, para que se cubra el transporte de acompañantes debe observarse que “(i) el paciente [sea] totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) [que requiera] atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) [que] ni él

⁹⁸ Sentencia T-1158 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

⁹⁹ M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁰⁰ M.P. María Victoria Calle Correa

ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado.”

Ahora bien, si se sabe que bajo las anteriores circunstancias, es necesario garantizar el transporte tanto del paciente como del acompañante, surge la pregunta de quién es el encargado de asumir la prestación. Se tiene que, en el caso del régimen subsidiado, cuando un paciente deba trasladarse a una ciudad del país distinta a donde reside, para acceder a los servicios de salud que requiere, y carezca de los recursos económicos suficientes para cubrir los gastos de traslado y de manutención, la entidad territorial y/o la ARS a la que se encuentra afiliado deberán hacerse cargo de tales gastos.

Estas situaciones se fusionan inevitablemente en el caso del transporte solicitado para menores y sus acompañantes. Al respecto, es claro el discernimiento de la Corte, al decir que

“[E]l acceso de la atención en salud de los menores de edad está íntimamente ligado con la accesibilidad, que materializa el ejercicio efectivo del derecho fundamental. Esta prerrogativa, al carecer los niños y niñas de la autonomía suficiente para desplazarse por sí solos al centro asistencial, incluye la necesidad de la asistencia de un acompañante durante el traslado, siendo la familia el principal obligado a tal prestación, por lo que el Estado, de forma directa o por medio de las entidades promotoras de salud o administradoras del régimen subsidiado, según el caso, sólo asume la responsabilidad de manera subsidiaria, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de las condiciones señaladas por la jurisprudencia constitucional¹⁰¹.”

Además, estas reglas, en el caso de la salud de los niños, no son barreras al acceso, sino que por el contrario, existe el mandato del Alto Tribunal Constitucional de que *“en el evento en el que el usuario, un paciente que requiera el desplazamiento a otra ciudad, distinta de su lugar de residencia para que se le practique cualquier tratamiento médico, sea un niño, esas subreglas jurisprudenciales no deben ser aplicadas de manera rigurosa por el juez de tutela sino matizadas en concordancia con el caso concreto¹⁰²”*

❖ Prestación de servicios paliativos.

Los servicios de salud paliativos son aquellos que se prestan con la finalidad de aliviar los dolores de una patología, pese a que no haya posibilidades de que con esa prestación se cure el paciente; en muchas ocasiones, las EPS entran a

¹⁰¹ Sentencia T-350 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño

¹⁰² Sentencia T-1026 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

considerar que estos tratamientos, por no perseguir un fin curativo, no son efectivos y tienden a presentarse dificultades para su consecución. Sin embargo, la Corte, desde tempranas épocas ha tenido tendencia humanista y protectora del derecho a la salud; por ello, se reitera el convencimiento de que

“[E]l derecho a la vida implica una existencia digna y no una mera existencia, lo cual conduce a pensar que una persona que puede mejorar su ya lamentable situación física, si se le suministra un medicamento que permita superarla, ve vulnerados sus derechos cuando una normatividad de inferior jerarquía le impide hacerlo y esa superación está respaldada por normas de carácter constitucional. Además, en relación con este punto la jurisprudencia de la Corte ha sido enfática, señalando que omitir un tratamiento, intervención quirúrgica o aplicación de un medicamento que puede poner fin a una dolencia o malestar, o mejorar en cierto grado una situación física precaria, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana¹⁰³.”

Estos servicios, no sólo se extienden a las prestaciones médicas en sentido estricto; en muchos de los casos se presenta la necesidad de acudir a instrumentos que harán menos dolorosa la experiencia de una patología con característica de aquejar a la persona de por vida; tal es el caso de las sillas de ruedas.

La Corte ha ligado estas prestaciones con principios como el de la dignidad humana y la integridad personal, de donde se ha dicho que *“omitir un tratamiento o intervención quirúrgica que puede poner fin a una dolencia o malestar, es prolongar dichos estados indeseables y atentar contra la dignidad humana;”* y *“la garantía constitucional de la integridad personal, como su nombre lo indica, implica el mantenimiento de todas las funciones corporales en un estado de normalidad, cuando conseguir dicho resultado es posible, y cuando no, al menos aproximarse a tal situación¹⁰⁴”*

❖ **Prestación de servicios de salud ordenados por un médico ajeno a la EPS.**

En variadas ocasiones, la negligencia de las EPS o la desesperación de los pacientes y sus familias, provoca que se consulte a médicos particulares, que en muchas ocasiones, en razón a su independencia de un vínculo contractual con la entidad a la que está afiliada la persona que les consulta, pueden formular exámenes diagnósticos o tratamientos diferentes a los que ordenaría un médico

¹⁰³ Sentencia T-499 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁰⁴ Sentencia T-283 de 1998, M.P.

adscrito a la EPS. Su efectividad no es tema de discusión, solo que ello contraviene una de las reglas que se había expuesto, la cual está encaminada a que un tratamiento que se encuentra por fuera del POS (entiéndase que también se toma en cuenta el POS subsidiado) sólo se autorizará cuando cumple las demás reglas¹⁰⁵ y está prescrito por un médico tratante con vínculo a la EPS que trata al usuario; frente a este tema, la Corte, en su constante ánimo garantista, ha considerado mediante la jurisprudencia, que es procedente autorizar que se preste un servicio médico cuando éste ha sido formulado por un médico no adscrito a la EPS; lo contrario sería constituir una barrera para el acceso al servicio¹⁰⁶. En la Sentencia T-1080 de 2007¹⁰⁷, se debatió el caso del reconocimiento por parte del juez de tutela de servicios de salud, consistente en la entrega de zapatos ortopédicos a un menor de edad con base en la orden de un médico legista que no se encontraba adscrito a la EPS accionada. Para conceder la tutela, se tuvo en cuenta que la Entidad demandada había tenido la oportunidad, dentro del proceso de tutela, de controvertir o avalar el dictamen del médico externo y no lo hizo, lo cual permitió a la Sala de Revisión concluir que es posible ordenar a una EPS el reconocimiento de un tratamiento prescrito por un médico externo, si ésta ha tenido la posibilidad, dentro del trámite de tutela, de pronunciarse desde el punto de vista médico sobre la orden emanada del personal ajeno a la entidad y no lo hizo. Tal discernimiento es criticable, no se constituye en un argumento que pueda enarbolarse de manera autónoma, sino que requiere que haya un proceso en el cual se solicite el amparo del derecho a la salud; sin embargo, mediante la misma providencia consideró un derecho para los usuarios, el cual consiste en

“(…) que la empresa de salud a la cual se encuentran afiliados, se pronuncie desde el punto de vista médico, sobre el diagnóstico de su estado de salud emitido por un médico ajeno a la empresa. Esto es, tienen derecho al diagnóstico, en el sentido en que se debe emitir un pronunciamiento médico, por parte de un médico(s) adscrito(s) a la empresa en mención, que avale o controvierta – desde el punto de vista médico, se insiste -, el diagnóstico realizado por el médico externo”.

Siguiendo el mismo sendero, la guardiana de la carta Fundamental ha dicho que

“[E]l concepto de un médico que trata a una persona, puede llegar a obligar a una entidad de salud a la cual no se encuentre adscrito, si la entidad tiene noticia de dicha opinión médica, y no la descartó con base en información científica, teniendo la historia clínica particular de la persona, bien sea porque se valoró inadecuadamente a la persona o porque ni siquiera ha sido sometido a consideración de los

¹⁰⁵ Ver el apartado respecto de la justiciabilidad de las prestaciones excluidas del POS

¹⁰⁶ Sentencia T-055 de 2009, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹⁰⁷ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

especialistas que sí están adscritos a la entidad de salud en cuestión. En tales casos, el concepto médico externo vincula a la EPS, obligándola a confirmarlo, descartarlo o modificarlo, con base en consideraciones de carácter técnico, adoptadas en el contexto del caso concreto. Tales consideraciones pueden ser las que se deriven del concepto de un médico adscrito a la EPS o de la valoración que haga el Comité Técnico Científico, según lo haya determinado cada EPS. La jurisprudencia constitucional ha valorado especialmente el concepto de un médico no adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, cuando éste se produce en razón a la ausencia de valoración médica por los profesionales correspondientes, sea cual fuere la razón que dio lugar a la mala prestación del servicio. También ha indicado la jurisprudencia que la orden médica obliga a la entidad, si en el pasado ha valorado y aceptado sus conceptos como ‘médico tratante’, incluso así sean entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados.

Una interpretación formalista de la jurisprudencia constitucional en materia de acceso a los servicios de salud, por ejemplo, con relación a la exigencia de que el médico que ordene el servicio requerido debe estar adscrito a la entidad, puede convertirse en una barrera al acceso. Por eso, cuando ello ha ocurrido, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las órdenes impartidas por profesionales de la salud idóneos, que hacen parte del Sistema, obligan a una entidad de salud cuando ésta ha admitido a dicho profesional como ‘médico tratante’, así no éste adscrito a su red de servicios. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte cuando la EPS no se opuso y guardó silencio cuando tuvo conocimiento del concepto de un médico externo¹⁰⁸.”

En este orden de ideas, se amplía el concepto al considerar que

“[D]icha regla busca de un lado, satisfacer el principio según el cual todo aquello que un juez ordene en materia de reconocimiento de prestaciones en salud, debe estar respaldado por la orden de un médico, lo cual se mantiene independientemente de que el médico labore o no en una determinada empresa.”

De otro lado, resulta lógico que las mencionadas empresas busquen reconocer aquellas prestaciones que sus médicos adscritos prescriben; pues las órdenes médicas, tal como se explicó, implican un procedimiento previo de seguimiento y análisis científico del estado de

¹⁰⁸ Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa Concepto ratificado por las Sentencia T-881 de 2008 M.P. Jaime Araujo Rentería

salud de las personas, lo que a su vez, se presume, es labor de estas empresas frente a sus afiliados. Aunque, ello no puede implicar que se anule la posibilidad de que el paciente, por ejemplo, acceda a “segundas” opiniones médicas de su condición de salud. Y, en dicho sentido, se puede afirmar que del procedimiento y seguimiento que precede la orden del médico tratante, forma parte también la controversia médica que se pueda suscitar en relación con la condición de salud del paciente y la manera de tratarla. Lo que, tendrá como conclusión, por supuesto, aquello que redunde en un mayor beneficio para el paciente.”

“En el mismo sentido, no se puede entonces afirmar, que lo anterior corresponda a una vulneración de la exigencia general de que las prestaciones en salud, a las tiene derecho una persona, deben ser prescritas por el médico tratante. Por el contrario, se puede concluir que, aceptar que la valoración del médico tratante puede ser complementada o controvertida, realiza de mejor manera aquel principio que procura que los pacientes obtengan del servicio de salud aquello que más los beneficie¹⁰⁹.”

2.3.3. Principios inherentes al derecho a la salud de los menores de edad.

Los principios se han considerado parte integrante de los ordenamientos jurídicos desde numerosas corrientes ideológicas, pasando por el iusnaturalismo hasta el *iuspositivismo*; no obstante los complejos debates acerca de la existencia de los mismos, unos y otros coinciden en que su existencia es inherente al derecho y aún más, no es posible separarlos.

Es necesario observar que varios de los principios están ya consagrados por la Constitución y en desarrollo de ésta, por la ley 100 de 1993. Por ello, el presente apartado se referirá a algunos de los principios legales, haciendo mayor énfasis en los principios jurisprudenciales desarrollados por la Corte Constitucional. Es el anterior análisis jurisprudencial el que nos permite hacer un listado de los principios constitucionales que inspiran la hermenéutica del derecho a la salud.

Ahora bien, para que funcionen algunos de estos principios, al ser aplicados en la casuística no pueden considerarse de manera unitaria, por lo tanto necesitan relacionarse unos con otros, de tal manera que el trato que se les debe dar es de interdependencia; sólo puede protegerse el derecho a la salud, cuando estos principios son tomados en cuenta en conjunto, ya que cada uno se convierte en un criterio que permite dilucidar la protección necesaria al caso concreto.

¹⁰⁹ Sentencia T-1080 sde 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla

❖ **Interrelación entre los principios de eficiencia, continuidad e integralidad.**

Estos principios, funcionan solamente en conjunción para el derecho a la salud; por ello, no pueden analizarse olvidando su interdependencia, como se verá a continuación con las sentencias que se ilustran.

➤ **Principio de eficiencia.**

Tal vez el principio que se encuentra en mayor declive dentro de todo el sistema de salud. Éste ordena la prestación de servicios médicos con la menor carga burocrática para los pacientes, quienes en busca de la mejoría de su salud, no pueden verse sometidos a indefinidos trámites a fin de obtener las garantías que per se, son constitucionales y en el caso de los menores, como ya se ha dicho, fundamentales.

El fundamento de este principio es constitucional; el artículo 48 lo integra como uno de los ejes sobre los que debe girar la atención en salud. Para la Corte, la seguridad social debe prestarse acorde a la eficacia y la eficiencia administrativa. Estos postulados permiten *“el logro de los objetivos y fines del Estado requieren de una función administrativa eficiente que responda a las exigencias del Estado Social de Derecho”*¹¹⁰.

El tribunal constitucional considera que en el sistema de seguridad social *“la gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social frente al entramado normativo para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático”*¹¹¹, lo cual es ratificado por la Sentencia T-576 de 2008¹¹², que se expresa respecto del servicio de salud diciendo: *“(…)habrá de ofrecerse de manera tal, que no ponga a las beneficiarias y a los beneficiarios del servicio ante trámites burocráticos innecesarios o superfluos encaminados a obstruir el acceso a la salud, sean estos trámites de orden normativo o administrativo.”*

Entonces, el principio de eficiencia está dirigido a que los usuarios tengan el trato debido dentro del sistema, sin quitar la sensibilidad por las afecciones que puedan sufrir y en ese orden, prestar el servicio adecuado para lograr cumplir no solo con los fines del Estado, sino con la protección a los derechos de las personas, en especial, el de la salud.

➤ **Principio de continuidad.**

¹¹⁰ Sentencia T-068 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹¹¹ Sentencia SU-562 de 1999 M.P. Alejandro Martínez Caballero

¹¹² M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

Habiendo observado el principio de eficiencia, su relación con el principio de continuidad es innegable, ya que este garantiza una ininterrumpida, constante y permanente prestación de los servicios de salud con el fin de proteger los derechos a la vida y a la salud de las personas y que sólo es perceptible su respeto siempre y cuando el servicio es prestado de la manera adecuada.

Este postulado, parte de los principios de eficiencia y de continuidad. Mediante la premisa, puede observarse en la sentencia T-635 de 2007, con ponencia del Honorable Magistrado, Humberto Antonio Sierra Porto, la exposición de tres reglas que dirigen el principio de continuidad; así, como primer criterio, puede considerarse el que ratifica la Sentencia T-201 de 2007¹¹³, donde se confirma que *“(...) se busca garantizar una ininterrumpida, constante y permanente prestación de los servicios de salud con el fin de proteger los derechos a la vida y a la salud de las personas”*. Derivado de ello, está lo dicho en la Sentencia T-185 de 2006, en cuanto al contenido del derecho a la salud en relación con el principio de continuidad: *“(...) el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que requiera según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario”¹¹⁴*. De esta regla se deduce lo que se transcribe a continuación y que hace parte de la sentencia antedicha: *“(...) no se puede suspender la continuidad en la aplicación de tratamientos y/o medicamentos, en tanto existe un derecho en dicho sentido, y no pueden quedar desamparados de las prestaciones del derecho fundamental a la salud, las personas que por su condición, son sujetos de especial protección constitucional”*. Una tercera regla puede considerarse lo dicho en el fallo T-656 de 2005¹¹⁵, en cuanto que las E.P.S tienen el deber de garantizar la prestación sin interrupción del servicio de salud, sin anteponer a ello discusiones de índole contractual o administrativa como excusa para negar la continuidad de un tratamiento que se encuentre en curso.

Las anteriores obligaciones son derivadas de las reglas del principio, establecidas por la Corte en la Sentencia T-1198 de 2003¹¹⁶, entonces

“(...) (i) las prestaciones en salud, como servicio público esencial, deben ofrecerse de manera eficaz, regular, continua y de calidad, (ii) las entidades que tiene a su cargo la prestación de este servicio deben abstenerse de realizar actuaciones y de omitir las obligaciones que supongan la interrupción injustificada de los tratamientos, (iii) los conflictos contractuales o administrativos que se susciten con otras entidades o al interior de la empresa, no constituyen justa causa para

¹¹³ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

¹¹⁴ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹⁵ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹¹⁶ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”

➤ **Principio de integralidad.**

Este principio ha tenido un amplio desarrollo por parte de la Corte Constitucional, la cual en varias sentencias ha definido el principio y sus alcances. Tal concepto tiene aplicación directa en cuanto al derecho a la salud de los menores y en gran cantidad de casos es ajustable debido al amplio campo que abarca la salud.

Una definición de este principio puede encontrarse en el fallo T-626 de 2009¹¹⁷, confirmado por las Sentencias T-576 de 2008, T-518 de 2006 y la T-179 de 2000; donde la Corte Constitucional dice:

“El principio de integridad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento de los tratamientos iniciados y demás requerimientos que los médicos consideren necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a); con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional en los términos expuestos con antelación.”

En relación con los menores, la Corte, ha dicho en Sentencia C-507 de 2004, “[E]l desarrollo de [la niñez] es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un/una menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos”.

A partir de lo anterior, la Corte ha tomado dos perspectivas desde las cuales ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho a la salud; éstas pueden observarse en la Sentencia T-926 de 1999. La primera, relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que habla acerca de las distintas dimensiones que proyectan las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir, requerimientos de orden preventivo, educativo, informativo, fisiológico, psicológico, emocional, social, para nombrar sólo algunos aspectos.

La otra perspectiva, se encamina a destacar la necesidad de proteger el derecho constitucional a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por

¹¹⁷ M.P. Juan Carlos Henao Pérez

una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de modo efectivo. Esto es, el compendio de prestaciones orientadas a asegurar que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación de enfermedad particular de un(a) paciente. Ello puede verse en las consideraciones hechas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia T-556 de 1998.

En ese sentido, la segunda de las perspectivas se desarrolla en su mayoría por prestaciones que se encuentran fuera de los servicios de salud, aunque se presentan excepciones tales como la educación especial que se debe proporcionar a los niños con síndrome de Down o a los niños autistas.

En la primera perspectiva se enmarca la protección del derecho a la salud, que en materia específica del derecho a la salud de los menores, tiene un componente axiológico que se observa en los motivos de protección de este derecho y su trato en calidad de fundamental. Esas razones serán observadas en un apartado posterior.

La protección que este principio brinda es palpable cuando los tratamientos que implica el derecho a la salud, tomado en su definición amplia¹¹⁸, van más allá de la garantía de un tratamiento exclusivamente médico, al involucrar procedimientos que tienen que ver con ámbitos ajenos a la medicina y que sólo en conjunción pueden proporcionar una recuperación de la salud que sea apreciable. Estos casos son los que se presentan de manera reiterativa cuando se trata de patologías tales como el síndrome de Down o el autismo.

Para garantizar esa cobertura de carácter integral del derecho a la salud que tanto el principio como las circunstancias demandan, la jurisprudencia de la Corte ha señalado que

“[T]ratándose de menores con discapacidad, el Estado se encuentra obligado a ofrecer un tratamiento integral encaminado a lograr la integración social del niño. En este sentido, debe ofrecerse al menor todos los medios que se encuentren al alcance con el fin de obtener su rehabilitación, teniendo en cuenta, además, que este proceso puede tener ingredientes médicos y educativos, como podría presentarse en el caso de los niños autistas”.

Puede decirse que este principio genera una orden concreta, que se aplica tanto a las entidades encargadas de administrar el servicio de salud, como a los jueces de tutela en el momento de fallar una acción. En palabras de la Sentencia T-576 de

¹¹⁸ Definición de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud OMS

2008¹¹⁹ y ratificada por la Sentencia T-531 de 2009¹²⁰, *“la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del paciente”*; y agrega:

“[D]e conformidad con (el principio de integralidad), las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud - SGSSS - deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento.”

❖ **Interdependencia entre el principio de solidaridad y el principio de equidad.**

➤ **Principio de solidaridad.**

Es un valor que se estableció por la constitución de 1991¹²¹, en el que se considera la solidaridad como uno de los principios fundantes del modelo de Estado de Derecho. De la misma manera, hace parte del componente axiológico del derecho y servicio del sistema de seguridad social¹²², por tanto, es inherente al derecho y servicio público de salud, tal como lo reconoce el artículo 49 Constitucional en calidad de principio orientador de su prestación.

Por otra parte, también es un mandato a todos los ciudadanos el actuar conforme a este principio¹²³.

En la ley 100 de 1993¹²⁴, en la que se desarrolla como principio orientador, se lo define como *“la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil”*; además, lo establece como un deber del Estado que deberá cumplir mediante su participación, control y dirección del mismo.

Por su parte, la jurisprudencia lo ha tratado como un principio de suma importancia en la prestación del servicio de salud, de nada sirven los principios si no pueden

¹¹⁹ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹²⁰ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹²¹ Artículo 1

¹²² Artículo 48 C.N.

¹²³ Artículo 95, Numeral 2. C.N.

¹²⁴ Artículo 2

ser aplicados a la realidad; con ese pensamiento, la Corte lo ha convertido en el marco de las relaciones económicas entre los usuarios del sistema y los entes encargados de su administración como quiera que sea su denominación, mediante esta concepción:

“(...) los servicios que un afiliado requiere no son cubiertos con sus propios aportes sino con los recursos del Sistema conformados, entre otros rubros, por los provenientes de todos los aportantes, de tal suerte que quienes más contribuyen financian a aquellos que, por poseer menores ingresos, no cotizan o lo hacen en menor proporción, circunstancia que, además, persigue el cumplimiento del principio de universalidad, pues el objetivo último de dicha dinámica es lograr el cubrimiento en salud de toda la población”¹²⁵.

Pero como principio, también se encuentra limitado. Para el alto tribunal, “no es tan amplio el principio de solidaridad social dispuesto en nuestra Carta Política, como para suponer en toda persona el deber de responder con acciones humanitarias, sin límite alguno, ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de los demás”¹²⁶; tal percepción permite dilucidar que los límites son la misma Constitución y la ley, ya que en la relación que se expone, los entes administradores del sistema, son los llamados a responder por la garantía de la salud de los pacientes, siempre y cuando se hallen obligados a ello; pero no estando obligados ni constitucional ni legalmente a ello, en virtud del principio en análisis, esa carga debe asumirla el Estado, en caso de que efectivamente no haya posibilidades económicas de las personas que estén a cargo del paciente, y éste no se encuentre afiliado a ningún sistema de salud que pueda brindarle la adecuada protección. Así, es el Estado y no los particulares, de acuerdo con el artículo 13 de la Constitución Política, quien debe proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta¹²⁷

➤ Principio de equidad.

Este principio se armoniza con los principios de igualdad y solidaridad. A partir de éstos se generan las reglas que consideran la capacidad económica de los pacientes y de su núcleo familiar.

Este presupuesto parte de la consideración que hace respecto del derecho a la salud el artículo 12 del PIDESC y específicamente, por la observación general No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; documento que

¹²⁵ Sentencia T-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹²⁶ Sentencia T-248 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹²⁷ Sentencia T-248 de 1997, ibídem

considera a la salud como derecho humano fundamental (párr. 1) que en todas sus formas y a todos los niveles abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad (párr. 12).

En cuanto a la accesibilidad, considera que todos los establecimientos, bienes y servicios relacionados con la salud deben ser accesibles a todas las personas, sin que haya lugar a discriminación. En este marco de desarrollo, una de las dimensiones tomadas en cuenta es la accesibilidad económica; para la aplicación del principio de equidad, se afirma que los pagos que se hagan por el servicio de salud, deberán estar orientados por este principio permitiendo su acceso por parte de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos.

En razón a ello, la jurisprudencia ha generado ciertas normas cuando se deben conceder prestaciones; estas normas son restrictivas en cuanto que “(es) irrazonable conceder prestaciones médicas, por medio del amparo constitucional, en casos donde (i) las entidades del sistema no tienen la obligación de suministrar la prestación, (ii) esta inexistencia de obligación de la entidad está justificada constitucionalmente y (iii) el afiliado puede asumir el respectivo costo¹²⁸”.

❖ Principio de dignidad humana.

Al igual que el anterior, se trata de un principio constitucional según el artículo 1 de la Carta Política, que es retomado por el artículo 1 de la ley 100 de 1993, en el que se indica que el sistema de salud actuará para obtener una calidad de vida acorde con la dignidad humana.

Para la Corte Constitucional, en Sentencia T-556 de 1998¹²⁹;

“El concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas. En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política y como factor de consenso entre los Estados, a través de las cláusulas de los tratados públicos sobre la materia. La dignidad de la persona se funda en el hecho incontrovertible de que el ser humano es, en cuanto tal, único en relación con los otros seres vivos, dotado de la racionalidad como elemento propio, diferencial y específico, por lo cual excluye que se lo convierta en medio para lograr finalidades estatales o privadas, pues, como lo ha repetido la

¹²⁸ Sentencia T-666 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

¹²⁹ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

jurisprudencia, la persona es ‘un fin en sí misma’. Pero, además, tal concepto, acogido por la Constitución, descarta toda actitud despectiva frente a sus necesidades corporales y espirituales, todas las cuales merecen atención en el Estado Social de Derecho, que reconoce en el ser humano la razón de su existencia y la base y justificación del sistema jurídico.”

Este concepto a su vez se ratificó por la Sentencia T-1430 de 2000¹³⁰.

Esta poderosa razón asienta el mandato imperativo de erradicar cualquier tipo de atentado en contra de una vida en condiciones adecuadas, cosa que se persigue cuando se invoca la protección del derecho a la salud, mucho más, cuando las condiciones que se presentan en los pacientes hacen que sus vidas se vean enormemente afectadas, escenario que se agrava cuando las entidades que tienen a su cargo la protección del derecho, se tornan resistentes a este principio.

➤ **Principio pro homine.**

Este principio, con una estrecha pronunciación por la jurisprudencia, y de acuerdo con la sentencia T-191 de 2009¹³¹, se halla estrechamente relacionado con la dignidad humana, ya que la interpretación que se deba dar en una sentencia, debe ser en consonancia con ella y orientada a proteger los derechos fundamentales. El origen del principio está en los artículos 1 y 2 constitucionales.

El concepto puede entenderse, de acuerdo con la Sentencia T-725 de 2004, como una regla hermenéutica que guía la interpretación de los derechos humanos y constitucionales y ordena que “(...) *se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria*”¹³².

Bajo esta cobertura, en el área del derecho a la salud, su aplicación es posible entenderla mediante la Sentencia T-862 de 1999¹³³, en la que se expresa que “*si se presentan dudas acerca de si un servicio, elemento o medicamento están excluidos o no del POS, la autoridad respectiva tiene la obligación de decidir aplicando el principio pro homine, esto es, aplicando la interpretación que resulte más favorable a la protección de los derechos de la persona.*”

¹³⁰ M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹³¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹³² M.P. Rodrigo Escobar Gil, con salvamento de voto del Magistrado, Doctor Rodrigo Uprimny Yepes

¹³³ M.P. Carlos Gaviria Díaz

De esta manera, es necesario recordar que en el Plan Obligatorio de Salud, (POS) sea en régimen contributivo o subsidiado, existen exclusiones de servicios médicos, por lo cual, el criterio legal ordena que no sean prestados por las EPS a los usuarios; sin embargo, ello es a todas luces contrario a lo que se ordena por la Constitución, en orden a proteger los derechos fundamentales. Así, bajo este principio, en materia de salud, no es posible realizar una interpretación eminentemente legalista, sino que debe inaplicarse para proteger los derechos que se encuentren, dado el caso, en peligro de ser vulnerados. Con respecto a esta guía interpretativa, puede observarse las Sentencias T-945 de 2006¹³⁴ y T-278 de 2009¹³⁵, que en casos de menores, hacen una clara observación en cuanto a la calidad de los derechos en juego, al recomendar que se protejan de forma primordial por ser derechos fundamentales. Por otra parte, es necesario recordar que los planes de salud usualmente tienen indeterminaciones, circunstancias en las que a todas luces hay duda en cuanto a la aplicación o no de la protección otorgada por la tutela y que de acuerdo al principio en comento, debe resolverse a favor de la protección del derecho a la salud.

➤ **Principio pro infans.**

Este principio, hace parte del núcleo de la dignidad humana y se observa como complemento del principio pro homine; su desarrollo jurisprudencial es escaso, encontrándose apenas 6 sentencias que hacen expresa referencia en cuanto al derecho a la salud.

Se menciona por primera vez en la Sentencia T-298 de 2004, con ponencia del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que aún no se considera un concepto. Para ello habría que esperar a que se reconociera que es uno de los componentes más importantes para instaurar los derechos fundamentales de los menores en la Constitución de 1991. Su mandato es en el orden de establecer y aplicar las disposiciones legales en protección del interés superior del menor; ello ocurrió en la Sentencia T-289 de 2007¹³⁶, en la que se dice que es

“[U]na herramienta hermenéutica valiosa para la ponderación de derechos constitucionales, en el entendido que en aquellos eventos en que se haga presente la tensión entre prerrogativas de índole superior, deberá preferirse la solución que otorgue mayores garantías a los derechos de los menores de edad. De este modo, la aplicación de los postulados constitucionales y legales que regulan la prestación de los servicios públicos relacionados con la materialización de los derechos

¹³⁴ M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹³⁵ M.P. Nilson Pinilla Pinilla

¹³⁶ M.P. Jaime Córdoba Triviño

fundamentales de los niños, estará supeditada a la plena observancia del principio pro infans.”

Al respecto, puede también revisarse la Sentencia C-170 de 2004 con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil.

❖ **Principio de proporcionalidad de las cargas en relación con el principio de gastos soportables.**

En el sistema de salud, se han diferenciado las personas que se encuentran cubiertas por el servicio en régimen contributivo y las que se encuentran cubiertas por el servicio en régimen subsidiado. Al primero, pertenecen todas las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago.¹³⁷

Entonces, todas las personas que tengan cualquiera de las características nombradas, tiene la obligación de cotizar al sistema de salud, proporcionalmente a su capacidad de pago y dependiendo de la reglamentación legal, pagar los denominados copagos y cuotas moderadoras.

Los copagos son los aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema¹³⁸; mientras que las cuotas moderadoras tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso, promoviendo en los afiliados la inscripción en los programas de atención integral desarrollados por las EPS¹³⁹.

Surge entonces el siguiente interrogante: ¿qué pasa cuando un núcleo familiar o un afiliado al sistema, pese a encontrarse en el régimen contributivo, no tiene la capacidad para sufragar los mencionados estipendios, sea porque su ingreso sólo le es suficiente para mantenerse precariamente (salario mínimo o inferior o, en su defecto, salario nulo), o porque en realidad, pese a que su tasa de cotización es alta, el nivel de vida o los gastos que tiene a su cargo son tan amplios que consumen la mayoría de sus ingresos?

➤ **Principio de proporcionalidad de las cargas**

Para responder al anterior interrogante, se invoca el principio de proporcionalidad de las cargas; para la jurisprudencia de la Corte, es una labor del juez establecer la capacidad de pago del afiliado; pero ello no es tarea fácil,

¹³⁷ Ley 100 de 1993, Artículo 157, Parágrafo A, Inciso 1.

¹³⁸ Artículo 2, Acuerdo 260 de 2004 CNSSS.

¹³⁹ Artículo 1, Ejusdem

“[R]esulta de particular complejidad determinar la capacidad económica para efectuar el pago. Es posible plantear, entonces, hipótesis en las cuales (i) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es alto respecto a esta específica capacidad o (ii) la capacidad de pago es alta y el costo del medicamento es razonable respecto a esta capacidad pero deviene en carga desproporcionada al romper el equilibrio de gastos familiares¹⁴⁰.”

En ese contexto, la corte considera que la decisión dependerá de la situación fáctica, pero de manera adicional, el juez debe tener en cuenta criterios para asegurar su sentencia. Estos criterios son los siguientes.

➤ **Principio de gastos soportables.**

El concepto de gastos soportables fue establecido internacionalmente por la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁴¹, documento que define dicho principio como límite mediante el cual, los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas.

“Este criterio no se relaciona, en estricto sentido, con la afectación del mínimo vital de una persona, toda vez que permite analizar las cargas que debe asumir el afiliado al sistema. Este criterio, analizado desde la perspectiva del derecho a la salud, permite valorar casos donde una persona afiliada al régimen contributivo, a pesar de contar con cierto tipo de recursos, puede ver afectados otros derechos si destina un porcentaje apreciable de sus ingresos a la satisfacción de un gasto médico que la E.P.S. respectiva no esté en la obligación de asumir. El principio de gastos soportables se ve afectado cuando el afiliado al régimen contributivo asume una carga desproporcionada.”¹⁴²

“El principio de gastos soportables permite fundamentar la aplicación del principio de proporcionalidad respecto a casos donde si bien existe una capacidad económica de importancia, la carga que se asume resulta desproporcionada frente al equilibrio familiar que permite el amparo de los mínimos esenciales del derecho a la salud y de otros derechos sociales. En otras palabras, si los peticionarios acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. (i) es

¹⁴⁰ Sentencia T-884 de 2004, M.P. Humberto Sierra Porto

¹⁴¹ Observación sobre el derecho a una vivienda adecuada

¹⁴² Ibídem

*desproporcionadamente costosa respecto a la capacidad de pago y (ii) se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo. Debe resaltarse que este test tiene una intensidad estricta, razón por la cual la gestión probatoria y argumentativa del juez constitucional debe ser exhaustiva*¹⁴³.

Lo anterior significa que en los casos de defensa del derecho a la salud, si los accionantes acreditan que una determinada prestación no incluida en el P.O.S. es desproporcionadamente costosa respecto a su capacidad de pago y se afecta el principio de cargas soportables, puede llegar a ser procedente el amparo mediante acción de tutela.

2.4. ACCIONES AFIRMATIVAS DE PROTECCIÓN

El Estado colombiano, mediante la adopción del Estado Social de Derecho, como modelo a seguir, ha adquirido una serie de responsabilidades en cuanto a sus gobernados. Entre las más importantes están las obligaciones de garantizar la protección y el goce de los derechos fundamentales al ser humano. El derecho a la salud, consagrado en el renombrado artículo 49 y en cuanto al tema que nos ocupa, artículos 44 y 50 de la Carta Fundamental, para ser efectivizado necesita de la protección y desarrollo que le puedan brindar los órganos gubernamentales al concepto, en especial, los entes encargados de formular las leyes que rigen la materia, como es el legislador y a su vez, las unidades encargadas de la administración y desarrollo de las leyes para su aplicación, en ejercicio de las potestades que les han sido conferidas.

El soporte está dado por la Constitución cuando en el artículo 13 expresa el deber del Estado de adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, tal como lo ha sido la niñez. Así pues, es al gobierno a quien le corresponde ofrecer a estas personas los medios para que se les garanticen sus derechos. Se entiende que es deber de las leyes en este campo imponer al Estado la asunción de prestaciones a su cargo, la distribución de bienes y la promoción de oportunidades para este sector de la población, y que por representar erogaciones de fondos del erario, se inserta en la órbita del legislador¹⁴⁴.

Ahora bien, esas obligaciones no sólo han sido contraídas con los habitantes del territorio colombiano, sino que se han generado por la inserción de Colombia en el ordenamiento internacional, ratificando y acatando los tratados y recomendaciones, tal como se ha visto en el anterior capítulo.

¹⁴³ *Ibíd*em

¹⁴⁴ Sentencia SU-225 de 1998, M.P. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Todo lo anterior, implica un compromiso del Estado a formular políticas públicas a favor de los niños. En palabras de la Corte, en la Sentencia T-492 de 2007¹⁴⁵, ellos *“forman parte de aquel grupo de personas a las que por mandato constitucional el Estado debe una especial protección, estando en la obligación de adelantar una política de especial atención hacia ellos”*.

Pero la adopción de medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, no constituye una competencia meramente facultativa del legislador. La marginación y la discriminación se enuncian en la Constitución, no con el objeto de normalizar un fenómeno social, sino de repudiarlo. En este sentido, el mandato al legislador se vincula con la actividad dirigida a su eliminación. Se descubre en el precepto la atribución de una competencia encaminada a transformar las condiciones materiales que engendran la exclusión y la injusticia social¹⁴⁶.

En ese orden, para garantizar el derecho a la salud de los menores, se ha dicho que éste es un derecho de protección que ordena salvaguardar a dicho grupo poblacional, de tal manera que se realicen las garantías del Estado Social de Derecho, garantías que la jurisprudencia ha denominado *acciones afirmativas de protección*¹⁴⁷.

En desarrollo de estas medidas, el Estado Colombiano ha formulado leyes que efectivizan ese mandato.

2.4.1. Protección reforzada del derecho a la salud de los menores. La Corte Constitucional ha considerado que los menores, cuando se materializa su derecho a la salud, deben gozar de especial protección; ello se observa en que las entidades encargadas de la prestación de los servicios de salud, en tratándose de este grupo poblacional, no deben poner obstáculos de tipo legal ni económico para el tratamiento médico de un niño, más aún cuando padece enfermedades catalogadas como ruinosas o catastróficas. Además, está la disposición que las obliga a brindar atención preferente y especializada a los niños, orden que prevalece aun cuando exista un pronóstico no favorable de curación; y por último, se indica que los servicios médicos de salud deben ser prestados respetando el principio de continuidad¹⁴⁸.

¹⁴⁵ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁴⁶ Al respecto puede consultarse la Sentencia SU-225 de 1998, M.P. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁴⁷ Ver sentencia T-826 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes

¹⁴⁸ En lo concerniente puede consultarse las sentencias T- 777 de 2004, T-754 de 2005 y T-799 de 2006.

2.4.2. Ley 12 de 1991. Le ley en mención solo persigue el objetivo de incorporar al ordenamiento jurídico colombiano la **Convención sobre los Derechos Del Niño, de la cual ya se habló con anterioridad**¹⁴⁹. Su importancia radica en someter al Bloque de Constitucionalidad Colombiano, la Convención; a partir de ella, se empieza a elaborar las bases de la protección especial a los derechos de los menores como se vio en la parte concerniente a la evolución jurisprudencial respecto del derecho a la salud de los menores.

2.4.3. La ley 100 de 1993. Esta ley es la más trascendental en cuanto a la organización del sistema de seguridad social después del derecho a la salud que consagra la Carta Fundamental y por ende, del sistema encargado de llevarlo a la vida práctica. El propósito de esta ley es establecer el sistema de seguridad social integral, en el entendido que este sistema es un conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de los que disponen tanto la persona como la comunidad, para gozar de una calidad de vida mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional.

En ese orden de ideas, la primera norma de protección que toma el legislador ante la población infantil, es su vinculación al sistema; esto lo hace mediante la creación del Régimen contributivo, en el cual entran en calidad de beneficiarios, mientras que en el régimen subsidiado se vinculan mediante Sistema de Identificación de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN); esta forma de vinculación se encuentra destinada a la cobertura de las contingencias de toda la población que carece de capacidad de pago para afiliarse al sistema mediante el régimen contributivo. Se ha definido como el conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y de su núcleo familiar al sistema general de seguridad social en salud, cuando la unión al sistema se hace a través del pago total o parcial de una unidad de pago por capitación subsidiada, con recursos fiscales o de solidaridad¹⁵⁰.

Las personas incluidas dentro de este grupo poblacional son precisamente las que se considera como grupos más pobres y vulnerables. En este punto se hace especial énfasis en los conjuntos conformados por los niños y las madres durante el embarazo, parto, posparto y período de lactancia, las madres comunitarias y las mujeres cabeza de familia entre otros. Estos servicios serían garantizados por el Plan obligatorio de Salud (P.O.S.)¹⁵¹ y de manera complementaria, por los Planes de Atención Básica (P.A.B.).

¹⁴⁹ Ver Capítulo I, apartado 1.12.

¹⁵⁰ Artículo 2, Decreto 2357 de 1995

¹⁵¹ El P.O.S. se reglamento de manera inicial por el Decreto 806 de 1998

En relación con los niños, la ley preceptúa una protección que va desde la etapa prenatal, mediante la atención a las mujeres en estado de embarazo y que se mantiene en el parto, posparto y las enfermedades relacionadas con la lactancia, e indica que las madres embarazadas y de niños menores de un año que pertenezcan al régimen subsidiado, recibirán un subsidio de alimentación proporcionado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.). En ese orden de ideas, también se obtiene la protección que se les brinda por el P.O.S. Para los menores de un año, se cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación.

El P.A.B., en lo atinente a la salud de los menores de edad, debe garantizar la complementación nutricional y la desparasitación escolar.

De la misma manera, el establecimiento de esta ley y de los correspondientes decretos que reglamentan la materia del P.O.S.-C y P.O.S.-S, establecen ciertas limitaciones a los servicios que presta, creando dos tipos de sistemas, uno con cobertura universal y otro con prestaciones que alcanzan solo un porcentaje del P.O.S.-C.

Esta situación se ve agravada por el enfoque del sistema, en el cual prima la viabilidad financiera y no las situaciones reales de la salud de las personas. Ello se ve reflejado en las continuas diferenciaciones que se hacen llegando incluso a cubrir ciertas enfermedades para hombres y no para mujeres y a la inversa. Entonces, frente a las restricciones impuestas que juegan en contraposición con las necesidades de la población más pobre y vulnerable, se explica la gran cantidad de acciones de tutela, ya que es el único mecanismo que puede encontrarse en defensa del derecho.

2.4.4. Regulaciones que se han presentado Plan Obligatorio de Salud.

❖ Decreto 806 de 1998.

Este decreto se pronuncia en protección del derecho a la salud de los niños menores de un año, a quienes, en el régimen contributivo, los excluye de los periodos mínimos de cotización y al momento de nacimiento, los vincula a la E.P.S. a la que este afiliada la madre. Los servicios a los que tiene derecho son los que se encuentran incluidos en el P.O.S. – S. En el mismo sentido, protege el tratamiento integral del embarazo, el parto y puerperio¹⁵².

¹⁵² Artículo 62, Decreto 806 de 1998

❖ **Acuerdo 306 de 2005.**

Este acuerdo define el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, mantiene la protección expresa de los menores de un año de edad. Pese a ello, las limitaciones para este derecho se dan desde el momento de sobrepasar la edad mencionada. Contempla que la atención que se debe brindar, se hará mediante el acceso al P.O.S. subsidiado, sólo cubriendo eventos quirúrgicos que hayan sido prescritos antes de cumplir esa edad o, cuando haya autorización expresa de la A.R.S., se extenderá máximo hasta por treinta días y solo se hará para el servicio que hayan cumplido el requisito anterior.

❖ **Acuerdo 03 de 2009.**

Mediante el acuerdo 03 de 2009, la Comisión Nacional de Regulación en Salud (CRES), aclara y actualiza los Planes Obligatorios de Salud de los regímenes contributivo y subsidiado, en acatamiento de la orden dada por la Corte Constitucional en la sentencia T – 760 de 2008. Esta reforma, siendo la más reciente en cuanto a las prestaciones que cubre el POS, no abandona la visión económica del sistema y mantiene exclusión de servicios. Su finalidad es la unificación de la prestación de medicamentos de manera igual a ambos regímenes.

En cuanto al tratamiento de niños, en el régimen contributivo, indica que no está sometida a periodos mínimos de cotización la atención especializada y no especializada del niño menor de un año, nacido siendo su madre y/o padre afiliados cotizantes¹⁵³. Pese a ello mantiene exclusiones como son pañales desechables para niños y adultos.

En el régimen subsidiado, señala expresamente la atención a la madre en estado de gestación, parto y puerperio. Se incluyen las enfermedades relacionadas y las que pongan en riesgo el desarrollo y culminación de los mismos. Para los menores de un año se establece la atención ambulatoria, hospitalaria, diagnóstica, terapéutica, de rehabilitación, quirúrgica y no quirúrgica, por la especialidad médica que sea necesaria, para toda enfermedad o afección de cualquier etiología, del niño o niña a partir del nacimiento hasta que cumpla el primer año de edad.

Una vez el niño o niña cumpla un año de edad, se garantizará la cobertura de los procedimientos diagnósticos, terapéuticos, quirúrgicos y no quirúrgicos con los servicios incluidos en el POS del Régimen Subsidiado para mayores de un año, y con aquellos procedimientos quirúrgicos no contenidos en el POS – S para mayores de un año en los siguientes casos:

¹⁵³ Artículo 63, inciso b.

- Cuando hayan sido prescritos y solicitados ante la EPS antes de cumplir dicha edad y que no hayan sido diferidos por razones médicas.
- Cuando hayan sido diferidos por razones médicas, la cobertura se extenderá máximo hasta por treinta días calendario a partir de cumplir dicha edad, siempre y cuando medie previa autorización de la EPS y sólo para el servicio autorizado.
- En los casos de hospitalización y de tratamiento no quirúrgico la cobertura será únicamente para el menor de un año, salvo que se trate de servicios incluidos en el POS-S para mayores de un año¹⁵⁴.
- De la misma manera, cubre la atención de los casos con diagnóstico de estrabismo en menores de cinco años, quirúrgica, no quirúrgica, ambulatoria, con hospitalización, diagnóstica y terapéutica, incluyendo la atención de las complicaciones inherentes al estrabismo y a su tratamiento. Una vez cumplidos los 5 años de edad, se garantizará la atención para el procedimiento quirúrgico de corrección de estrabismo, siempre y cuando hayan sido formulados por el médico tratante y debidamente solicitados ante la EPS antes de cumplir dicha edad.

2.4.5. Ley 1098 de 2006 – Código de la infancia y la adolescencia.

❖ Precisiones respecto de la calidad de menor de edad.

Se consideran sujetos de la ley todas las personas que sean menores de 18 años. Así, se entra a diferenciar entre niños y adolescentes; los primeros son los que se encuentran entre los 0 y 12 años de edad, mientras que los adolescentes son aquellos que están entre los 12 y los 18 años de edad¹⁵⁵. Ello no deja por fuera la definición que tiene el Código Civil, cuya reglamentación considera infante o niño, a todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido 18 años, y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos¹⁵⁶.

❖ Principios que consagra respecto de los menores.

La ley contempla a su vez los convenios que hayan sido reconocidos por Colombia, en especial, los tratados o Convenios Internacionales de derechos humanos entre los cuales tiene un lugar especial la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁵⁴ Artículo 74, inciso b

¹⁵⁵ Artículo 3, Ley 1098 de 2006

¹⁵⁶ Artículo 34, código Civil Colombiano

Por otra parte, mantiene la perspectiva del principio del interés superior del menor como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes. En ese orden de ideas, considera la aplicación de la norma más favorable para el niño, niña o adolescente y observa un criterio amplio de interpretación de las normas, en especial las relacionadas con derechos y garantías¹⁵⁷.

Otro principio incluido es la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores, los cuales se consideran superiores al entrar en conflicto con los de cualquier otra persona, y, en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente¹⁵⁸.

❖ **Derecho a la salud.**

Inicialmente, en el capítulo de derechos y libertades, la Ley 1098 liga a la calidad de vida, la prestación de los servicios de salud, como uno de los componentes del desarrollo integral y la dignidad humana; la legislación decidió una serie de eventos bajo los cuales, los menores, se encuentran en peligro de ver vulnerados sus derechos. Muchos de ellos están relacionados con el estado de salud, en especial con la prevención de drogadicción, alcoholismo y tabaquismo, enfermedades infecciosas y salud mental¹⁵⁹.

El derecho a la salud se trata bajo la idea de integralidad¹⁶⁰ y en concordancia con los tratados de derecho internacional vigentes. De esta manera, se considera que la salud de los niños, niñas y adolescentes, es un estado de bienestar físico, síquico y fisiológico, y no sólo la ausencia de enfermedad. Este derecho se observa realizado mediante la exigencia que se le hace a las entidades de salud, públicas y privadas, de prestar el servicio, sin que medien abstenciones, aun en caso de no tener afiliación a alguno de los regímenes de salud; caso en el cual, la nación cubrirá los gastos¹⁶¹.

Es importante hacer referencia al principio de integralidad en conjunción con el principio de progresividad, es así que se determina crear el sistema de salud integral para la infancia y la adolescencia, de tal manera que con el transcurso del

¹⁵⁷ Artículo 6, Ley 1098 de 2006

¹⁵⁸ Artículo 9, Ley 1098 de 2006

¹⁵⁹ Estos apartes son establecidos como derechos de protección por el Artículo 20 de la ley 1098 de 2006

¹⁶⁰ Se entiende salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁶¹ Artículo 27, Ley 1098 de 2006

tiempo, entre los años 2008 a 2010, se incluirá a todos los menores independientemente del régimen en el que se encuentren¹⁶².

Por otra parte, radica en cabeza del Estado el deber de garantizar el acceso a los niños, niñas y adolescentes, al sistema de seguridad social en salud¹⁶³. Respecto del sistema de seguridad social en salud, le da ciertos deberes en lo que se refiere a la garantía del derecho a la salud de los menores; entre esos deberes se encuentran la vacunación, prevención de enfermedades respiratorias y diarreicas, diagnóstico y tratamiento antirretroviral para el VIH/SIDA evitando la transmisión madre – hijo, la atención especial a los casos de urgencias y la diligencia debida por parte de las autoridades administrativas en estos casos, acceso gratuito para los adolescentes a los servicios especializados de salud sexual y reproductiva, prevención del embarazo no deseado y la atención a las madres adolescentes, prevención y detección del maltrato físico, así mismo de las alteraciones físicas, mentales, emocionales y sensoriales en el desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes; para los casos de anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrán derecho a recibir por parte del Estado, atención, diagnóstico, tratamiento especializado y rehabilitación, cuidados especiales de salud, orientación y apoyo a los miembros de la familia o las personas responsables de su cuidado y atención¹⁶⁴.

¹⁶² Artículo 27, Ley 1098 de 2006, Parágrafo 2

¹⁶³ Artículo 41, inciso 13, ley 1098 de 2006

¹⁶⁴ Artículo 46, ley 1098 de 2006

3. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS MENORES EN EL MUNICIPIO DE PASTO MEDIANTE LA ACCIÓN DE TUTELA

3.1 ANÁLISIS CUANTITATIVO

3.1.1. Juzgados objeto de análisis. Para analizar la incidencia de los principios constitucionales en la administración de justicia del Departamento de Nariño, se hizo necesario acudir a los entes oficiales que se encuentran encargados de su trámite en el municipio de Pasto. De esta manera, se solicitó el acceso a los 43 juzgados que integran el circuito y siendo solicitados los correspondientes permisos, se obtuvo respuesta afirmativa de 14 de ellos, así:

1. Juzgado cuarto civil del circuito.
2. Juzgado cuarto penal municipal.
3. Juzgado octavo administrativo.
4. Juzgado primero civil del circuito.
5. Juzgado primero penal del circuito.
6. Juzgado primero penal del circuito especializado.
7. Juzgado quinto administrativo.
8. Juzgado segundo civil del circuito.
9. Juzgado segundo de familia del circuito.
10. Juzgado séptimo administrativo.
11. Juzgado sexto administrativo.
12. Juzgado sexto penal municipal.
13. Juzgado tercero civil del circuito.
14. Juzgado tercero de familia del circuito.

De ellos, se obtuvo los datos concernientes a las acciones de tutela que correspondían a los criterios expuestos en el proyecto de investigación, es decir, que estuvieran en el rango de haber sido falladas en los años 2000 -2008, que trataran el tema de salud y que fueran interpuestas en defensa del derecho a la salud de los menores de edad.

3.1.2. Población a analizar. Siguiendo la metodología de investigación para la muestra propuesta por Roberto Hernández Sampieri¹⁶⁵, se eligió como candidatos para la medición a la población caracterizada por las acciones de tutela que cumplieran las condiciones antes descritas y bajo esas características delimitar el radio de acción de la investigación.

¹⁶⁵ Hernández Sampieri, Roberto. Metodología de la investigación, McGRAW HILL. 1996 pág. 209

Ahora bien, habiendo delimitado los objetos de análisis, se hace necesario seleccionar una muestra, caracterizada por ser un subgrupo de la población total de acciones de tutela que se encuentran delimitadas.

Antes de proseguir, se hace necesario precisar los siguientes puntos:

1. No fue posible totalizar el número de sentencias de tutela que se habría fallado en el municipio de Pasto en los años 2000 a 2008. La razón de este inconveniente se originó en la inexistencia de una base de datos que totalizara las sentencias presentadas o al menos una forma de totalizarlas, por esta se averiguó en la oficina judicial del palacio de justicia. Por otra parte, se intentó hacerlo con los radicadores de cada juzgado, encontrando gran imprecisión en el número de sentencias radicadas y las falladas, por lo que no se podía tener certeza de su existencia en los libros radicadores. Una forma adicional, fue recurrir a la Corte Constitucional, sin embargo, no se obtuvo respuesta. Posteriormente se intentó conseguir datos mediante la defensoría del pueblo, quienes tienen bases de datos ya que han hecho estudios al respecto; sin embargo, al obtenerse uno de los radicadores se encontró que no había coincidencias con lo que se tenía físicamente en los libros radicadores de sentencias, haciendo imprecisa la información e imposibilitando el estudio total que en un inicio se había previsto.

2. En razón de lo anterior, se decidió tomar como elementos de estudio para constituir una muestra, las sentencias que cumplieran con la caracterización y que estuvieran físicamente en los libros de sentencias que maneja cada juzgado, de los 14 a los que se tuvo acceso.

De acuerdo con las precisiones, se obtuvo un total de 362 sentencias¹⁶⁶, las cuales se encuentran distribuidas así:

Tabla 2. Número de sentencias por juzgado

No.	JUZGADO	No. SENTENCIAS
1	Cuarto Civil del Circuito	40
2	Cuarto Penal Municipal	73
3	Octavo Administrativo del Circuito	2
4	Primero Civil del Circuito	33
5	Primero Penal del Circuito	56
6	Primero Penal Especializado	1
7	Quinto Administrativo del Circuito	3
8	Segundo Civil del Circuito	43
9	Segundo de Familia del Circuito	9

¹⁶⁶ Ver anexo B: Radicador Sentencias Jurisdicción Municipio de Pasto

10	Séptimo Administrativo del Circuito	5
11	Sexto Administrativo del Circuito	5
12	Sexto Penal Municipal	48
13	Tercero de Familia del Circuito	18
14	Tercero Civil del Circuito	26
TOTAL SENTENCIAS		362

❖ **Determinación de la muestra de investigación.**

Según el autor antes citado, hay dos tipos de muestra que pueden usarse, las muestras probabilísticas y las no probabilísticas. Para el caso, se usará una muestra de tipo probabilístico y que a su vez puede estratificarse. Esta se calculó según los siguientes criterios y formulas

Tabla 3. Calculo de la muestra

CÁLCULO DE LA MUESTRA			
Criterio	Fórmula	Símbolo	Resultado
Número de la población	N		362
Muestra sin ajustar	S^2/V^2	n'	44
Varianza de la muestra	$S^2 = P*(1-P)$	S ²	0,0099
Error estándar	Error ST		0,015
Varianza de la población	Error ST ²	V ²	0,000225
Probabilidad de ocurrencia	P		0,99
Muestra ajustada	$n'/(1+(n'/N))$	N	39,23152709
Factor de distribución	n/N	F	0,108374384

Por los anteriores cálculos, se obtiene que la muestra a ser revisada será de 39 sentencias y que a su vez es necesario estratificarla de acuerdo con el número de fallos que se presentan en función de los años evaluados (2000 – 2008). Paralelo, se divide el número de procesos por año entre el factor obteniendo el siguiente resultado

Tabla 4. Estratificación de la muestra

MUESTRA ESTRATIFICADA			
AÑO	NÚMERO DE PROCESOS	FACTOR	CANTIDAD A REVISAR
2000	15	0,10837438	2

2001	20	0,10837438	2
2002	14	0,10837438	2
2003	18	0,10837438	2
2004	22	0,10837438	2
2005	21	0,10837438	2
2006	37	0,10837438	4
2007	117	0,10837438	13
2008	93	0,10837438	10
TOTAL			39

Ahora bien, es necesario escoger los procesos que serán revisados de acuerdo con el criterio expuesto. Para ello se utilizó el método de tómbola, teniendo como resultado los siguientes procesos.

Tabla 5. Procesos escogidos al azar

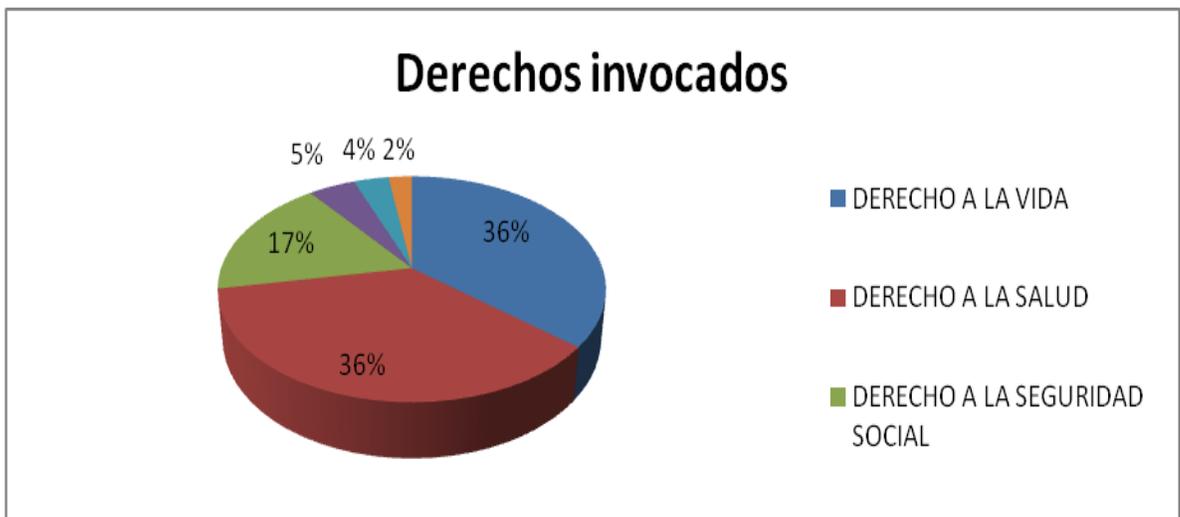
No	AÑO	JUZGADO	No. RADICACIÓN	No	AÑO	JUZGADO	No. RADICACIÓN
1	2000	J3FC	339	20	2007	J4PM	234
2		J3FC	413	21		J4PM	289
3	2001	J2CC	221	22		J2FC	007
4		J2CC	367	23		J2FC	162
5	2002	J3FC	526	24		J8AC	140
6		J2CC	184	25		J1PC	314
7	2003	J3FC	174	26		J6PM	013
8		J1PC	118	27		J6AC	089
9	2004	J4CC	117	28		J6PM	038
10		J3FC	328	29		J7AC	237
11	2005	J4PM	028	30	2008	J4CC	251
12		J1PC	262	31		J4PM	189
13	2006	J4PM	207	32		J1PC	060
14		J4PM	259	33		J6PM	008
15		J1PC	305	34		J6AC	222
16		J1CC	205	35		J3FC	015
17	2007	J4CC	074	36		J2CC	262
18		J4CC	139	37		J6AC	208
19		J4CC	182	38		J5AC	151
				39		J3CC	210

3.1.3. Características de los procesos revisados. De los procesos obtenidos por muestra y que fueron revisados, pudo establecerse las siguientes características:

❖ **Derechos invocados.**

De la totalidad de procesos se pudo establecer que en el 36% de los casos el derecho a la salud es invocado en conjunción con el derecho a la vida, seguido de cerca con un 17% en cuanto al derecho a la seguridad social, siendo menor la incidencia de derechos como la igualdad, dignidad humana e integridad personal. En la mayoría de los casos, el derecho a la salud se invocaba como fundamental en el caso de los menores.

Grafico 1. Porcentaje de derechos invocados



Fuente: Esta investigación

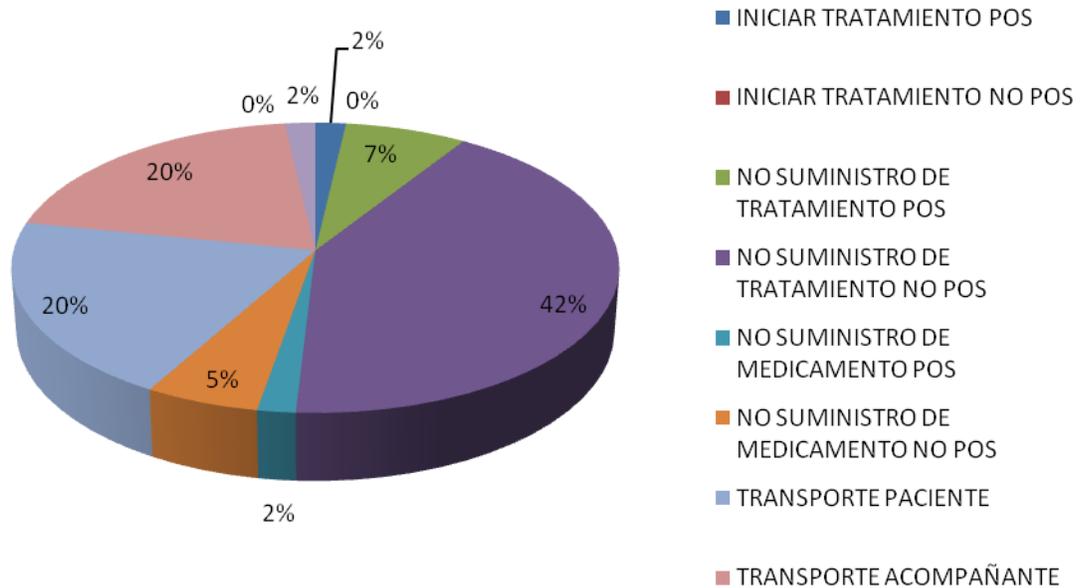
❖ **Hecho generador de la acción.**

Como hechos que provocan la interposición de una acción de tutela en defensa de los derechos de los menores tenemos que en concordancia con el siguiente gráfico, se puede observar que hay mayor incidencia por el no suministro de tratamientos no POS, convirtiéndose en la mayor causa de las acciones de tutela interpuestas. Igualmente, es relevante el porcentaje respecto de las peticiones para que se otorgue subsidios de transporte para los acompañantes de los pacientes y para ellos mismos.

En cuanto al suministro de tratamientos POS se observa que hay un margen menor de ocurrencia, siendo sólo el 7%, mientras que las solicitudes por medicamentos ocupan un lugar inferior con un 5%.

Grafico 2. Porcentaje de hechos generadores de Acción de Tutela

Hecho Generador



Fuente: Esta investigación

❖ Tipo de fallo de la acción.

Las acciones de tutela en su gran mayoría (87%), se observan como concedidas a favor de la pretensión que se presenta, siendo concordantes con la protección prominente que se tiene respecto del derecho a la salud que se invoca. Ello denuncia una jurisdicción que es ampliamente protectora de este derecho, en especial, debido a su calidad de fundamental, por lo tanto, el porcentaje de negación es mucho menor, así como la declaración de improcedencia de la acción.

Grafico 3. Total de fallos analizados

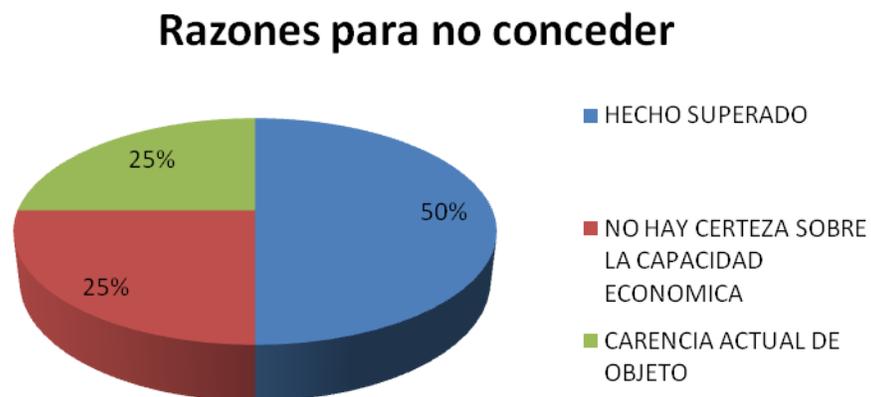
Total de fallos



Esta investigación

Es necesario entonces, observar cuales son las razones por las que no se protege el derecho; para ello, se debe considerar el siguiente gráfico. Puede ratificarse el criterio que se había anticipado en cuanto a considerar una jurisdicción protectora del derecho, ya que la mitad de los fallos no se tutelaron en consideración a haberse superado la circunstancia que ocasionó la interposición de la acción; sin embargo, preocupa el hecho de que no se haya concedido en un 25% debido a la falta de certeza respecto de las capacidades económicas sea del paciente o de su núcleo familiar, olvidando que el juez puede desplegar sus capacidades de investigación para establecerlas y mucho más cuando se trata de un menor y la protección que sobre él recae.

Gráfico 4. Porcentaje de razones para no conceder



Fuente: Esta investigación

3.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

Para esta parte del trabajo, se ha considerado los argumentos que acogen los juzgados analizados y que coinciden con el estudio constitucional de la jurisprudencia emanada de la Corte. Sin embargo, en este caso, por ser una evaluación, debe darse un criterio bajo el que los lineamientos de la Alta Corporación sean cuantificados, en razón a ello, se propone como metodología una escala gradual del siguiente tenor:

- Calificación 0: El principio, postulado fáctico o jurídico no ha sido tomado en cuenta aun cuando estaba involucrado en el caso concreto
- Calificación 3: El principio, postulado fáctico o jurídico fue nombrado mas no considerado

- Calificación 5: El principio, postulado fáctico o jurídico fue considerado de la manera correcta y hace parte de la decisión.

De acuerdo a este nivel, se ha calificado el grado de intensidad con el cual cada uno de los puntos que tocan los casos objeto de análisis, hace referencia y se considera dentro de la decisión; un grado alto en el nivel no siempre significa que un principio está siendo considerado de la manera adecuada y en la misma forma a la inversa.

Se aclara que no todos los puntos tratados en la caracterización jurídica, fáctica y de principios serán tocados puesto que sólo algunos de ellos se tienen en cuenta por parte de los fallos que se han dado en la jurisdicción del municipio de Pasto.

3.2.1. Análisis de la caracterización jurídica del derecho a la salud de los menores de edad.

❖ El derecho a la salud de los menores es fundamental.

Se tiene que el porcentaje de casos en los que se invoca la calidad de fundamental del derecho a la salud de los menores es del 64%. En ese porcentaje, se presentan consideraciones de peso, en especial el reconocimiento que hace la Carta Política en el ya mencionado artículo 44. Lagran mayoría de los fallos citan jurisprudencia que está relacionada a la declaración del estado de fundamentalidad en relación al estado de debilidad en que se encuentran los menores, convirtiéndose en una poderosa razón que permea el derecho y su aplicación efectiva. Dentro de ese rango, puede calcularse un 94% de intensidad, es decir, que las consideraciones que se hacen al respecto del derecho en la propiedad descrita, son congruentes con los preceptos constitucionales. Sin embargo, no se puede olvidar que en un porcentaje menor, se ha dejado de reconocer el derecho y se hace mayor alusión al derecho a la salud simple, sin considerar el rango que en realidad debe aplicarse para los casos que se comentan, lo cual denuncia un tanto de desconocimiento acerca del tema, ello sin que esa tendencia varíe disminuyendo a lo largo de los años, sino que sea difusa, presentándose de manera espontánea.

❖ El derecho a la salud de los menores es autónomo.

Para este caso, se ha dicho que la autonomía del derecho a la salud de los menores es una marcada característica que es necesario considerar siempre; bajo tal postulado, el derecho a la salud, para el caso comentado, no necesita conectarse con otro derecho que le trasmite tal peculiaridad. En razón de lo anterior, se hará dos consideraciones, la primera, en torno a la consideración de la autonomía del derecho y la segunda, la consideración de la teoría de la conexidad, que para el caso, se encuentra proscrita.

En el primer punto, se encuentra una pobre referencia al derecho a la salud para los menores en propiedad de la autonomía que le otorgó la Constitución de 1991, llegando a un 13%, lo cual considerando que en todos los casos se toca tal derecho, denuncia el desconocimiento de la jurisdicción en cuanto al tema. Adicionalmente, en los casos considerados, alcanza la intensidad de 60%, siendo las razones de este porcentaje que en su mayoría se lo ligue a la teoría de la conexidad y la inobservancia de los conceptos que consideran la autonomía del derecho.

Ahora bien, en cuanto a la teoría de la conexidad, se encuentra que tiene mayor acogida por parte de los tribunales, alcanzando el 45% de los casos y siendo su intensidad del 98%, lo cual expresa el pensamiento de la jurisdicción y la forma de resolver los asuntos; no está de más decir que muchos de los fallos se hacen sobre formatos y probablemente por ello deja de considerarse las implicaciones especiales que tienen los casos, asimilando el derecho principal de los menores al de la población general y por ende, cubierto por su conexión con la vida.

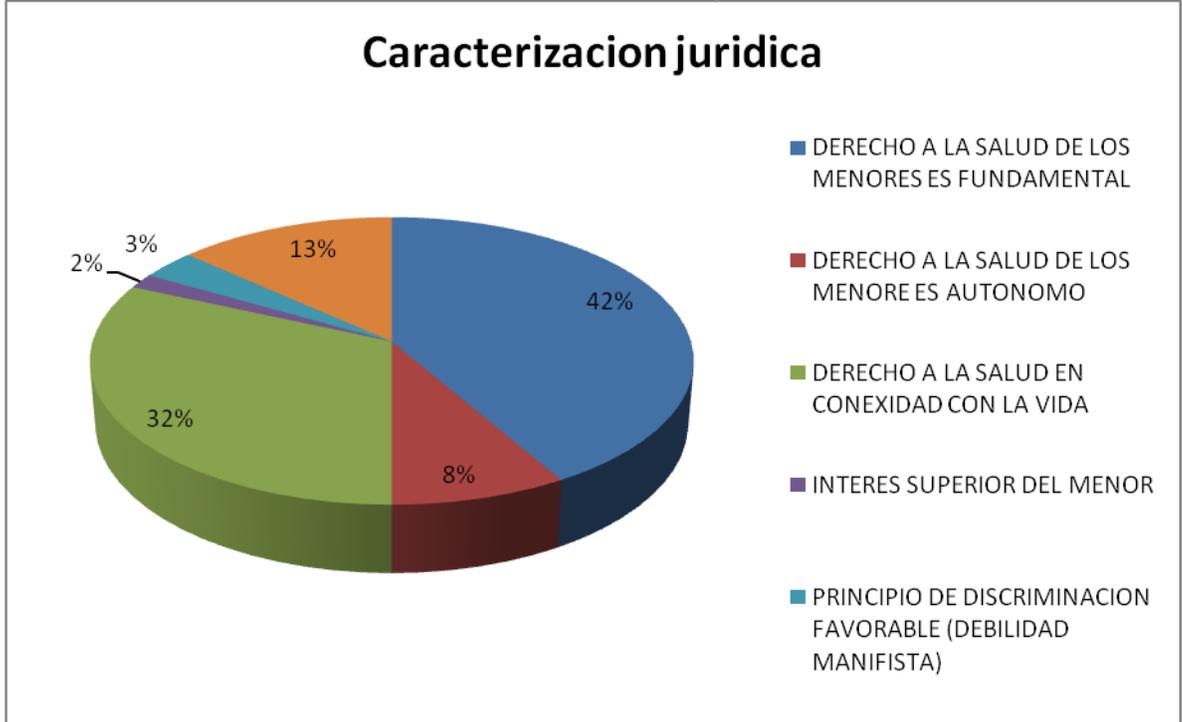
❖ **El interés superior del menor.**

Frente a este tema, resalta el hecho de que no haya sido mayormente considerado, ello es claro al encontrarse que la mención del tema sólo corresponde a un 3% de los casos observados mediante la muestra, sin embargo no se observa vulnerado, ya que es un principio cuyo respeto se encuentra implícito cuando se protege el derecho y mucho más cuando se hace en el status de fundamental; aun cuando en las providencias la referencia sea casi nula, el gran número de tutelas que tienen una decisión que ampara las peticiones de los tutelantes muestra que se ha considerado la prevalencia de este interés y el ánimo protector que tiene la jurisdicción con respecto a los menores de edad.

❖ **Circunstancias de debilidad manifiesta.**

Es indiscutible que muchas de las acciones que se presentan con ánimo de proteger los derechos de los menores, quienes de por sí se encuentran en un estado de debilidad, se ven agravadas por patologías cuyo tratamiento es elevado o por casos en los que la extrema pobreza provoca que se proteja de manera primordial a estas personas o incluso, casos en los que pese a que la familia tiene alguna capacidad económica, los recursos que demanda la enfermedad, son demasiado altos. Estas realidades son las que solicitan la protección prevalente mediante el enunciado de debilidad manifiesta, mismo que en los casos necesarios se puede considerar plenamente protegido ya que los jueces reconocen los casos a primera vista y en ese orden de ideas buscan que los menores sean amparados de las circunstancias que ponen en riesgo su futuro, sea por las patologías, sea por las condiciones de vida a las que se ven sometidos y ante las cuales, la sensibilidad humana no puede dejarse de lado.

Grafico 5. Identificación de las características jurídicas



Fuente: Esta investigación

3.2.2. Análisis de la caracterización fáctica del derecho a la salud de los menores de edad

❖ Justiciabilidad de las prestaciones excluidas del P.O.S.

En este caso, como ya se había dilucidado, se trata acerca de la prestación de los servicios que se encuentran excluidos del POS, sea el régimen contributivo o subsidiado; sin embargo, tales exclusiones no sería necesario contemplarlas tomando en consideración que el derecho fundamental de los menores a la salud, permite que la protección que se otorgue se amplía, eliminando cualquier límite que de por sí ya está proscrito. Pese a estos reparos, la jurisdicción concerniente al municipio de Pasto, reflexiona de manera relativamente constante ante las reglas que se han elucubrado por la Corte, es así que sólo en un 21% son vistas; comúnmente se las toma como límites bajo los que se mueve la decisión y que son evaluadas a fondo, prueba de ello es que en los casos que se han presentado, las consideraciones abarcan de manera profunda los fundamentos e implicaciones, lo que se expresa en el 95% de las consideraciones que se hacen al respecto. De todas maneras, no se puede olvidar que son ellas las que definen la mayor cantidad de casos en los que se presenta en conflicto el derecho a la salud.

❖ **Derecho a la salud en relación con el derecho al diagnóstico.**

La idea acerca del derecho al diagnóstico incluido en el derecho a la salud es un tema muy recurrido dentro de las acciones interpuestas, no así las consideraciones que se tienen al respecto, es decir, no en todos los casos, pese a que la petición está relacionada con el derecho al diagnóstico, éste no es contemplado como parte de la sentencia. Ello se colige de que en los casos presentados, muchos de ellos denunciado que la negación que se hacía de un examen era porque éste se encontraba orientado a establecer un diagnóstico certero respecto del estado de salud del paciente, encontrando una intensidad de la consideración tan solo del 69%.

❖ **Capacidades económicas de los pacientes.**

Este tema, siendo una de las ideas que más redundan en la jurisprudencia constitucional, no lo hace de esa manera en las sentencias de la región, por el contrario, las exposiciones que se hace de éstas son pocas ya que en cuanto a la incapacidad económica solo se tiene que sólo se expone en el 28% de los casos y la observación de no interposición de barreras de carácter económico sólo alcanza el 28%. Dentro de esos rangos, se hace análisis en su mayoría respecto de las capacidades económicas sin detenerse a discernir acerca de las barreras que son interpuestas por parte de las entidades, en especial las que son por copagos y cuotas moderadoras y unas tantas en razón a la falta de semanas de cotización para acceder a los servicios del régimen contributivo. Se resalta que se observan las reglas jurisprudenciales en cuanto a su determinación ya que es una de las condiciones que se tocan cuando se necesita autorizar un servicio que se encuentra excluido del POS¹⁶⁷ y que se presenta como definitivo a la hora de tomar la decisión de proteger o no el derecho.

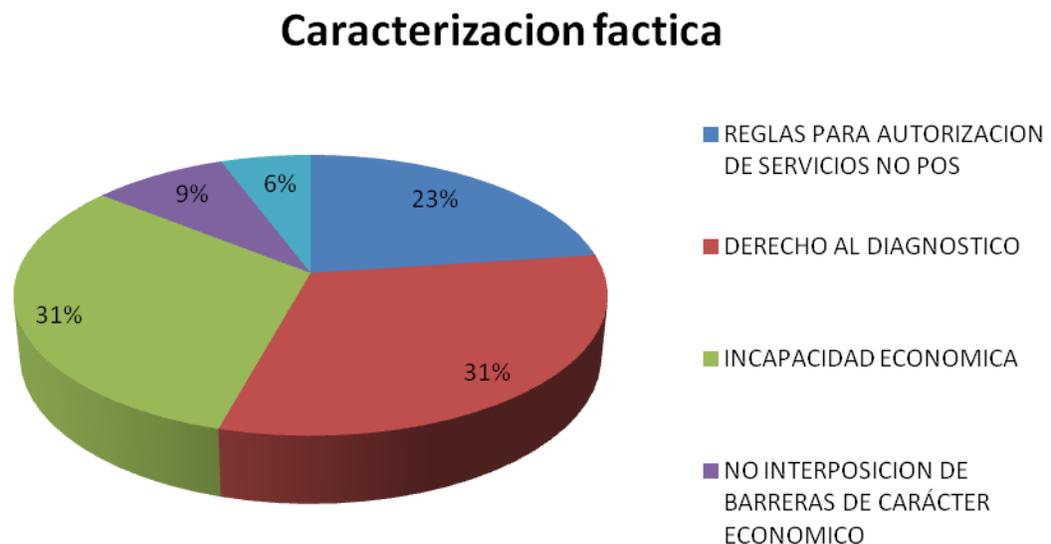
❖ **Prestación de servicios ordenados por un médico no adscrito a la EPS**

La quinta regla que se ha comentado en el apartado dedicado a la justiciabilidad de las prestaciones médicas excluidas del POS, referente a que la orden de la prestación medica que se pide sea cumplida, debe estar dada por un médico que se encuentra adscrito a la entidad prestadora del servicio, cualquiera que sea su denominación; sin embargo, la negligencia de las entidades o la misma necesidad de los pacientes provoca que éstos se dirijan ante médicos que no tienen contrato con estos entes, dirigiéndose a obtener una valoración de un galeno externo. Ante este acto, las entidades, en su respuesta a las acciones presentadas en el municipio, consideran inapropiado el dictamen, escudándose precisamente en la relación contractual que debe precederlo y pidiendo que se le desestime. Tal comportamiento es el avalado por parte de los juzgados, encontrando que en los

¹⁶⁷ Ver Capítulo III, Apartado 2.2.1.

casos donde se involucró, no fue tomado como relevante o por el contrario, se desechó de tajo y por ende, la sentencia de fondo fue nugatoria del derecho, precisamente por tomar como taxativa la mencionada regla. Ello permite apreciar que los tribunales tienen la misma perspectiva de las EPS, siendo que la obediencia de los fallos debe ser a la jurisprudencia constitucional, la que ha dictado reglas claras respecto a la apreciación que debe hacerse del concepto de un galeno que no esté afiliado a la EPS, es decir, considerando el caso y la oportunidad que se le otorga a la entidad de defenderse con opiniones de médicos que gocen de relación contractual y que estén en la capacidad, sí no de contradecir, de dar una idea mejor acerca de la patología o tratamiento que sea necesario para recuperar la salud del paciente.

Grafico 6. Caracterización fáctica del derecho a la salud



Fuente: Esta investigación

3.2.3. Análisis de los principios del derecho a la salud.

❖ Análisis respecto de los principios de eficiencia – continuidad – integralidad.

Respecto de estos principios, se había dicho que su trabajo se daba en conjunción. Así, en caso de que llegara a operar alguno, debía tomarse en consideración los otros dos, siendo un núcleo sólido. Contrariamente, se observa que las providencias del municipio están destinadas a hacer mayor concepto respecto del principio de integralidad, evidenciando que se protege a los menores mediante tratamientos integrales y no a través del principio. En los fallos se observa que la fórmula concerniente a este tipo de tratamientos se otorga como

una retórica más del resuelve, pero sin llegar a tener consideraciones de fondo. Consiguientemente, se ha dejado en segundo lugar los argumentos que apoyan el principio de continuidad, concepto que tampoco tiene grandes reparos jurisprudenciales o propios del fallador. En cuanto al principio de eficiencia, no se observan mayores esfuerzos por propender hacia su establecimiento, sino que de manera indirecta se condena mediante los fallos, las conductas en que incurren las EPS.

❖ **Análisis del principio de dignidad humana en relación con el principio pro homine y pro infans.**

Estos dos principios, hacen pensar en una protección que se realiza de manera implícita, ello se deduce de los fallos de las sentencias que tienen tendencia proteccionista, sin embargo, se critica que la única mención encontrada no sea más profunda debido a que en las decisiones estos principios siempre se encuentran involucrados y que en el querer de la Corte Constitucional, son reglas hermenéuticas para los casos propios del tema en debate.

❖ **Análisis del principio de proporcionalidad de las cargas en relación con el principio de gastos soportables.**

Son escasos los pronunciamientos que se hacen respecto de este tópico, siendo extraña la situación a la conceptualización que se hace en las sentencias del circuito; además, se tiene que la situación no es atípica, los tratamientos médicos solicitados, siendo sumamente costosos y rompiendo con el equilibrio financiero de un grupo familiar. Tal situación, a pesar de que no es contemplada por los fallos, se encuentra cubierta de manera implícita cuando se observa los resultados protectores de las sentencias.

4. CONCLUSIONES

1. El Derecho internacional ha abarcado desde tempranas épocas el derecho a la salud de los menores, siendo reconocido desde los inicios del siglo XX y durante su transcurso se fortaleció, especialmente con la conformación de las Organización de Naciones Unidas y con los entes que se encargaron del desarrollo de los derechos; entre ellos, como entidad dependiente, se destaca la posición que juega la Organización Mundial de la Salud y como documento, el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales PIDESC, junto con las observaciones generales.

Todo el desarrollo del derecho a la salud de este grupo poblacional, se basa en la solicitud de defensa que hace un conglomerado que se encuentra en un grado de indefensión que es directamente proporcional a su edad.

De la misma forma, es destacable la defensa realizada por el sistema interamericano de derechos humanos, trabajo que es liderado por la Organización de Estados Americanos OEA.

El compromiso internacional compilado demuestra el camino de ideas del pensamiento internacional dirigido a proteger a quienes, día a día, se convierten en el futuro del ser humano. Son los niños los encargados de sucedernos y alcanzar el avance como especie y sólo se pueden lograr tales propósitos cuando su desarrollo está garantizado, siendo parte inescindible, fundamental e invaluable, la salud; que más que un derecho, es un estado que permite a la vida progresar. Contrario sensu, puede observarse la situación del mundo, donde los niños son víctimas de la guerra, abandono, maltrato y explotación, por ello, propender por el goce de sus derechos es una obligación del género humano.

2. En cuanto al avance que se ha dado en la aplicación por Colombia de los compromisos internacionales, puede apreciarse que fue lento y tardío.

Con la Constitución de 1886 y los inicios de la legislación en Colombia, la salud fue entendida en un sentido negativo, es decir como ausencia de enfermedades. En ese entonces, no se concebía la salud como un derecho, sino como una prestación, que dependiendo de la corriente de turno era garantizada leve o formalmente. Esto cambia, con la concepción de Estado, en el Estado Social de Derecho, y en especial en su primera manifestación, es decir el Estado de Bienestar, pues está en cabeza del Estado la prestación de la salud, con el fin de solucionar necesidades básicas de la población.

Mediante la derogación de la Constitución de 1886 y la adopción de la Carta Fundamental de 1991 pudo verse un verdadero derecho a la salud, como se ha escrito, con anterioridad a ello, las nociones no permearon el ordenamiento

jurídico colombiano sino hasta los albores del siglo XXI. Siendo que las primeras pronunciaci3nes en torno al derecho a la salud datan de tiempos anteriores a la creaci3n de la ONU, extraña que el Estado Colombiano se haya mostrado apático ante estas afirmaciones. Después de la Constituci3n de 1991, se obtuvo el articulado específico que enmarca el derecho y más adelante, el desarrollo legal que de todas maneras se muestra insuficiente para gran atizar el derecho.

Es de esta forma como ha continuado el derecho a la salud, mal se haría al decir que no ha habido avances, pero tampoco es loable la forma en la que se han hecho, es decir, a los empellones dados por la jurisprudencia constitucional y no motu propio por los encargados del sistema, quienes además están obligados a garantizar el derecho a la salud, no en condiciones mínimas, tal como se ha venido haciendo, sino por el contrario, su deber como administradores del sistema radica en una atenci3n concordante con los principios que lo rigen, en especial los de eficiencia, integralidad y continuidad, puntos básicos para la atenci3n en condiciones de respeto a la dignidad humana.

3. Las labores jurídicas que el gobierno ha desarrollado en virtud de las acciones afirmativas de protecci3n han sido amplias en su número, mas no en el contenido. Sólo puede apreciarse un avance fundamental en el reconocimiento de los derechos de los niños mediante la ley 12 de 1991. Posteriormente, sólo puede considerarse que las actuaciones legales han tenido limitaciones al derecho de los menores, énfasis hecho por las exclusiones del plan obligatorio de salud, POS, sea en el régimen contributivo o subsidiado y cuya textura, pese a ser de carácter científico, deja vacíos donde es dable la interpretaci3n y que de todas maneras no operan en raz3n a la defensa que se debe hacer del derecho a la salud de los menores.

La última regulaci3n que se ha hecho respecto a la protecci3n de los derechos del menor muestra tendencia proteccionista y acorde con los principios constitucionales y legales vigentes, propendiendo por una cobertura más amplia hacia la situaci3n de indefensi3n que este grupo presenta.

4. La importancia que a nivel jurídico tiene la Corte Constitucional es innegable, ha marcado la pauta en muchos de los aspectos que son álgidos en cuanto a la defensa de derechos humanos. Respecto al derecho a la salud, ha servido de punto dirimente a favor del respeto por la persona y ha detenido el avance de políticas que atentan contra los derechos que le son inherentes.

En el derecho a la salud de los menores, la mano protectora ha sido amplia, ha decantado numerosos conceptos que propenden por su defensa, ha creado posiciones específicas desde las que parten los derechos de los niños y en cierta forma, mecanismos de evaluaci3n para garantizar principios sumamente relevantes en los casos.

La línea de visión de la Corte Constitucional es la guía para los demás jueces constitucionales encargados de los fallos de tutela y que deben seguir la senda dictada con el fin de respetar el precedente vertical en la jurisprudencia y por ende justificar sus decisiones siendo consecuentes con el precedente horizontal.

Es importante recalcar que la Corte se ha convertido en matriz de principios para en alguna medida buscar la justicia material necesaria, mismos que son reguladores de las situaciones fácticas.

5. El derecho de precedente, ha sido de vital importancia para desarrollar un derecho que por esencia es dinámico, pero en el contexto de Colombia se ha visto muy limitado. Esto se evidencia, en las directrices de progresividad que ampara al derecho fundamental de salud, en especial las caracterizaciones jurídicas y fácticas del derecho a la salud encontradas en la jurisprudencia y los principios inherentes al derecho a la salud de los menores de edad. En este sentido, es menester decir que la mayor parte de las sentencias están dirigidas a la solución de las condiciones fácticas que pueden influenciar el derecho a la salud y al establecimiento de subreglas para su solución mediante la tutela. Por otra parte, la minoría de los fallos está en dirección a establecer los principios que rigen el derecho a la salud, los cuales son tocados de manera muy leve, pero que con el tiempo se han establecido en parámetros transversales para la solución de problemas de vulneración del derecho a la salud de los menores.
6. Dentro de los principios que gobiernan el derecho a la salud, se concluye que muchos de éstos no son independientes, tienden a ser un sistema holístico, una especie de núcleo alrededor del cual giran las circunstancias determinadas que afectan de manera negativa al derecho y que en defensa de éste, mediante el respeto de la integridad del sistema, los jueces deciden tomando en consideración los criterios de la Corte.
7. Se ha encontrado que la jurisprudencia acerca del tema es uniforme, sin mayores varianzas a lo largo de los pronunciamientos de la Corte, su tendencia es cada vez más proteccionista ya que los principios, ejes que soportan el derecho, son sumamente fuertes. A lo largo de los años, mediante el análisis que se ha enunciado, se determinó que se enriquece con conceptos mucho más amplios para dirimir los casos.

Puede considerarse una jurisprudencia rica en reglas específicas y determinadas, mismas que se convierten en puntos de análisis certeros bajo los cuales se debe juzgar los casos donde el derecho a la salud de los menores se ve envuelto, siendo siempre posible hacerlas extensivas, en algunos casos, a los problemas en torno al derecho a la salud general.

8. En la investigación de campo realizada dentro de la jurisdicción del municipio de Pasto, pudo observarse que la mayoría de los juzgados tienen libros radicadores inexactos, careciendo de precisión en las sentencias de tutela que se fallan.
9. En las sentencias emanadas por la jurisdicción municipal se pudo encontrar que el derecho a la salud está caracterizado de manera adecuada en general, mas no en cuanto al derecho a la salud de los menores, olvidando en un gran porcentaje que es un derecho autónomo y como consecuencia de esto, recurriendo a la teoría de la conexidad, Pese a ello, es evidente la protección que se brinda a este derecho con respecto a los infantes. Esto llevaría a hacer una salvedad: pese a que en todas las ocasiones que se vulnera el derecho a la salud de un infante, se pone en riesgo la vida, en el caso de los niños, esta circunstancia se está presumiendo, cuando se pone en la constitución como derecho fundamental y no obliga a demostrar una conexidad fáctica.
10. La mayoría de las sentencias de tutela del municipio no hacen mayor análisis de los derechos de los niños, es preocupante como la mayoría pueden encuadrarse en formatos que no tienen análisis de fondo del caso en cuanto a los fundamentos constitucionales y legales que deben estar abarcados. En varias ocasiones sólo se remiten a citar sentencias, y en muy pocos eventos se examina el caso a fondo, y se mira el desarrollo jurisprudencial que la Corte constitucional ha realizado para situaciones fácticas similares.
11. Llegado a este punto, es necesario preguntarse si los jueces constitucionales del municipio de Pasto, vulneran, respetan simplemente o garantizan efectivamente el derecho a la salud de los menores mediante sus fallos de tutela.

Frente a este interrogante, siendo consecuentes con el estudio realizado, no queda otra alternativa que inclinarse por la segunda posibilidad; la conclusión lógica es que los jueces adscritos al municipio de Pasto tienen sus fallos alineados en torno a la simple garantía del derecho a la salud de los menores.

La falta de conceptualización acerca de las circunstancias que afectan el derecho a la salud y que no son contempladas por los jueces es patente, no se puede dejar de lado que en los casos evaluados, los despachos olvidan contemplar condiciones jurídicas, fácticas y de principios que son inherentes a los casos, que si bien no modifican la decisión final, si enriquecen el pensamiento jurídico que se plasma en una sentencia y que promueven por decisiones justas con bases suficientes. Por otra parte, es necesario exigir las consideraciones adecuadas en cuanto al derecho, haciendo especial énfasis en su calidad de fundamental y del grupo al que se pretende proteger.

12. El derecho a la salud de los infantes debe dejar de ser un derecho escueto, al que solo se comprometían las empresas promotoras de salud -EPS- por medio de fallos de tutela, en donde se los obliga con un procedimiento o medicamento específico, y en algunas oportunidades con tratamientos integrales. A pasar a ser, un derecho bandera que se proteja prima facie, reconocido sin necesidad de la vía judicial del progreso que ha tenido en Colombia, y que está en armonía con el desarrollo internacional al cual Colombia se encuentra vinculado por el bloque de constitucionalidad

5. RECOMENDACIONES

1. Instar al Estado a desarrollar políticas públicas tendientes a la efectiva protección de derechos fundamentales de los niños, en especial el derecho a la salud.
2. Capacitar a los operadores judiciales, sobre normas internacionales, nacionales, y jurisprudenciales sobre el derecho a la salud de los menores, para brindarles fundamentos de derecho sólidos, los cuales sean tenidos en cuenta para sus decisiones.
3. Por los problemas que se identificaron en el Capítulo III, en la investigación, es necesario exhortar a la Rama Judicial a tener una base de datos, donde se evidencia todas las sentencias que entran y las que se fallen, referente a acciones de tutela. Esto con el fin de ayudar a futuras investigaciones sobre evaluación constitucional.
4. Acatar las reglas y subreglas constitucionales que la Corte ha avanzado a nivel de jurisprudencia, con referencia al derecho de salud de los infantes.

BIBLIOGRAFÍA

ANGARÍTA BARÓN, Ciro. Sentencia. T 406 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1992.

ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Sentencia T-055 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2009.

ARAUJO Rentería, Jaime. Sentencia T-754 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2005.

ARAUJO RENTERÍA, Jaime. Sentencia T-881 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2008.

BARRERA CARBONELL, Antonio. Sentencia T-640 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1997.

BELTRÁN SIERRA, Alfredo. Sentencia T-1019 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2002.

CALLE CORREA, María Victoria. Sentencia T-346 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2009.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Sentencia T-760 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2008.

Cepeda Espinosa Manuel José Sentencia T-867 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2003.

CEPEDA ESPINOZA, Manuel Jose. Sentencia T-037 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2006.

CEPEDA ESPINOZA, Manuel José, Sentencia C-157 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2002.

CEPEDA ESPINOZA, Manuel Jose. Sentencia T-744 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2004.

CEPEDA ESPINOZA, Manuel Jose, Sentencia T-972 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2001.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, Sentencia SU-225 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1998.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, Sentencia T-531 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1992.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Sentencia T-499 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1992.

CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo, Sentencia T-597 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1993.

Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud Declaración de Alma-Ata sobre la Atención Primaria en Salud [Conferencia]. - Alma-Ata : [s.n.], 1978.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime, Sentencia T-197 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2003.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Sentencia T-036 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2006.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Sentencia T-289 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2007.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Sentencia T-350 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2003.

CÓRDOBA TRIVIÑO Córdoba Triviño Jaime Sentencia T-364 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2002.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Sentencia T-777 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2004.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime. Sentencia T-883 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2003.

CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime, Sentencia T-950 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2005.

Declaración de Quito [Conferencia]. - Quito : [s.n.], 1998.

Defensoria del pueblo El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales [Libro]. - Bogotá D.C. : [s.n.], 2003.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia T-1026 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2005.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia T-725 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2004.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia T-850 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2002.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Sentencia T-075 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1996.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Sentencia T-143 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1999.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Sentencia T-862 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1999.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Sentencia T-887 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1999.

GAVIRIA DÍAZ, Carlos. Sentencia T-926 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1999.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Sentencia T-626 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2009.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Sentencia T-067 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1994.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Sentencia T-068 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1994.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Sentencia T-1430 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2000.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Sentencia T-514 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1998.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. Sentencia T-556 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1998.

HERRERA VERGARA, Hernando. Sentencia T-046 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1999.

HERRERA VERGARA, Hernando. Sentencia T-278 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1994.

La Agencia de la ONU para los refugiados <http://www.acnur.org> [En línea]. - 25 de Noviembre de 2009. - <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/0002.pdf>.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces [Libro]. - Bogota D.C. : Legis S.A., 2000.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia SU-562 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1999.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia T-002 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1992.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia T-068 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1998.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia T-1204 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2000.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia T-179 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2000.

Mendoza Martelo Gabriel Eduardo Sentencia T-212 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2009.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia T-137 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2006.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia T-185 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2006.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia T-518 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2006.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia T-819 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2003.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia T-903 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2005.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Sentencia T-1198 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2003.

MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia T-062 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2003.

MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia T-248 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1997.

MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia T-260 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1998.

MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia T-283 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1998.

MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia T-286 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1998.

MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia T-328 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1998.

NARANJO MEZA, Vladimiro. Sentencia T-165 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1995.

Organizacion de Naciones unidas Declaración universal de los Derechos del Niño [Conferencia]. - 1959.

Organizacion de Naciones unidas Declaración Universal de los Derechos Humanos [Conferencia]. - 1948.

Organizacion de Naciones Unidas ONU Carta de Bangkok para la promocion de la salud en un mundo globalizado [Conferencia]. - 2005.

Organizacion de Naciones Unidas ONU Carta de Constitucion de la Organización Mundial de la Salud [Conferencia]. - 1946.

Organizacion de Naciones Unidas ONU Convencion sobre los derechos del niño [Conferencia]. - 1989.

Organizacion de Naciones Unidas ONU Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social [Conferencia]. - 2005.

Organizacion de Naciones Unidas ONU Declaracion sobre la proteccion de la mujer y del niño en estados de emergencia o de conflicto armado [Conferencia]. - 1974.

Organizacion de Naciones Unidas ONU Declaracion sobre los principios sociales y juridicos relativos a la proteccion y el bienestar de los niños [Conferencia]. - 1986.

Organizacion de Naciones Unidas ONU Observacion General No. 14 al Pacto de los DESC [Conferencia]. - 2000.

Organización de Naciones Unidas ONU Pacto Internacional de los Derechos Humanos [Conferencia]. - 1976.

Organización de Estados Americanos OEA Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [Conferencia]. - 1947.

Organización de Estados Americanos OEA Convención Americana Sobre los Derechos Humanos (Convención de Costa Rica) [Conferencia]. - 1978.

Organización de Estados Americanos OEA Convención Interamericana sobre Restitución de Menores [Conferencia]. - 1989.

Organización de Estados Americanos OEA <http://www.oas.org/en/default.asp> [En línea]. - 25 de Noviembre de 2009. - http://www.oas.org/dil/esp/Declaraci%C3%B3n_Americana_de_los_Derechos_y_Deberes_del_Hombre_1948.pdf.

Organización de Estados Americanos OEA Protocolo de San Salvador [Conferencia]. - 1996.

Organización de Estados Americanos OEA www.un.org/es/ [En línea]. - 25 de Noviembre de 2009. - www.acnur.org/biblioteca/pdf/0001.pdf.

Organización de Naciones Unidas Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes [En línea] // <http://www.iin.oea.org>. - 25 de Noviembre de 2009. - <http://www.iin.oea.org/BADAJ2/pdf/Normativa%20ONU/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%201959.pdf>.

Organización de Naciones Unidas ONU www.un.org/es/ [En línea]. - 25 de Noviembre de 2009. - <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1293.pdf>.

Organización de Naciones Unidas ONU Carta de las Naciones Unidas [Conferencia]. - 1945.

Organización de Naciones Unidas ONU Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud [Conferencia]. - 1986.

Organización de Naciones Unidas ONU Declaración de los Derechos del Niño [Conferencia]. - 1979.

Organización de Naciones Unidas ONU <http://www.un.org/es/> [En línea]. - 25 de Noviembre de 2009. - www.acnur.org/biblioteca/pdf/0013.pdf.

Organización de Naciones Unidas ONU <http://www.un.org/es/> [En línea]. - 25 de Noviembre de 2009. -

<http://www.iin.oea.org/BADAJ2/pdf/Normativa%20ONU/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o%201959.pdf>.

Organizacion Mundial de la Salud OMS <http://www.who.int/en/> [En línea]. - 25 de Noviembre de 2009. - http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf.

PINILLA PINILLA, Nilson. Sentencia T-1080 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2008.

PINILLA PINILLA, Nilson. Sentencia T-278 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2009.

Salud Organizacion Mundial de la Documentos basicos de la organizacion panamericana de la salud [Artículo]. - 188.

SIERRA PORTO, Humberto Antonio. Sentencia T-576 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2008.

SIERRA PORTO, Humberto Antonio. Sentencia T-201 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2007.

SIERRA PORTO Humberto Antonio Sentencia T-531 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2009.

SIERRA PORTO, Humberto Antonio Sentencia T-635 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2007.

SIERRA PORTO, Humberto. Sentencia T-1080 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2007.

SIERRA PORTO, Humberto. Sentencia T-576 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2008.

SIERRA PORTO, Humberto. Sentencia T-799 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2006.

SIERRA PORTO, Humberto. Sentencia T-884 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2004.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Sentencia SU-819 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 1999.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Sentencia T-1346 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2000.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Sentencia T-417 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2007.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Sentencia T-421 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2001.

TAFUR GALVIS, Alvaro. Sentencia T-945 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2006.

TAFUR GALVIS, Álvaro. Sentencia T-953 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2003.

Uprimny Yepes Rodrigo Sentencia T-666 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2004.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo. Sentencia T-826 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2004.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Sentencia T-414 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2001.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Sentencia T-656 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2005.

Vargas Hernández Clara Inés Sentencia T-940 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2005.

VARGAS HERNÁNDEZ Clara Inés Sentencia T-225 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2007.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Sentencia T-492 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2007.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Sentencia T-540 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2006.

VARGAS SILVA, Luis Ernesto. Sentencia T-191 [Caso judicial]. - [s.l.] : Corte Constitucional de Colombia, 2009.