



Título: Canción a la luna

Técnica: Mixta lienzo

Dimensión: 24 x 30

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA*

* Este artículo es resultado de investigación, se encuentra en el marco del Proyecto de tesis doctoral titulado: “Los muertos de Ley 100: Prevalencia del derecho a la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC”, dirigido por el doctor Carlos Bernal Pulido. Tesis que el 2011 fue aprobada con la mención Summa o Sobresaliente Cum Laude por parte del Tribunal calificador de la Universidad Externado de Colombia.

Fecha de recepción: febrero 19 de 2011

Fecha de aprobación: abril 15 de 2011

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

*Jaime León Gañán Ruiz***

RESUMEN

El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en los artículos 44 y 49 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. Según un primigenio criterio formalista de interpretación el derecho a la salud fue considerado como un derecho meramente prestacional debido a su ubicación topográfica en dicha Constitución. De allí, y por influjo directo de las consideraciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional, parece haberse reconocido como un derecho fundamental *per se*. El derecho a la salud analizado en clave del Estado social es un verdadero derecho fundamental, por ello, debe ser protegido por todas las garantías constitucionales y legales propias de tal tipo de derechos.

Palabras clave: Constitución, salud, derecho fundamental, Estado social, jurisprudencia.

LEGAL NATURE OF THE RIGHT TO HEALTH IN COLOMBIA

ABSTRACT

The right to health was established in the articles 44 and 49 of our Politic Constitution how a inherent right to the person. According to a formalism view of the right, the right to health was consider how a right merely benefit, due to the ubication in the Constitution. However, the jurisprudence of Constitutional Court about the topic, has said that the right to health is a fundamental right *per se*. The right to health interpreted through Social State of Law, is a fundamental right, then, it should be protected with all constitutinals guarantee.

Keywords: Constitution, health fundamental right, Social State, jurisprudence.

** Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Pontificia Bolivariana, Abogado de la Universidad de Antioquia. Profesor, Coordinador Académico del Radio Consultorio Jurídico y de la Cátedra Abierta en Seguridad Social y Salud de de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Dirección postal: Universidad de Antioquia. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Oficina 14-419, Medellín, Colombia. gananr@une.net.co

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA

Introducción

El Preámbulo de la Constitución Política de 1991 determina como uno de los fines esenciales del Estado colombiano el garantizar a sus integrantes la vida. A su vez, la protección del derecho a la vida se encuentra positivizada en el artículo 11 de la precitada Constitución Política como un derecho fundamental. Su satisfacción efectiva e integral, como derecho a una vida digna¹, depende del aseguramiento real de otros derechos. Entre ellos se destaca el derecho a la salud².

Los artículos 48 y 49 constitucionales fueron desarrollados por la Ley 100 de 1993³ que, entre otros, estructuró el Sistema General de Seguridad Social en Salud (en adelante: SGSSS). El SGSSS tiene como objetivos: regular el servicio público de salud, crear condiciones para el acceso de toda la población al servicio de salud en todos los niveles de atención, cubrir las contingencias de enfermedad general y maternidad de sus afiliados y beneficiarios, y como corolario, garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con tal fin, la citada Ley 100 de 1993 estipuló la implementación de un Plan Obligatorio de Salud (en adelante el: POS)⁴, como un conjunto básico de servicios en salud para los afiliados y beneficiarios de tal Sistema.

-
- 1 Debe recordarse que la Corte Constitucional ha señalado que "... el derecho a la vida no sólo implica para su titular el hallarse protegido contra cualquier tipo de injusticia, sea esta de índole particular o institucional, sino además tener la posibilidad de poseer todos aquellos medios sociales y económicos que le permitan a la persona vivir conforme a su propia dignidad." Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 1993, M. P. Carlos Gaviria Díaz. p. 8.
 - 2 Véanse entre otros los artículos 44, 48 y 49 de la C. P.
 - 3 Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral (SSSI). Artículo 1º y artículo 5º de la Ley 100 de 1993. La Ley 1122 de 2007 reformó parte del SGSSS, al igual que la Ley 1438 de 2011 por la cual se fortalece tal Sistema.
 - 4 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993. "... Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan...". Véase los Acuerdos 008, 011 y 014 de la Comisión de Regulación en Salud. CRES.

En este contexto, la naturaleza jurídica del derecho a la salud ha sido ampliamente discutida para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela⁵. Discusión que *prima facie* zanjó la sentencia T-760 de 2008⁶ el reconocer al derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. Sin embargo, no se percibe de algunas de las subsiguientes jurisprudencias de la Corte Constitucional una absoluta correspondencia con el reconocimiento realizado por tal sentencia. De hecho, sentencias posteriores a la T-760 de 2008 han regresado a la concepción del derecho a la salud como fundamental sólo por conexidad, tal como se verá posteriormente. Aún en algunos espacios académicos se discute la fundamentalidad o no del derecho a la salud. Por ello, en este breve trabajo se pretende analizar las características propias del derecho a la salud y compararlas con las propias de un derecho fundamental a fin de buscar la consolidación de tal derecho como un derecho seriamente fundamental para todos los efectos legales y prácticos, y no solo como fundamental para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela. En tal sentido se analizará qué tipo de derecho es el derecho a la salud, cuál su estructura y finalmente se hará un recorrido por las decisiones de la Corte Constitucional con respecto de la justiciabilidad de tal derecho vía acción de tutela.

En todo caso se partirá de la concepción del derecho a la salud en clave de lectura del Estado social, como un derecho integral e integrador y bajo la premisa que el derecho a la salud implica la garantía real a gozar de un estado físico, mental, emocional y social que permita al ser humano desarrollar en forma digna y al máximo sus potencialidades, en bien de sí mismo, de su familia y de la colectividad en general.

Consideraciones iniciales

La lectura de los derechos, en especial de los derechos fundamentales, difiere según se realice en clave del Estado liberal, de la concepción del Estado democrático o desde la perspectiva del Estado Social en su carácter de teorías materiales de tales derechos.

En el pensamiento liberal-burgués, señala Osuna⁷ el Estado propio del liberalismo (el Estado de Derecho), se justifica teóricamente como una organización política

5 Se debe anotar que para el caso de los menores de edad, el derecho a la salud fue catalogado por el artículo 44 constitucional como un derecho fundamental.

6 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

7 Véase Osuna Patiño, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales "Carlos Restrepo Piedrahita". n.º 37. Bogotá: 1997, pp. 13 y ss.

racional, cuyo último fin consiste en el respeto de la libertad individual, en ese sentido, dice el autor, el pensamiento liberal-burgués, los derechos fundamentales son aquellos que por naturaleza corresponden al hombre individual libre. Por tanto, según el autor citado, las notas comunes de tal pensamiento son las del individuo aislado como titular, libertad individual como objeto protegido, protección puramente jurídica, y Estado como sujeto pasivo.

En la concepción democrática de los derechos fundamentales, éstos son legitimados en cuanto permiten un proceso democrático de formación de la voluntad política⁸. En este contexto, refiere Osuna, los derechos fundamentales, más que pautas de separación entre el Estado y los ciudadanos, son normas que fundamentan competencias y funciones para permitir la libre participación del ciudadano en los asuntos políticos y en el proceso político. Bernal afirma que la tesis central de la teoría democrática de los derechos fundamentales señala que las facultades morales de la persona democrática se convierten, bajo el imperio de la Constitución, en posiciones democráticas de derecho fundamental, cuyo titular es el ciudadano⁹.

Finamente en la concepción de los derechos fundamentales en el marco del Estado social de derecho el acento, según Osuna¹⁰, se pone en la posibilidad material de todos los ciudadanos –diríamos de todas las personas– para gozar efectivamente de la *libertad real* en condiciones de igualdad –y le agregaríamos, en iguales condiciones de dignidad–. El mismo autor citado, señala que a diferencia de lo que ocurre con la teoría liberal-burguesa, los derechos fundamentales en el Estado social son algo más que las cláusulas de separación entre las competencias privadas y públicas pues dada su relación con el reparto de la riqueza y con la participación de la colectividad en el bienestar se tornan en uno de los componentes más significativos de la dinámica política¹¹. Por su parte Bernal¹² señala que el Estado Social se define como un modelo de organización política que remonta su separación con respecto a la sociedad civil. Al respecto, Baldassarre¹³ detalla que el “Estado social” es la respuesta político-constitucional frente a la inseguridad social creciente y objetiva, que constituye el subproducto, al parecer difícilmente ineludible, tanto de los desequilibrios de poder que implica el libre juego de las fuerzas sociales

8 Véase Osuna. Ob. cit. p. 14.

9 Véase Bernal Pulido, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera edición. Madrid: 2007 y Escritos Sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 319.

10 Ob. cit. p. 16.

11 Ob. cit. p. 17.

12 Bernal. Ob. cit. 353.

13 Baldassarre. Ob. cit. p. 27.

y la incertidumbre implícita en los mecanismos espontáneos del mercado, entre otras causas. En palabras de Pérez Luño¹⁴ en la medida que el Estado liberal de Derecho ha evolucionado hacia formas de Estado social de Derecho, los derechos fundamentales han dinamizado su propia significación al añadir, a su función de garantía de las libertades existentes, la descripción anticipadora del horizonte emancipatorio a alcanzar. La solidaridad pasa a ser el núcleo rector de la concepción de Estado social de derecho en reemplazo de la idea del bien común como garantía al individuo del mayor espacio posible de autonomía privada y la igualdad real entre todos los miembros del Estado como base para que el ejercicio de la libertad pudiese ser universal¹⁵.

Los derechos sociales en el marco de un Estado social de derecho deben trascender de los simples enunciados programáticos a principios iusfundamentales. Principios iusfundamentales que sean fines en sí mismos, pero igual sean medios instrumentales para la materialización de la *libertad fáctica*. Que garanticen la exigibilidad real de tal derecho por parte de cada uno de los individuos, pero igual permitan la materialización del principio de solidaridad entre los miembros de la sociedad, precisamente en el marco de un Estado social¹⁶ y la igualdad real o material entre ellos.

En tal sentido, la lectura de la persona y de la sociedad en clave del Estado social debe girar en torno de su dignidad humana y no principalmente en torno de su libertad. Es decir, se cambia el centro de la libertad como fin último, y se pone tal libertad al servicio de la dignidad humana como fin supremo de la persona y de la sociedad. En ese contexto no se hablaría de garantizar un *mínimo existencial* sino de garantizar una vida digna y con calidad que permita el mayor desarrollo posible del plan de vida de cada persona y de la sociedad en general acorde con la definición del derecho a la salud referido como orientador de este trabajo, esto es, a gozar de una alta calidad de vida y de bienestar integral y del disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. Por ello los derechos sociales no serán un mero complemento de los derechos de libertad y de los derechos democráticos sino que en sí mismos serán verdaderos derechos universales y vinculantes.

14 Véase Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*. Novena edición. Tecnos, 2007. p. 21.

15 Cfr. Bernal. Ob. cit. p. 353.

16 Según Chinchilla Herrera desde la perspectiva de su función en el Estado social constitucional, los derechos sociales son necesarios para asegurar posibilidades reales o materiales de ejercicio de los derechos de libertad, igualdad, defensa y participación. Ob. cit. p. 188.

Precisamente en el devenir histórico verificable de la determinación de la salud como un derecho nos encontramos que el derecho a la salud está prolijamente regulado en los instrumentos jurídicos de carácter internacional, consagración de la cual se puede colegir que el derecho a la salud es un derecho humano, universal, vinculante e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Es un derecho social, inclusivo, interdependiente con otros derechos. Entraña libertades y derechos, se reconoce la salud como un bien público, garantizado por los estados parte. Es un derecho que leído en el contexto del Estado social implica la dignificación del ser humano y la búsqueda de su bienestar integral.

Efectivamente el derecho a la salud fue consagrado como un derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁷ En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el derecho a la salud es consagrado como un derecho a la preservación de la salud y al bienestar.¹⁸ Precisamente en 1966, por medio del PIDESC, se determina el derecho a la salud como un derecho social al reconocerse como “... el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental...”¹⁹. Mediante la Observación General 14 se amplía su concepción al definirse como un “derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”²⁰, y al determinarse que “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos.”²¹ En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se consagra que toda persona tiene derecho a la salud, entendida “... como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.” Así mismo que se reconoce como un “... bien público”²². De acuerdo con

17 Numeral 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. 1948.

18 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948, artículo XI: “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”.

19 Artículo 12, numeral 1 del Pacto citado.

20 “Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”. Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del PIDESC. Observación general N° 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC). Párrafo 1.

21 “... en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud”. Obra citada. Párrafo.3.

22 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, 1988. Artículo 10. Derecho a la Salud.

la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS): “... La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”²³.

Por su parte, en Colombia el derecho a la salud se elevó a rango constitucional con la Constitución Política de 1991²⁴. También fue determinado en el artículo 50²⁵ de la Constitución. En ambos casos en el marco de los derechos sociales. Igualmente, el derecho a la salud fue expresamente consagrado como un derecho fundamental en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991²⁶. Así mismo, el derecho a la salud puede derivarse de la enunciación normativa de algunos artículos constitucionales, que leídos en clave de Estado social y desde la visión integral de tal derecho, permiten colegir la estipulación del derecho a la salud en ellos. Así, por ejemplo, de la enunciación normativa del artículo 46 puede deducirse el derecho a la salud o a los servicios de salud de las personas de la tercera edad. Lo mismo con el artículo 47 en lo referente a las personas en estado de discapacitadas. El 52 en cuanto refiere al ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas en función de la preservación y desarrollo de una mejor salud en el ser humano. El 53 con relación a la salud de los trabajadores. El 54 respecto de los trabajadores de la tercera edad o discapacitados. El 64 en cuanto a los trabajadores agrarios. El 79 como determinante del derecho a un ambiente sano.

Con estas breves consideraciones se dará paso entonces al análisis de qué tipo de derecho es el derecho a la salud, su naturaleza jurídica, su estructura y su justiciabilidad.

23 “...El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados”. Principios de la Constitución de la OMS. Documentos básicos, suplemento de la 45 edición, octubre de 2006.

24 Consagrándose como parte del capítulo II. De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, del título II. De los Derechos, las Garantías y los Deberes de nuestra Constitución Política Principalmente a través del artículo 49, hoy reformado por el Acto Legislativo 002 de 2009.

25 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.

26 Son derechos fundamentales de los niños: “... la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social...”.

1 ¿Qué tipo de derecho es el derecho a la salud?

El derecho a la salud, tal como se ha venido afirmando, es un derecho, lo cual excluye, de entrada, la discusión de si es un derecho o si es un servicio público²⁷. En su preferente connotación como derecho comparte, por lo tanto, las características formales y materiales de un derecho. Desde tal perspectiva, se tratará de abordar la posición de que el derecho a la salud es fundamental, para lo cual se seguirán las consideraciones realizadas por Miguel Carbonell, en su libro *Los Derechos Fundamentales en México*²⁸, igual siguiendo a Ferrajoli²⁹ y los autores Alexy, Bernal y Arango. Teorías que son acogidas como referente en cuanto realizan un análisis conceptual y material integrador de los diferentes enfoques para estudiar los *derechos fundamentales*. Así, primero se hará la ubicación conceptual de cada característica y luego la estructuración del derecho a la salud como fundamental, en relación con dicha característica.

Carbonell, previo reconocimiento de las discrepancias entre los filósofos de la justicia y los teóricos políticos, realiza una primera aproximación a los conceptos y valores que pueden determinar que un derecho sea considerado como fundamental³⁰. Entonces, desde el nivel de análisis de la teoría de la filosofía de la justicia o desde la teoría de la política, considera que los derechos serían determinados como fundamentales en la medida que se constituyen en instrumentos de protección de los intereses más importantes, entiéndase vitales, de las personas, ya que preservan los bienes básicos necesarios para desarrollar cualquier plan de vida de manera digna. Entendiéndose por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. De allí se deriva la característica de la

27 Se reitera que a pesar del reconocimiento realizado por la sentencia T-760 de 2008 en relación a la fundamentalidad del derecho a la salud, aún parece no existir consenso doctrinario al respecto. Por ello la presente aproximación.

28 Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica. n.º 185. Elaboración de formato PDF: Sara Castillo Salinas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2004. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en versión completa digital en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1408>].

29 Véase Ferrajoli, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2001.

30 Según Ferrajoli uno de los criterios axiológicos, sugeridos tanto por la experiencia histórica del constitucionalismo, tanto estatal como internacional, es el nexo entre derechos humanos y *paz* instituido en el preámbulo de la *Declaración universal* de 1948. Según el citado autor deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad persona, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también en un mundo en el que sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia. Agregamos, que el derecho a la salud sin duda hace parte de tal categorización, por ende debe ser garantizado como un derecho fundamental. Véase Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Garantías. Ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001. Ob. cit, p. 43.

universalidad de los derechos fundamentales, en cuanto protegen bienes con los que debe contar toda persona para el logro de una vida digna, independiente de factores circunstanciales, tales como características físicas, lugar de nacimiento, entre otras.

En términos de nuestra Constitución, podemos relacionar plan de vida con dignidad y con libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, ¿no es objetivo del derecho a la salud y los bienes y servicios de salud, proteger los bienes básicos necesarios para el desarrollo de cualquier plan de vida? ¿No es el derecho a la salud un derecho universal, en cuanto protege, junto con otros derechos, los bienes básicos de todos los residentes en Colombia? ¿Acaso el derecho a la salud no es una condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida de cualquier persona en Colombia? En nuestro criterio, se considera que habría que contestar positivamente a cada una de las preguntas referidas, ya que el derecho a la salud es inherente a la protección de la salud, las personas tienen el derecho a su pleno desarrollo, a una vida digna y con calidad y a gozar realmente de las libertades, a contar con la protección de su integridad personal y al goce pleno de todos sus derechos constitucionales y legales. Por tanto, en ese sentido el derecho a la salud es universal, asignado a todos los colombianos, es en sí mismo un bien y una condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida³¹.

Siguiendo a Carbonell, se deduce de los conceptos de Alexy y de Ferrajoli las características de inalienabilidad y de no negociabilidad, como consecuencia de la *universalidad de los derechos fundamentales*, que según dicho autor no por ser universales deben implicar uniformidad. De tales características se infiere que los derechos fundamentales no son disponibles, concepto que clasifica en no disponibilidad activa y no disponibilidad pasiva³².

La activa, entendida como la no disponibilidad por el sujeto que es su titular. La pasiva que no son disponibles, expropiables o puestos a consideración de otros

31 En este punto es procedente señalar que la sentencia T-227 de 2003 afirmó que: "... será derecho fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir en la medida que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella...). M. P. Eduardo Montealegre Lynnet, p. 13. En este contexto el derecho a la salud cumple con ambos requisitos: Estar funcionalmente dirigido a la materialización de la dignidad humana en cuanto la realización de cualquier plan de vida y la posibilidad de su exigencia como un derecho subjetivo, por lo menos, en cuanto los servicios de salud se refiere. La Sentencia citada agrega además que la Corte Constitucional no ha dado una respuesta inequívoca sobre el concepto de derechos fundamentales. Su postura ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas, tal como se verá en el apartado relacionado con la naturaleza jurídica del derecho a la salud desde la jurisprudencia constitucional.

32 Véase obra citada. p. 16.

sujetos, incluyendo sobre todo al Estado, y agrega que la no disponibilidad activa solamente supone que el sujeto mismo no puede por su propia voluntad dejar de ser titular de los derechos, lo cual no implica que se le impida renunciar a ejercer uno o varios derechos de los que es titular o que no pueda renunciar a utilizar los medios de protección que el ordenamiento jurídico pone a su alcance para protegerlos cuando sean violados. En tal sentido podríamos preguntarnos: ¿Puede un colombiano disponer de su titularidad al derecho a la salud? ¿Puede el Estado disponer de su derecho a la salud? ¿Pueden otros particulares disponer de su derecho a la salud? En nuestro criterio, se considera que habría que contestar no. En el marco de los actuales estados sociales de derecho el derecho a la salud, desde su visión integral y sistémica de los derechos, no sólo es inherente a la persona humana sino que es absolutamente necesario para la realización digna de cualquier plan de vida. Por tanto, la titularidad del derecho a la salud es indisponible por activa o por pasiva. Dentro de los derechos derivados de la objeción de conciencia quizá se pueda renunciar a un determinado tratamiento, o negarse a determinados servicios de salud, pero no a la titularidad del derecho a la salud. En tal sentido el derecho a la salud es irrenunciable³³.

Hasta aquí se puede colegir que el derecho a la salud cumple las condiciones de universalidad y que todas las personas tienen derecho a él, a la protección de bienes e intereses vitales, entonces es inherente a ellas para desarrollar cualquier plan de vida digna³⁴, y es una pretensión moral y existencial justificada. Su titularidad es irrenunciable, es inalienable e innegociable, y la persona no puede disponer de su titularidad. El Estado tampoco puede disponer de su titularidad. En fin, podría decirse que el derecho a la salud es un verdadero derecho fundamental, no sólo social fundamental, ni fundamental por conexidad o extensión, sino un derecho fundamental por cumplir con tales características³⁵. En otras palabras, el derecho a la salud tiene conexión

33 Paredes citando el documento *La Salud como Derecho*, Marco Nacional e Internacional de Protección del Derecho Humano a la Salud, serie Aportes, n° 3, Provea, Caracas, 1998, p32; se refiere al tema de la irrenunciabilidad del derecho a la salud, afirmando categóricamente, que la salud como derecho humano no es negociable. Postura con la cual se está en absoluto acuerdo. Véase Paredes Hernández, Natalia. *El Derecho a la Salud: Su situación en Colombia*. Ediciones Antropos. Bogotá: Cinep – GTZ, 2003, p. 85.

34 Como bien lo expresaba la sentencia T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez: “El derecho a la salud y a la vida son derechos fundamentales porque son esenciales al hombre, la salud se encuentra ligada al medio ambiente que le rodea y que dependiendo de las condiciones que éste le ofrezca, le permitirá desarrollarse económica y socialmente a los pueblos, garantizándoles su supervivencia.” p. 8.

35 Al respecto la sentencia C-463 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería, expresó: “El carácter universal del derecho a la seguridad social en salud aparece como consecuencia su fundamentabilidad, esto es, su carácter de derecho fundamental, tanto respecto del sujeto como del objeto de este derecho, ya que se trata, de un lado, de un derecho que es predicable de manera universal y sin excepción respecto de todas las personas sin posibilidad de discriminación alguna; de otro lado, se trata de un derecho que es predicable respecto de una

directa con los principios constitucionales, como derecho vincula a todos los poderes del Estado, se constituye en un derecho subjetivo, máxime en Colombia en donde el derecho a la salud se encuentra sobrenormado y donde existe, por lo menos, un Plan Obligatorio de Salud que lo debe garantizar el Estado a toda persona. Por ende debe tener una eficacia directa.

El derecho a la salud se encuentra conectado directamente con los principios constitucionales colombianos por varias razones: por ser Colombia un Estado social de derecho, por contribuir a la materialización de la dignidad humana, por ser un derecho inalienable que en consecuencia goza de primacía, sin discriminación alguna, por ser la Constitución norma de normas y ser el derecho a la salud una disposición constitucional. Por ende, con los demás derechos constitucionales tiene supremacía constitucional sobre normas infraconstitucionales y vincula a todos los poderes del Estado y a los particulares. Faculta a las personas para exigir acciones positivas por parte del Estado a favor del derecho a la salud. Pero también le prohíbe al Estado realizar acciones negativas que perjudiquen el derecho a la salud de las personas. El Estado es garante del derecho a la salud y de la materialización progresiva de los bienes y servicios de salud. El derecho a la salud como derecho irrenunciable es un derecho de las personas y de la comunidad, más allá de la voluntad del Estado para reconocerlo³⁶. Por ser inherente a la persona humana, deja de ser una promesa, porque quizá la promesa no sea el derecho, ya que el derecho existe *per se*, tal vez lo sea la garantía de cumplimiento de la faceta prestacional del derecho, referida a los bienes y servicios que el Estado debe implementar progresiva y, en comienzo, irreversiblemente³⁷.

Las características generales de los derechos fundamentales en relación con su génesis como derechos humanos, esto es: vocación de universalidad, son innatos,

necesidad básica de los individuos o seres humanos, esto es la salud, lo cual implica, a su vez, la obligación de prestar todos los servicios necesarios para su prevención, promoción, protección y recuperación, tal y como lo prevé el artículo 49 Superior. Este carácter fundamental del derecho a la salud se justifica también por la importancia y relevancia del mismo para la vida digna de las personas. En este sentido, esta Corte ha hecho énfasis en la fundamentabilidad del derecho a la salud en los casos de los menores de edad, de personas de la tercera edad, o de sujetos de especial protección constitucional. Adicionalmente, esta Corte ha reconocido también la fundamentabilidad del derecho a la salud por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida digna e integridad personal.” p. 49.

36 En tal sentido léase a Osuna Patiño, Ob. cit, p. 23.

37 De todas formas no puede descalificarse el derecho como tal por la eventual falta de su garantía. Tal como lo afirma Ferrajoli si se confunden derechos y garantías resultarían descalificadas en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo, es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales. Se agrega que en un Estado social de derecho, los derechos sociales deben contar con garantías jurídicas reales de materialización en bien de la dignidad de la persona humana y del bienestar de la colectividad. Ob. cit, p. 59.

irrenunciables, obligatorios, inalienables, imprescriptibles, indivisibles, inviolables y progresivos, de las cuales podemos afirmar que el derecho a la salud cumple con cada una de ellas por su natural condición de derecho humano positivado en no pocos instrumentos internacionales de derechos humanos.

De las características especiales, que se analizaron en tal apartado, podemos afirmar, tal como arriba se dijo, que el derecho a la salud tiene carácter vinculante sobre todos los poderes públicos en razón de lo estipulado en el artículo 4º de la Constitución de 1991 y analizado en clave de Estado Social es un derecho estructural de tal concepción jurídico-política. Por ello, su fundamentalidad es y debe ser contundente en el marco de nuestro Estado Social de derecho, por ende su justiciabilidad a través de acciones privilegiadas para la defensa de tales derechos.

En ese orden de ideas, siendo el derecho a la salud un derecho fundamental debe compartir con los demás derechos fundamentales de la Constitución de 1991 la esfera de garantía y de protección que ella les otorga. Es decir, se reitera, vincula a todo los poderes públicos³⁸, debe ser un derecho de aplicación directa por los jueces y órganos administrativos³⁹, debe estar dotado de la garantía de la reserva de ley⁴⁰ y ser un derecho protegido aun frente al poder constituyente secundario, en Colombia⁴¹, debe gozar de la garantía del contenido esencial frente al poder legislativo y estar garantizado mediante acciones de amparo constitucional⁴² y no podrá ser suspendido durante los estados de excepción⁴³. De no contar con todas esas garantías especiales, entonces, el derecho a la salud sería un derecho fundamental sólo para efectos de su protección por vía acción de tutela, pero no sería un derecho seriamente fundamental. Lo cual podría no ser un problema grave en la defensa de la salud individual, ya que de todas formas se protegería el derecho a la salud en caso de su amenaza o violación por su condición de derecho, pero seguiría siendo tomado como un instrumento para materializar los derechos típicos de los Estados liberal y democrático y no como un fin en sí mismo del Estado Social⁴⁴.

38 Artículo 4º de la Constitución de 1991.

39 Artículo 85 de la Constitución de 1991.

40 Por lo cual requeriría que su regulación legislativa sea por medio de ley estatutaria –artículo 152 de la Constitución de 1991–

41 Debe someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a tal derecho y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Artículo 377 de la Constitución de 1991.

42 Por ejemplo por medio de la acción de tutela. Artículo 86 de la Constitución de 1991.

43 Artículo 214, numeral 2º de la Constitución de 1991.

44 Cortés cita de la sentencia de 18 de julio de 1991 de la Corte Constitucional que: "... el bien salud es tutelado no sólo como interés de la comunidad, sino también y sobre todo como *derecho fundamental del individuo*, de tal forma que se configura como un derecho primario y absoluto, plenamente operativo en las relaciones

Finalmente, se reitera que el derecho a la salud siendo un derecho fundamental, es decir de configuración *prima facie* es en consecuencia restringible por una norma constitucional directamente estatuida o por normas legales cuando el Legislador haya sido autorizado para imponerle restricciones en virtud de la reserva de ley que las normas de competencia han establecido, como es el caso del artículo 49 constitucional que da competencia al Legislador para reglamentar tal derecho en aspectos tales como: la participación de particulares en la administración y prestación de los servicios derivados de dichos derechos, las competencias nacionales y territoriales, los medios e instrumentos para su materialización. Por ende se reitera no es absoluto.

2 Estructura del derecho fundamental a la salud

Si se asume que la naturaleza jurídica del derecho a la salud es la de un derecho fundamental, es preciso entonces determinar la estructura jurídica de tal derecho.

Tal como en su momento se dijo, según Alexy⁴⁵, la base de la teoría analítica de los derechos es una triple división de las posiciones que han de ser designadas como “derecho” en derecho a algo, libertades y competencias.

De acuerdo con Alexy⁴⁶, la forma más generalizada de un enunciado sobre un derecho a algo se puede concebir como una relación triádica expresada así: DabG. En donde “D” representa la relación triádica; “a”, el *portador* o titular del derecho; “b”, el destinatario del derecho, y “G”, el *objeto* del derecho. Alexy realiza, además, una clasificación en cuanto al objeto de los derechos. Por tanto, determina la existencia de derechos a acciones negativas (derechos de defensa) y los derechos a acciones positivas. Los primeros los divide en tres grupos: los derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas *acciones* del titular de derecho, los derechos a que el Estado no afecte determinadas *propiedades o situaciones* del titular del derecho, y los derechos a que el Estado no elimine determinadas *posiciones jurídicas* del titular del derecho. El segundo grupo lo divide en dos: el de aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa.

entre privados”. (cursivas intencionales). Véase Cortés, Édgar. *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá: 2009, p. 132.

45 Ob. cit, p. 163.

46 Ob. cit, pp. 163 y ss.

El derecho a la salud en su connotación de derecho fundamental puede ser objeto de impedimentos o de obstáculos en el *accionar* de los titulares del derecho por parte del Estado o de particulares que por su delegación administren o presten bienes y servicios de salud. Igual pueden ser afectadas determinadas *situaciones* con relación a tal derecho, y, por supuesto, eliminarse *posiciones jurídicas* de titular del derecho. En la faceta prestacional del derecho a la salud el objeto puede ser una acción fáctica y por supuesto también una acción normativa.

Precisamente un impedimento u obstáculo a determinadas *acciones* de titular del derecho a la salud, en el caso colombiano, puede ser el impedir u obstaculizar la libre elección del usuario a una determinada entidad promotora de salud o de una institución prestadora de servicios. Igual son, como el propio Alexy lo refiere⁴⁷, ejemplos de propiedades de un titular de derechos fundamentales que pueden ser afectadas son las de vivir y estar sano. Así mismo, un ejemplo de eliminación de posiciones jurídicas del titular del derecho a la salud es precisamente en relación con el impedimento de seleccionar una determinada entidad administradora de salud, caso en el cual se elimina el derecho subjetivo de elegir libremente, cuando una norma deroga o prohíbe el cambio de entidad se elimina la posibilidad de decidir libremente entre, por ejemplo, una entidad promotora de salud pública o una de tipo privado. Respecto a la faceta prestacional del derecho a la salud, acciones fácticas positivas de protección de la salud son innumerables, por ejemplo, la estructuración de programas de promoción de la salud, de protección de la enfermedad, la dotación de una empresa social del Estado. Con relación a acciones normativas, igualmente, pueden ser múltiples, como es el caso de la inclusión de un medicamento en el POS, el no pago de cuotas de recuperación por parte de las personas identificadas como del nivel del Sisben, pertenecientes al régimen subsidiado de salud, entre otras.

En consecuencia, la estructura del derecho fundamental a la salud coincide con las fórmulas presentadas por Alexy⁴⁸, en cuanto son derechos a acciones negativas y derechos a acciones positivas. Ambos en sus diferentes modalidades frente al Estado.

Así, entonces, tenemos que Alexy presenta el siguiente esquema: el derecho a la salud es un derecho a algo, expresado con la relación triádica DaeG, en donde *b*, el sujeto obligado indeterminado o el sujeto destinatario del derecho en la relación triádica DabG, antes reseñada, es reemplazado por *e*, que representa al Estado como garante del derecho a la salud, de acuerdo con el artículo 49 de nuestra Constitución. Por tanto, en nuestro caso, podríamos afirmar que toda persona tiene derecho a que

47 Ob. cit, p. 168.

48 Ob. cit, p. 173.

el Estado colombiano le garantice el derecho a la salud. De otra forma: **DpecS**, en donde *D* representa la relación triádica; *p*, toda persona; *ec* el Estado Colombiano, y *S*, el derecho a la salud.

En cuanto a derechos a acciones negativas, según Alexy, las relaciones triádicas podrían ser así, dependiendo de su tipología⁴⁹:

Derechos a no impedimentos de acciones⁵⁰: Dae [\neg dificulta e (Ha)]. Es decir, de acuerdo con Alexy, *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no le dificulte a *a* llevar a cabo la acción *h*. Por tanto, podríamos afirmar que toda persona tiene frente al Estado colombiano un derecho a que éste no le dificulte llevar a cabo una acción relacionada con su derecho a la salud. De otra forma: **Dpec [\neg dificulta ec (HpS)]**.

Derechos a la no afectación de propiedades y situaciones⁵¹: Dae [\neg afecta e (Sa)]. Es decir, según Alexy, *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad *A* (la situación *B*) de *a*. Alexy utiliza “*Sa*” tanto para representar “*a* tiene la propiedad *A*” como para “*a* se encuentra en la situación *B*”. En consecuencia, podríamos afirmar que toda persona tiene frente al Estado colombiano un derecho a que éste no le afecte el derecho a estar sano. De otra forma: **Dpec [\neg afecte ec (Sps)]**, en donde *s* representa su derecho a estar sano.

Derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas⁵²: Dae [\neg elimina e (Pja)], donde *Pj* es posición jurídica. Es decir, según Alexy, *a* tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine la posición jurídica de *a*, por tanto, podríamos afirmar que, toda persona tiene frente al Estado colombiano un derecho a que éste no elimine libertades derivadas del derecho a la salud. De otra forma: **Dpec [\neg elimine ec (LpS)]**, en donde *L* representa libertades derivadas del derecho a la salud, entre otras, como la de elegir libremente la entidad promotora de salud⁵³.

En relación con los derechos a acciones positivas derivadas de la faceta prestacional del derecho a la salud⁵⁴, se retomará la formula de Arango⁵⁵. Esto es, en cuanto a derechos a acciones positivas fácticas, una relación triádica representada

49 Se sigue manteniendo la correspondencia de *p* persona, *ec* Estado Colombiano y *S* derecho a la salud.

50 Ob. cit, pp. 166-168.

51 Véase Alexy. Ob. cit, pp. 168-169.

52 Ibídem, pp. 169-173.

53 Libertad consagrada, entre otras normas, en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto 806 de 1998.

54 En Colombia, desde sentencias como la T-484 de 1992, M. P Fabio Morón Díaz, p. 5, se concibió como un derecho, pero también como un servicio en lo que concierne a la garantía de los establecimientos, bienes y atención en salud.

55 Véase Arango. Ob. cit, pp. 59 y ss.

así: $DieA_{pr}$, la cual se adoptará para efectos de este apartado, como $DpecA_{pr}s$, en donde se agrega que la acción o actividad positiva fáctica se realiza por parte del Estado colombiano *ec* con relación directa al derecho a la salud a fin de buscar su materialización real y su eficacia jurídica. Es decir, toda persona tiene derecho de exigir del Estado colombiano acciones positivas fácticas en relación con el derecho a la salud, tales como implementar programas de salud de prevención primaria o realizar una jornada de vacunación.

En cuanto a derechos a acciones positivas normativas fácticas, una relación triádica será representada, para efectos de este apartado, como $DpecA_{pn}s$. Aquí se agrega que la acción o actividad positiva normativa se realiza por parte del Estado colombiano *ec* en relación directa con el derecho a la salud, es decir, toda persona tiene derecho de exigir del Estado que lleve a cabo acciones positivas normativas según el derecho a la salud, tales como expedir un acuerdo ampliando el contenido del POS o una ley que garantice el acceso inmediato de cualquier persona a los establecimientos que presten servicios de salud, en caso de urgencias.

En conclusión, el derecho a la salud es un norma iusfundamental que como tal puede ser amparado, en nuestro caso colombiano, por la acción de tutela cuando efectivamente se demuestre su amenaza o vulneración en los términos del artículo 86 de la Constitución y de sus decretos reglamentarios. Precisamente se analizará a continuación cómo ha sido la justiciabilidad del derecho a la salud, según las sentencias de la Corte Constitucional.

3. Justiciabilidad del derecho fundamental a la salud

Previas las consideraciones arriba realizadas, preguntamos: siendo el derecho a la salud un derecho fundamental y vinculante, que responde a las relaciones triádicas antes descritas, ¿es justiciable?

Si partimos de la concepción del derecho a la salud como un derecho fundamental, obviamente es justiciable, tanto por la jurisdicción ordinaria laboral a la que se le encomienda el conocimiento de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral⁵⁶. O por la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁵⁷ sobre las controversias y conflictos jurídicos derivados del derecho a la salud entre las personas y entidades que no pertenezcan al SSSI,

56 Véase el artículo 2 de la ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

57 Véase el Decreto 01 de 1984 y normas concordantes.

en virtud del artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁵⁸, como también por vía de la acción de tutela, en forma subsidiaria cuando el derecho se encuentre amenazado o vulnerado⁵⁹. En cuanto a la prerrogativa de exigibilidad del derecho a la salud, está claro que son afiliados, beneficiarios y en general los habitantes del territorio colombiano, quienes pueden exigir su cumplimiento del Estado.

En lo relacionado con la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de acción de tutela es fácil comprender que su defensa ha dependido de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental o como un derecho estrictamente social.

Según la fundamentalidad del derecho a la salud, en eventos diferentes al derecho de la salud de los niños, se puede analizar la siguiente secuencia de posiciones por parte de la Corte Constitucional, así:

En lo relacionado con la justiciabilidad del derecho a la salud por vía de acción de tutela es fácil comprender que su defensa ha dependido de la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental o como un derecho estrictamente social. Como un derecho estrictamente social, programático o de prestación no ha sido objeto de tutela con base en los preceptos del artículo 86 de la Constitución Política de 1991; en cuanto se refiere a la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, se ha excluido, en principio, el derecho a la salud, exclusión que en nuestro criterio obedecía a una lectura formalista, estricta y exegética de tales derechos⁶⁰.

Con respecto a la iusfundamentalidad o no del derecho a la salud, en consecuencia su protección por vía de acción de tutela, es posible señalar la siguiente secuencia de posiciones por parte de la Corte Constitucional, dentro de lo que podría denominarse como el *decurso de una fundamentalidad anunciada*: (i) Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. El derecho a la salud, en una concepción primigenia, fue considerado como un derecho fundamental⁶¹, es decir, sin

58 Véase la discusión sobre el tema referida en el apartado respectivo con relación al derecho a la seguridad social.

59 Confróntese el artículo 86 de la Constitución de 1991 y normas concordantes.

60 Lecturas que puede llevar a consideraciones tan extremas como la de un amparo en revisión mexicano que señaló: “ Si bien es cierto que la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud y el acceso a los servicios de salud, al no existir normas jurídicas que especificaran el derecho subjetivo a tratamientos específicos, estos no podían ser exigidos, La ley sólo reguló los aspectos administrativos de los servicios de salud, sin especificar a qué servicios y tratamientos tenía derecho la población”. Véase La protección de la salud en la Comisión Nacional de de los Derechos Humanos. José Luis Soberanes Fernández en *Temas selectos de salud y derecho*. México: 2002. Universidad Nacional Autónoma de México. Coordinadora: Marcia Muñoz de Alba Medrano, p. 181.

61 Véanse las sentencias T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, p. 8; T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 11; T- 613 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 5; y la T-180 de 1993, M.

ningún tipo de ficciones jurídicas. Más tarde, la sentencia T-307 de 2006⁶² retoma el argumento del derecho a la salud como fundamental en sí mismo “...*cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otros muchos derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto*”, sin que por ello, deje de ser un derecho fundamental. Posteriormente la sentencia T-016 de 2007⁶³ señalará, entre otros, los muy interesantes y, a la vez, muy controvertibles puntos: “todos los derechos constitucionales son fundamentales, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica, la salud es un derecho fundamental cuyo contenido es acentuadamente prestacional”⁶⁴. Luego, la sentencia C-811-2007⁶⁵, determinó que el derecho a la salud es un derecho que tiene categoría autónoma como fundamental, y que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. En el mismo sentido la sentencia C-463 de 2008⁶⁶, expresó que el carácter universal del derecho a la seguridad social en salud aparece como consecuencia su fundamentabilidad⁶⁷. Posteriormente, la sentencia T-760 de 2008⁶⁸ vuelve a reconocer, sin ningún tipo de ficción jurídica, que el derecho a la salud es un derecho fundamental⁶⁹. (ii) Doble connotación del derecho a la salud: funda-

P. Hernando Herrera Vergara. p. 9.

62 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 12 y ss.

63 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 16 y ss. En igual sentido, véanse las Sentencias T-770 y T-816 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. pp. 11 y 5, respectivamente.

64 Se comparte con la sentencia la determinación del derecho a la salud como fundamental, que el derecho fundamental a la salud debe ser analizado a la luz de los instrumentos jurídicos internacionales que actualmente lo regulan, porque siendo fundamental no es necesario buscar conectarlo con otros derechos *expresamente* fundamentales. No se comparte con tal sentencia que todos los derechos constitucionales sean fundamentales. Al respecto Vila Casado, se refiere a que sostener que todos los derechos constitucionales son fundamentales porque hacen parte de la Constitución [...] es negar, contra toda evidencia, que existe un conjunto de derechos con prerrogativas especiales que los diferencian de los demás derechos constitucionales. Véase Vila Casado, Iván. *Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo*. Primera Edición. Bogotá: Legis, 2007, p. 465. En igual sentido véase Chinchilla Herrera, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009, p. 113.

65 M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. p. 33.

66 M. P. Jaime Araújo Rentería. p. 31.

67 Esto es, su carácter de derecho fundamental, tanto respecto del sujeto como del objeto de este derecho, por su universalidad y por su relación directa e inescindible con el principio de la dignidad humana.

68 Véase la sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. p. 18.

69 La sentencia en cita, retoma el hecho de que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de dignidad humana, concepto que se relaciona directamente con la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”. Véase la sentencia T-881 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynnett. p. 33. Recuérdesse que la sentencia T-227 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynnett ya había señalado

mental y asistencial⁷⁰. Muy temprano en las sentencias de revisión de tutela se empezó a considerar el derecho a la salud en su doble connotación⁷¹, como derecho fundamental y como derecho con carácter asistencial⁷². (iii) Derecho a la salud como un derecho fundamental por conexidad⁷³. En el mismo sentido de relacionar el derecho a la salud con el derecho a la vida, la sentencia T-487 de 1992⁷⁴, aun en forma muy general, realiza la conexión entre el derecho a la salud y el derecho a la vida⁷⁵. Es en la sentencia T-491 de 1992⁷⁶ que se hace explícito el concepto de conexidad⁷⁷. Una importante conexión fue la realizada entre el derecho a la salud y el principio fundamental de la dignidad humana⁷⁸, conexión que también se realizó con la integridad física, psíquica y moral. La teoría de la conexidad o extensión quizá haya sido la teoría predominante, aunque no unánime, en las sentencias de la Corte Constitucional⁷⁹, como luego

que sería fundamental todo derecho que funcionalmente este dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo, p. 11.

- 70 Obviamente, en los interregnos entre las sentencias citadas, otras sentencias debatían diferentes criterios acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la salud, aun después de las sentencias T-016 de 2007, C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008. Véase la sentencia C-1041 de 2007. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. p. 70.
- 71 Como ejemplo inicial tenemos la sentencia T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. p. 5. Véase, además, en el Documento *Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, el tema relacionado con los criterios bajo los cuales el derecho a la salud ha sido entendido como derecho fundamental, Defensoría del Pueblo, 2003, pp. 39 y ss.
- 72 Como fundamental por conformar, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que lo identifican como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar contra la salud de las personas equivaldría a atentar contra su propia vida.
- 73 Es preciso aclarar que la teoría de la conexidad se refiere aquí con relación directa al derecho de la salud. No obstante, desde la sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, p. 20, tempranamente ya se había estructurado la teoría de la conexidad en términos generales.
- 74 M. P. Alejandro Martínez Caballero. p. 4.
- 75 Manteniendo, la posición del carácter dual del derecho a la salud, la Corte expresa que proteger la salud del hombre es proteger su vida, que es un derecho constitucional fundamental inalienable.
- 76 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. p. 4.
- 77 Se entiende por derechos fundamentales por conexidad aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional le es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales.
- 78 Véase la T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. p. 4.
- 79 En ese sentido se pueden citar, entre muchas otras, las siguientes sentencias: T-236 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 10; T-030 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p.7; T-271 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 17; T-281 de 1996, M. P. Julio César Ortiz Gutiérrez, p. 9; T-125 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 2; T-489 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, p. 5; T-529 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz, p. 7; T-155 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p.3; T-461 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 7; T-994 de 2002, M. P. Jaime Araújo Rentería, p. 6; T-1105 de 2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 2; T-748 de 2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 5; T-074 de 2005, M. P. Alfredo

se verá. (iv) Derecho a la salud como un derecho prestacional. No obstante las consideraciones, en algunas sentencias de 1992, no solo de que el derecho a la salud era un derecho fundamental sino su doble connotación por conexidad, en el año 1997 la Sala Plena de la Corte Constitucional reversó una consideración típicamente prestacional del derecho a la salud. Precisamente, en la sentencia SU-111 de 1997⁸⁰ se expresó que el derecho a la salud remite esencialmente a un contenido prestacional, aunque no es ajeno a la conservación de la vida orgánica, sostuvo la Corte, por esta razón no se convierte en derecho fundamental de aplicación inmediata⁸¹. La posición de la sentencia en cita luego sería matizada por la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de ciertas poblaciones, o en el caso de los contenidos del POS. (v) Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de algunas poblaciones específicas. Ha sido pacífica la consideración del derecho a la salud como fundamental con respecto a determinadas poblaciones, dado su alto carácter de vulnerabilidad e indefensión. Igual ha sucedido con el derecho a la seguridad social como en el caso de las personas de la tercera edad o adulto mayor⁸² y en el de las personas discapacitadas o personas en estado de discapacidad⁸³. (vi) Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de

Beltrán Sierra, p.4; T-627 de 2006. M. P. Álvaro Tafur Galvis, p. 9; T-408 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño, p.8; T-517 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. p. 9.

80 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. p. 17.

81 Pese a estar a cuatro años de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y a casi dos de la entrada en vigencia del SGSSS, la Sala sostuvo que los derechos económicos, sociales y culturales, pese a su vinculación con la dignidad humana, la vida, la igualdad y la libertad, no son de aplicación inmediata, pues necesariamente requieren de la activa intervención del legislador con miras a la definición de las políticas públicas y de su adecuada instrumentación organizativa y presupuestal.

82 La sentencia T-535 de 1999 determinó que en aras de garantizar real y eficazmente los presupuestos consagrados en el artículo 46 de la Constitución Política debe considerarse el derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. M. P. Carlos Gaviria Díaz. p. 4. De su parte, la sentencia T-261 de 2007 fue enfática, así mismo, en la determinación del derecho a la salud del adulto mayor como un derecho fundamental autónomo. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 12 y ss. En el mismo sentido véanse, entre otras, las sentencias T-527 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp.7 y ss; 638 de 2007, M. P. Jaime Araújo Rentería, p.7; T-1097 de 2007 y 015 de 2008, M. P. Mauricio González Cuervo, p. 4 en ambas sentencias; T-073 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, p. 3, y la T-866 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. pp. 9 y ss.

83 La sentencia T-1038 de 2001 determinó que en aplicación de los artículos 13 y 47 de la Constitución Política el Estado debe otorgar especial tratamiento y protección a los disminuidos físicos y psíquicos. M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 6. Véanse además las sentencias T-248 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 5; y T-762 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero. pp. 13 y ss. Así mismo, en la sentencia T-124 de 2002 se consideró especialmente el derecho a la salud como la garantía de un mínimo de dignidad de estabilidad tanto física como psíquica de las personas con discapacidad mental. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. p. 6. La sentencia T-063 de 2007 detalló una protección especial de un joven reclutado que resultó discapacitado como resultado de la prestación del servicio militar. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 12 y ss. Confróntese, además y entre otras, las Sentencias T-339 de 1995, T-179 de 2000 y la T-261 de 2007.

los contenidos del POS. La sentencia SU-819 de 1999⁸⁴ refiere a la posibilidad jurídica que el derecho a la salud y en general los derechos económicos, sociales y culturales tiendan a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial) en una realidad concreta en favor de un sujeto específico⁸⁵. Quizá fue con la sentencia T-859 de 2003⁸⁶ que se determinó directamente que el derecho a la salud, en su componente prestacional del POS, tiene naturaleza de derecho fundamental de manera autónoma y, por tanto, el derecho a recibir la atención de salud definido en el Plan Básico de Salud, el POSC y POSS de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias⁸⁷.

A manera de conclusión de este apartado, se puede decir que no existe aún una línea jurisprudencial unánime acerca de la naturaleza iusfundamental del derecho a la salud en la Corte Constitucional. No obstante, en la evolución del concepto, pueden apreciarse algunas posturas mayoritarias, como en el caso de la fundamentalidad por conexión del derecho a la salud con otros derechos fundamentales, ejemplo las poblaciones o personas altamente vulnerables o indefensas, precisamente de la tercera edad o adulto mayor, y las personas en estado de discapacidad. Pero, en esa misma evolución conceptual y doctrinaria, en veces las diferentes salas de la Corte Constitucional han reversado o ido en contrario de avances significativos en tal conceptualización. Nótese, como bien lo expresó la C-1041 de 2007, que han coexistido variados criterios, en ocasiones, sin tener en cuenta posturas que ya en pleno se habían tomado según

Magistrados Ponentes: Carlos Gaviria Díaz, p. 5; Alejandro Martínez Caballero, p. 19; y Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 10; respectivamente.

84 M. P. Álvaro Tafur Galvis. pp. 13 y ss.

85 En consecuencia, al transmutar el derecho a la salud en un derecho subjetivo, el beneficiario del derecho puede hacerlo valer efectivamente ante las instancias judiciales y deviene en un derecho fundamental exigible por vía de tutela. Al respecto la sentencia SU-819 se refiere a las sentencias T-108 de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz, pp. 9 y ss; T-207 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, pp. 8 y ss, y T-042 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz. pp. 5 y ss.

86 M. P. Eduardo Montealegre Lynett. pp. 7 y ss.

87 En el mismo sentido, la sentencia T-860 de 2003 determinó que los contenidos propios del POS devienen en prestaciones vinculantes para los entes encargados de su cumplimiento y en derechos subjetivos, de carácter fundamental autónomo para las personas. M. P. Eduardo Montealegre Lynett. pp. 10 y ss. En igual referencia las sentencias T-200 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 6 y ss; T-261 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. pp. 12 y ss; y la sentencia T-767 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. pp. 4 y ss, confirman que el derecho a la salud en casos especiales es un derecho fundamental de manera autónoma. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 6 y ss. Véase la sentencia 016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. p. 19.

a la fundamentalidad del derecho a la salud. En el mismo sentido pueden apreciarse recientes sentencias de la propia Corte Constitucional que han retomado el concepto de conexidad para determinar la fundamentalidad del derecho a la salud, o que lo utilizan para reforzar su fundamentalidad, o se utiliza en forma preferente la posición de que todos los derechos constitucionales son fundamentales, pese a los pronunciamientos, por ejemplo, de la citada T-760 de 2008⁸⁸, lo cual demuestra que hasta el momento no existe una línea jurisprudencial consolidada en relación con la iusfundamentalidad del derecho a la salud en la propia Corte Constitucional.

Finalmente, y a pesar de lo arriba señalado, se podría afirmar que la Corte Constitucional va en camino de un consenso sobre la determinación del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en todos los casos y para todas las personas⁸⁹, en especial desde las sentencias C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008, ya referidas, posición que se comparte plenamente en aras de la protección de la vida digna y con calidad. Finalmente y a pesar de algunas sentencias que han retomado el concepto de la conexidad o extensión, la Corte Constitucional parece haber arribado nuevamente al primigenio concepto de que el derecho a la salud es un derecho fundamental⁹⁰. Concepto del cual no debió haberse apartado y que debe consolidarse en clave de Estado social. Por ende, en clave de Dignidad Humana.

88 Véase como ejemplo muy reciente la sentencia T-814 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, pp. 6 y ss; que retoma la teoría de la conexidad, no obstante que sentencias como la T-016 de 2007, la C-811 de 2007, la C-463 de 2008 y la T-760 de 2008 han afirmado categóricamente que el derecho a la salud es fundamental autónomo. Otra cosa es si ha sido o no amenazado o vulnerado. O si el medio de protección es o no la acción de tutela por existir o no otro medio de defensa o existiendo medio de defensa diferente éste es ineficaz ante una amenaza o vulneración determinada. En el mismo sentido de utilizar la conexidad como vía de fundamentalizar el derecho a la salud, entre otras sentencias de 2009, se tiene por ejemplos la T-079, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez, p. 3; la T-183, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, p. 14, y la T-214, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, p. 3.

89 Véanse, por ejemplo, las sentencias T-875 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, pp. 8 y ss; T-921 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, pp. 5 y ss. Del 2009, entre otras, las sentencias T-053, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, pp. 9 y ss; T-120, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, pp. 3 y ss, y la T-201, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

90 Al respecto véanse las sentencias: T-224 de 2010, T-246 de 2010, T-650 de 2010, T-654 de 2010, T-664 de 2010, T-668 de 2010, T-685 de 2010, T-730 de 2010, T-815 de 2010, T-835 de 2010, T-864 de 2010, T-874 de 2010, 009 de 2011 y T-022 de 2011. A más, que ha sido claro desde tiempo atrás que el derecho a la salud para el caso de las personas especialmente protegidas por la Constitución del 91 es un derecho fundamental autónomo.

Conclusión

El derecho a la salud es un verdadero derecho. Se encuentra consagrado no solo en la Constitución de 1991, sino también en múltiples instrumentos jurídicos internacionales que hoy hacen parte de nuestra normativa por vía del llamado bloque de constitucionalidad. Igualmente se encuentra desarrollado en innumerables disposiciones de origen legal y reglamentario. En especial por medio de las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011.

Debido a la ubicación inicial del derecho a la salud en nuestra Constitución de 1991 mucho se ha dicho sobre su naturaleza jurídica. Quizá ha sido la Corte Constitucional quien ha ido estabilizando vía jurisprudencial la iusfundamentalidad del derecho en cuestión. Decurso que ha sido controversial, no lineal, no pacífico y en veces ha sufrido serios retrocesos. No obstante, hoy parece haberse ido consolidando la fundamentalidad del derecho a la salud por tal vía. Por lo menos, existe una cierta concertación jurisprudencial en cuanto a que el derecho a la salud es un derecho fundamental por conexidad con otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, el desarrollo de la libre personalidad, obviamente con la dignidad humana.

Pero, precisamente por su relación directa con la dignidad humana, por ser universal, inherente a la persona humana, indisponible, irrenunciable, por entrañar libertades y derechos, por su esencialidad en la materialización de una vida digna y con calidad, por ser un derecho integral e integrador de otros derechos y condiciones vitales, por tener una dimensión individual, pero también una dimensión colectiva es que el derecho a la salud, sin lugar a dudas, es un derecho fundamental; y como derecho seriamente fundamental debe ser objeto de todas y cada una de las garantías constitucionales y legales previstas para tal tipo de derechos y no sólo para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela.

Bibliografía

- ALEXYS, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición en castellano. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2007.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Universidad Nacional de Colombia. Primera Edición. Bogotá: Legis, 2006.

- BALDASSARRE, Antonio. *Los Derechos Sociales*. Serie de Teoría Jurídica y filosofía del derecho. N. 20. Universidad Externado de Colombia, 2001.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera edición. Madrid: 2007 y Escritos Sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CAÑÓN ORTEGÓN, Leonardo. *Una Visión Integral de la Seguridad Social*. Segunda Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. *Polémicas Constitucionales*. Primera Reimpresión. Bogotá: Ed. Legis, 2008.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2001.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo *El Derecho de los Jueces*. Universidad de los Andes. Legis. 2009.
- OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”. n.º 37. Bogotá: 1997.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*. Novena edición. Tecnos, 2007.

Normativa

Instrumentos Jurídicos Internacionales y Declaraciones.

Constitución Política de 1991.

Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007 y decretos reglamentarios. Ley 1438 de 2011.

Acuerdos de la Comisión de Regulación en Salud.

Sentencias de constitucionalidad: En especial la C-811-2007. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C-1041 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencias de Unificación: En especial. SU-111 de 1997. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. SU-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero. SU-819 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencias de Tutela: T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez. T-613 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero. T-227 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynnet. T-016 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Documentos:

La Salud como Derecho, Marco Nacional e Internacional de Protección del Derecho Humano a la Salud, serie Aportes, n° 3, Provea, Caracas, 1998,

Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Defensoría del Pueblo, 2003.

Libro Virtual:

Los Derechos Fundamentales en México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Miguel Carbonell, Serie Doctrina Jurídica. n°. 185. Elaboración de formato PDF: Sara Castillo Salinas. Universidad Nacional Autónoma de México. ISBN 970-32-1580-7. 2004. Biblioteca Jurídica Virtual. Disponible en versión completa digital en: [<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1408>].