

La acción de tutela: ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alternativo para acceder a servicios de salud?

Alba Lucía Vélez, M.S.P.*

RESUMEN

El artículo hace un recuento del desarrollo de la acción de tutela en Colombia a partir de su consagración como mecanismo de protección de derechos fundamentales incluida en el Título II, Capítulo 4 de la Constitución Política expedida en 1991 en su Artículo 86 y la forma cómo ha incidido en la protección del derecho a la salud bajo los lineamientos de la Ley 100/93 y su normatividad reglamentaria. Explora el verdadero alcance del derecho a la salud de acuerdo con los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, las tesis que han orientado su protección y cómo en muchas ocasiones, se han emitido fallos contrariando los preceptos legales y reglamentarios, pero en todo caso consultando el espíritu de la Carta Constitucional en procura de la protección del derecho a la salud, sobre todo cuando, por conexidad con derechos de carácter fundamental, pueden estos últimos ser vulnerados. Se plantea también si con el porcentaje cada vez creciente de las acciones de tutela instauradas por los usuarios para invocar la protección del derecho a la salud, esta acción se ha convertido en un mecanismo alternativo de acceso a servicios de salud y si, en tal caso, sería éste el procedimiento adecuado para asegurar el cumplimiento de los principios que orientan su ejercicio, sobre todo los que hacen referencia a la universalidad y a la protección integral.

Palabras clave: Acción de tutela; Derecho a la salud; Legislación; Garantía de atención en salud; Jurisprudencia; Prestación de atención en salud; Atención en salud; Acceso; Aplicación de la Ley.

The tutelage action: as mechanisms for protection right health and instrument of access to the health services?

SUMMARY

This paper resumes the development of the tutelage action in the country as a right protection mechanisms included in the title II, Chapter 4 from politic 1991 Constitution in its 86 article and the way it has influenced in the protection of the health right according to the principles of the law 100/93 and its normative developments. It explores the approach, of the health right according to the jurisprudence developments of the constitutional court, the thesis that have guided its protection and the way, it has released verdict against the legal and reglamentary precepts but in each case consulting the spirit of the constitutional rules in an attempt to the health right protection, by connection with fundamental rights the can be it is raised if with the growing percentage of the tutelage actions made to ask the health right protection. This action has became, an instrument of access to the health services, and even in such case, it would be a correct mechanism, to ensure the fulfillment of the principles that guide its exercise, specially those that make reference to the universality and the integral protection.

Key words: Tutelage action; Right to health; Legislation; Jurisprudence assurance health care; Delivery of health care; Health care; Acces; Law enforcement.

A partir de la Constitución de 1991 se consagran en Colombia mecanismos de protección de derechos fundamentales de carácter más expedito, como es el caso de la acción de tutela, creada³ para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitu-

cionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública». De igual manera, la Carta Constitucional consagra en los artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y a la salud respectivamente, asignándoles para su desarrollo y efectividad tres principios de alcance constitucional: eficiencia, universalidad y solidari-

* Docente Titular, Departamento de Salud Pública, Facultad de Ciencias para la Salud, Universidad de Caldas, Manizales.
e-mail:albalu@telecom.com.co
Recibido para publicación octubre 21, 2004 Aprobado para publicación junio 27, 2005

dad, siendo necesario aclarar que el desarrollo normativo de carácter primordial de estos dos derechos se dio en 1993 con la expedición de la Ley 100 que crea el sistema de seguridad social integral y que reglamenta el sistema pensional, el de salud y el de riesgos profesionales. En su Artículo 162 reza⁴ «El sistema general de seguridad social de salud crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001».

El interés de este artículo es explorar a través de un proceso de revisión bibliográfica, la sistematización del conocimiento dado por la Ley, así como del análisis de los fallos de tutela y los recobros solicitados al Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) el verdadero alcance del derecho a la salud en un entorno social y económico que ha impedido incrementar la cobertura de la seguridad social tanto desde el punto de vista poblacional como de los paquetes de servicios de salud ofrecidos y, si realmente en la práctica se ha hecho efectivo el derecho a la salud a través de la prestación del servicio bajo parámetros de calidad, protección integral y obligatoriedad, entre otros.

MATERIAL Y MÉTODOS

Este artículo se fundamenta en un revisión sistemática de la normatividad que ha orientado el espíritu del legislador en torno al alcance del derecho a la salud en Colombia, así como en el análisis de los fallos de tutela generados por la Corte Constitucional y de la interpretación que sobre ellos han realizado diferentes autores quienes indagan sobre cuál es en la práctica la aplicabilidad del derecho a la salud expresada en su forma más concreta a través de la efectiva prestación de los servicios para la población colombiana. Se analiza el alcance del derecho a la salud bajo la normatividad constitucional, legal y los fallos de la Corte Constitucional y cómo a través de la acción de tutela se están persiguiendo dos finalidades: la primera, la protección del derecho a la salud y la segunda, la efectiva prestación de la atención en salud.

RESULTADOS

Se enfatiza en este punto cuál es el alcance del derecho a la salud desde el contexto legal y jurídico, el fundamento de las acciones jurídicas instauradas y el incremento de los recobros generados por los fallos, así como el alcance de la protección constitucional de este derecho y las tenden-

cias observadas en su reconocimiento a través de los fallos de tutela de la Corte Constitucional.

Alcance del derecho a la salud. A partir de la Constitución de 1991, el ciudadano colombiano fue titular de dos derechos de importancia trascendental: el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, incluidos ambos en el Título II, Capítulo 2, bajo la denominación de «Derechos económicos, sociales y culturales», asignándoles como principios la universalidad, la solidaridad y la eficiencia, derechos elevados a la categoría de servicios públicos de carácter obligatorio, y su prestación bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

Se puede afirmar que la tutela consagrada como mecanismos de protección de derechos fundamentales se ha convertido, en relación con el derecho a la salud, en un instrumento con una doble finalidad: por un lado como mecanismo de protección de derechos fundamentales cuando, como consecuencia de la no protección del derecho a la salud, se afecte o lesione el derecho a la vida u otro tipo de derechos de contenido fundamental, como lo es también la garantía del mínimo vital, pero también con una segunda finalidad, como un proceso alterno que deben utilizar los usuarios para acceder a servicios de salud y más concretamente a la atención médica a través de la cual se hace efectivo el derecho.

El derecho a la seguridad social se considera como un derecho de contenido prestacional, porque, para su efectividad, requiere de una serie de normas y asignaciones de carácter presupuestal, además de un esquema de organización que permita la viabilidad de la prestación de determinado servicio público. En relación con el derecho a la salud se encuentra también por fuera del listado de derechos fundamentales y está incluido en aquellos de carácter social, económico y cultural. Sobre el alcance de su protección constitucional consagrado en la carta en el Artículo 49, se ha pronunciado la Corte en múltiples fallos; su jurisprudencia ha determinado⁵ que si bien el derecho a la salud tiene carácter prestacional, adquiere la connotación de fundamental cuando como resultado de su vulneración se coloca en peligro el derecho a la vida, este si un derecho de carácter fundamental. En efecto, la Corte ha expresado: «[...] que si bien el derecho a la salud no es en sí mismo un derecho fundamental»⁶ «sí puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar este último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de

su dignidad⁷. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro e la vida u otros derechos fundamentales de las personas».

Se establece el concepto de la salud como un servicio público generador de derechos prestacionales y del cual se derivan derechos fundamentales; señala la Corte que la salud sólo es tutelable por conexidad con el derecho a la vida, siendo considerado tal derecho en los demás casos, como un derecho de contenido prestacional con las implicaciones que ello produce con respecto a su protección y eficacia. Es por tanto un derecho de protección constitucional en aquellos eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro la vida u otros derechos fundamentales de las personas.

En este orden de ideas, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos y las cirugías entre otros aspectos, pueden ser objeto de protección por vía de tutela. Al respecto expresa la Corte Constitucional ⁸«Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental».

Sin duda, el criterio para definir la salud como derecho inescindible de la vida, lo toma la Corte entendiendo la concepción del proceso salud enfermedad más allá de una explicación circunscrita únicamente a su existencia biológica, pues admite la posibilidad de que la persona que ejerza tal derecho pueda llevar una vida digna y alejada del sufrimiento, de modo que tenga un desempeño normal en la sociedad; es este y no otro el sentido que le otorga la Ley 100/93 en su Artículo 156, Literal c, cuando expresa ⁹«Todos los afiliados al sistema general de seguridad social en salud recibirán un plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el plan obligatorio de salud (POS)».

Es claro, de acuerdo con lo anterior, que el derecho a la salud sólo adquiere su connotación de derecho fundamental cuando, como consecuencia de su vulneración, se pone en peligro la preservación de un derecho contenido en el Título II Capítulo I de la Constitución actual (artículos 11 al 41) y muy especialmente el derecho a la vida y a la dignidad de la persona.

Surge entonces el interrogante ¿Hasta dónde llega el núcleo esencial de la salud? Expresa al respecto Beltrán

¹⁰«si bien la Constitución Política garantizó la seguridad social y el acceso a los servicios de salud como un derecho, en algunos casos la Corte ha considerado que este derecho no es fundamental para todas las personas, es decir, es fundamental sólo para aquellas personas en cuyos casos su derecho a la salud y su derecho a la vida resulte inescindible. Entiende la Corte [...] para el estudio de las acciones de tutela, que la relación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida... es inseparable cuando el vínculo existente entre ambos derechos es de tal naturaleza que no cabe duda para el juez que con la afectación del primero se estaría vulnerando el segundo...» En conclusión, la Corte ha definido el alcance de este derecho en dos sentidos: «el primero de ellos hace referencia a la salud como un servicio público generador de derechos prestacionales, y de otro lado, la salud como servicio público generador de derechos fundamentales; en este último sentido se basa el alcance de la protección del derecho en la jurisprudencia constitucional».

Orientan la Ley 100/93 tres principios de carácter constitucional: universalidad, eficiencia y solidaridad y de contenido legal enunciados los primeros en el Artículo 2 literales d, e y f, así como también los contemplados en el Artículo 153 como fundamentos del servicio público, a saber: equidad, obligatoriedad, protección integral, libre escogencia, autonomía de las instituciones, descentralización administrativa, participación social, concertación y calidad.

Dos aspectos llaman la atención sobre el tema tratado, el primero se deduce de lo expresado en el Artículo 162 de la Ley 100/93 cuando reza ²«El Sistema General de Seguridad Social de Salud (SGSSS) crea las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001» y el segundo, el efectivo cumplimiento del principios de protección integral desarrollado en el Artículo 153 Numeral 3 de la misma ley que a la letra reza «El SGSSS brindará atención en salud integral a la población en sus fases de educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia de conformidad con lo previsto en el Artículo 162 respecto del plan obligatorio de salud».

Surgen interrogantes ¿Se puede hablar realmente de una protección integral bajo el esquema previsto por el sistema actual? ¿Han aumentado las coberturas a la seguridad social bajo la afiliación a los regímenes contri-

butivo y subsidiado? ¿Hay efectivamente condiciones de acceso a un plan obligatorio en salud? ¿El número de acciones de tutela instauradas en el país, los hechos que la sustentan, sus fundamentos de derecho y los recobros generados al FOSYGA por su causa, permiten concluir que ha surgido un proceso alterno de acceso a servicios de salud a través de su accionar? Explorando un poco en estos interrogantes el panorama es preocupante. Veamos:

1. Acciones judiciales instauradas. Las estadísticas sobre las tutelas instauradas arrojan lo siguiente ¹¹«Para el año 2000, tras nueve años de entrar en vigencia la nueva Carta Política las cifras demuestran lo siguiente: de 2.375 expedientes que llegaron a la Corte Constitucional para su revisión, 17.6% de los mismos se referían a tutelas de salud.» En igual sentido se encuentra que ¹²«En 1993 hubo un total de 20.181 tutelas. Éstas fueron presentadas más que todo por aspirantes a la jubilación de la Caja Nacional de Previsión. En 1994 se presentaron 26.715 tutelas, también de aspirantes a jubilación, porque el año anterior se había sentado el precedente de que éste era el mecanismo para su defensa. En 1995 hubo 29.950 tutelas, dentro de las cuales comienzan a presentarse tutelas por cuestiones de salud debido a la aparición de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios de 1994, y por consiguiente la entrada del Instituto de Seguro Social (ISS) a competir con las empresas promotoras de salud (EPS). En 1996 se presentaron 31.248 casos de acciones de tutela, con las cuales aumentan los procesos correspondientes a tutelas por salud. En este año se desarrolla la jurisprudencia garantista de la Corte Constitucional. En 1997 se presentaron 33.663 expedientes sobre todo por salud y pensiones. En 1998 hubo 38.248 casos, dentro de los cuales aún se presentan numerosas tutelas por salud. En 1999 el número de tutelas crece de tal manera que entre este año y el 2001 van a presentarse más tutelas de las que se presentaron en los siete años anteriores».

Analizadas las estadísticas entre los años 2000-2002 se observa lo siguiente ¹³«A lo largo de estos años se va a producir un aumento vertiginoso de las acciones de tutela y en especial en materia de salud. En 1999, de las 86.324 tutelas interpuestas en todo el país 24.6% (21.313) fueron de salud. En el año 2000 el número de tutelas aumentó a 131.765 y 18.9% (24.913) fueron de salud. En el año 2001 el número de tutelas aumentó muy poco, 133.273, pero el porcentaje de tutelas en salud sí aumentó, pues pasó a ser 25.6% (34.226). En el año 2002 la tendencia continuó aumentando levemente. Para diciembre de 2002 se habían

presentado 140.095 tutelas de las cuales tan sólo 25% (35.072) eran de salud. Al finalizar el año se presentaron un total de 143.888 tutelas en todo el país de las cuales 42.756 (29.7%) fueron de salud».

Sobre el tema se expresaba también: «58% de las tutelas que se instauran en el país, son contra la seguridad social. Y por ello la directora de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, Gina Magnolia Riaño, planteó la necesidad de dividir la labor que hacen los juzgados, para que un porcentaje se dedique a resolver los temas laborales y otro tanto a temas de seguridad social [...] La ex-ministra de Trabajo señaló que en 2004 se han instaurado 9.630 tutelas sólo contra CAJANAL. Por el lado del ISS las cifras datan de 2003, cuando se instauraron 22.888 tutelas»¹⁴.

Las estadísticas sobre acciones populares y de grupo, mediante las cuales el constituyente sentó las bases de lo que podría denominarse la ¹⁵«nueva justicia para el siglo XXI, la justicia colectiva», consagrado como otro mecanismo instaurado para protección de derechos humanos, se observan en la categoría de derechos vulnerados o amenazados según actor aquellos clasificados como acceso a servicios públicos y a su acceso eficiente y oportuno y bajo la categoría de análisis «derechos vulnerados o amenazados según juzgador en el Numeral 6, figura acceso a servicios públicos y acceso eficiente y oportuno». En esta categoría se está incluyendo entre otros, el acceso al servicio público de salud.

Además de las estadísticas de tutelas y acciones populares, es importante analizar el impacto financiero del sistema generado por causa de los recobros al FOSYGA, mecanismo diseñado para financiar el suministro de medicamentos y procedimientos no contenidos en el POS o sujetos a períodos mínimos de cotización y prestados por las aseguradoras a sus afiliados, cuando es imprescindible. Según datos obtenidos de un estudio correspondiente a los años 2002 y 2003 realizado por el Ministerio de Protección Social (MPS) en el cual se calculó la frecuencia y el valor de los recobros según aseguradora, diagnósticos, tipo de insumo, porcentaje de glosa y valor per cápita recobrado se encontró ¹⁶«en el 2002 se presentaron recobros ante el MPS por valor de 64 mil millones de pesos (medicamentos NO-POS y tutelas), descontando una glosa entre 17% y 22%. Para el 2003 se estimó un valor de recobro 0.75 veces mayor. Entre los diagnósticos con mayor valor por medicamentos no incluidos en el POS, es decir NO-POS están el cáncer, la esclerosis, VIH, insuficiencia renal

crónica (IRC) y alteraciones del crecimiento, con valor promedio por persona de 841 mil pesos, y en tutelas son VIH, cáncer, enfermedad Gaucher, coronaropatías, hipoacusia e IRC, con un valor promedio de 3'633.000 y mediana de 898 mil pesos. En algunas enfermedades, son sólo unos pocos medicamentos los responsables de los recobros. En tutelas, 69.2% es por medicamentos no incluidos en el POS (MNOPOS), 16% con cargo a procedimientos (NOPOS) y 14.7% por períodos de carencia».

Complementando el análisis de tutelas y recobros, es importante tener en cuenta las coberturas a la seguridad social en el país, al respecto se tiene que: ¹⁷«a 31 de marzo de 2003 se encontraban afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud 24'609.466 colombianos, equivalente a 55.2% de la población nacional. De estos, el régimen contributivo contaba con un promedio mensual de 13'165.463 afiliados compensados, correspondientes a 53.5% de los asegurados, mientras que para el régimen subsidiado se encontraban afiliadas 11'444.003 personas, que representan 46.5% de la población general». Tomando el total de población estimado se tiene una cobertura de aseguramiento de 55.2% entre régimen contributivo y subsidiado, si bien es cierto que la ¹⁵ «cobertura de aseguramiento al régimen subsidiado ha venido creciendo de manera paulatina llegando, como se anotó, a la cifra de 11'444.003 personas afiliadas y clasificadas en los niveles 1 y 2 por la Encuesta del Sistema Nacional de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales (SISBEN)», las coberturas de aseguramiento están lejos de alcanzar al total de la población colombiana.

Situaciones como la falta de cobertura, la no prioridad del gobierno en igualar los planes de beneficio del régimen subsidiado con el contributivo, la necesidad de ampliar los paquetes de procedimientos y medicamentos incluidos en el POS, son entre otros aspectos, los que explican en la actualidad el aumento de las acciones de tutela y su utilización como mecanismo alternativo de acceso a servicios de salud.

2. Alcance de la protección del derecho a la salud y posiciones de la Corte Constitucional frente a los fallos de tutela. Un aspecto objeto de análisis es sin duda el alcance de la protección del derecho a la salud; al respecto es importante anotar lo expresado por Arrieta ¹⁸«Desde 1992, año en que inicia labores la Corte Constitucional, uno de los debates judiciales que rápidamente se planteó fue el siguiente: ¿cuál es el grado de exigibilidad de los derechos sociales, económicos y culturales? Estos

derechos constitucionales (el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social, entre otros) imponen, en cabeza del Estado el cumplimiento de obligaciones de ejecución compleja, por cuanto exigen de su parte el diseño e implementación de políticas públicas que le permitan garantizar a las personas su goce real y efectivo». Por ello el debate se ha concentrado en establecer a qué se hace referencia, por ejemplo, cuando se dice: «toda persona tiene derecho a la salud» ¿Se hace referencia a la facultad que tiene la persona para hacer exigible el cumplimiento de la obligación de que es beneficiario? ¿o, en este caso «derecho» hace referencia a una meta de exigencia sólo, ante los estrados judiciales? La discusión se centra entonces entre la tesis de que estos derechos son simples directrices políticas y que en modo alguno pueden entenderse como obligaciones jurídicas exigibles ante un tribunal, o bien sí son exigibles, pues de lo contrario no podrían ser tenidos como «derechos». Respecto a esto, y al desarrollo del accionar judicial a partir de la Constitución de 1991, se puede afirmar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional aceptó una vía intermedia, anota al respecto Arrieta ¹⁶«pues reconoció las tesis básicas del primero de los extremos al indicar que los derechos económicos, sociales y culturales no son fundamentales y, por consiguiente, que su protección no se puede invocar mediante la acción de tutela; también abrió el camino para que, de manera excepcional, se pudiese recurrir a la acción de tutela cuando la protección de dicho derecho estuviese en conexidad con la prestación de un derecho fundamental».

Sobre los pronunciamientos de la Corte Constitucional en torno al derecho a la salud, pueden identificarse las siguientes fases: inicialmente se sentaron las bases para construir una línea jurisprudencial, fijando puntos centrales: uno, la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud en cabeza del Estado, cuando de ello depende la vida e integridad de un persona en situación económica precaria, y se le confiere como prestación, exigible mediante tutela, que el Estado asegure la efectiva prestación del servicio requerido. En una segunda etapa coincide con la expedición de la Ley 100/93 mediante la cual se crea el SGSSS concebido como un conjunto de normas, procedimientos e instituciones cuya finalidad es cubrir el derecho irrenunciable a la salud de toda la población y crea dos regímenes: contributivo y subsidiado. Las personas afiliadas al régimen contributivo tienen acceso al Plan de Atención Básico en Salud (POS) [es decir, el conjunto de procedimientos, actividades, inter-

venciones y medicamentos incluidos en el listado desarrollado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud (CNSSS)]¹⁹.

Los afiliados al régimen subsidiado tienen derecho al POS subsidiado (POS-S), al plan de atención básico en salud y, al plan de atención materno infantil; este último es un plan transitorio que consiste en el conjunto de servicios definidos por el CNSSS provisionalmente, mientras se unifican los listados del POS-S a los del POS. La prestación del POS que corresponde a cada régimen, será garantizado por las EPS para el régimen contributivo, y para el régimen subsidiado garantizados por las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), también por las EPS que organicen programas para administrar el régimen subsidiado, Empresas Solidarias de Salud (ESS) y cajas de compensación familiar.

El principio guía que orienta el POS se define en el Acuerdo N° 08/1994²⁰ «Artículo 6°. Adoptar como principio guía de orientación del POS, la inclusión de servicios que conduzcan a la solución de los problemas de mayor relevancia en cuanto a morbilidad y mortalidad, número de años perdidos por discapacidad o muerte temprana y costo-efectividad. Son criterios que atienden los problemas de salud desde una visión global, económica y eficiente. Este principio como guía de orientación implica que procesos patológicos que sufran reducidos grupos de población puedan ser pasados por alto y no tenidos en cuenta dentro del plan de servicios, lo cual sería ya un primer criterio de exclusión; el segundo es fijado legalmente cuando en el Artículo 7° del acuerdo en mención se expresa «Artículo 7° Aprobar las exclusiones y limitaciones del POS que no contribuyan al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuario y aquellas que expresamente defina el consejo en el futuro, más los que se describen a continuación[...]». Se establecen por tanto, determinados casos en que una EPS no puede, con cargo al sistema de salud, pagar ciertos tratamientos. Se excluyen en forma definitiva, tratamientos y medicamentos a los que no se puede tener acceso. El Ministerio de Salud, por Resolución 5261 de 1994²¹, expide los manuales de actividades, intervenciones y procedimientos con el fin de que fuera utilizado en el sistema de seguridad social en salud, para garantizar el acceso a los contenidos específicos del POS, la calidad de los servicios y el uso racional de los mismos. Esta resolución determina en el Artículo 13° el mecanismo de formu-

lación y despacho de medicamentos, anotando que la «la receta deberá ceñirse a los medicamentos autorizados en el manual de medicamentos y terapéutica, sin que por ningún motivo se admita excepciones, salvo que el usuario los pague como parte de un plan complementario». En conclusión, se desprende de esta normativa que los medicamentos y soluciones que se prescriban para el tratamiento del paciente, sea de uso hospitalario o ambulatorio, deberán ceñirse estrictamente a lo definido en el manual de medicamentos y terapéutica establecido por el POS, según acuerdos expedidos con tal fin: Acuerdo N° 228 de 2002²² y el Acuerdo N° 236 de 2002²³, es esta sin duda, una restricción importante al derecho constitucional de la salud que proviene de una resolución ministerial, no del seno del Congreso mediante una ley estatutaria y tampoco surge del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

Los pronunciamientos de la Corte se fundamentaron en el concepto de vida digna e introdujeron consideraciones especiales a la regla cuando se tratara por ejemplo, de niños con problemas. Se destaca el concepto desarrollado en la sentencia Morón Díaz²⁴ donde se decidió: «Las entidades, públicas o privadas, encargadas de llevar al afiliado y a su familia los beneficios del POS no pueden ya esgrimir el diagnóstico de que la enfermedad es incurable como razón válida para negar todo tipo de atención al paciente». Se consolida también la tesis según la cual «cuando una persona en situación económica precaria requiere un servicio médico que no está contemplado por el POS o POS-S y que no puede costearse, tiene derecho a que el Estado, por intermedio de la entidad responsable de prestarle el servicio, le garantice el acceso a éste (en adelante se denomina a ésta la regla general). También se anota en esta etapa el planteamiento de la Corte en el sentido que²⁵ «El ISS debe otorgar a quienes padezcan de una enfermedad incurable y mortal como el sida el tratamiento pertinente, encaminado a atacar las manifestaciones de la enfermedad para impedir su desarrollo o morigear sus efectos, tratando de conservar en lo posible una vida en condiciones dignas; pues sus derechos fundamentales a la vida y a la salud se encuentran amenazados por dicha enfermedad».

En una tercera etapa se observan diferentes criterios pero prevalece según la sentencia SU-480 de 1997 la regla general con los siguientes elementos básicos: ²⁶«la Corte puede inaplicar la reglamentación que excluye el tratamiento o medicamento requerido, para ordenar que sea

suministrado y evitar, de ese modo, que una reglamentación legal o administrativa impida el goce efectivo de garantías constitucionales, cuando se cumplen los siguientes requisitos:

1. 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.
2. Debe tratarse de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el POS o que, pudiendo sustituirse, el sustituido no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando este nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente.
3. 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.
4. 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.

Es de anotar que el marco reglamentario acogió la regla general (aunque sólo para medicamentos) mediante el Acuerdo 83 de 1997²⁷, en éste se dispuso «para garantizar el derecho a la vida y a la salud a las personas, podrán formularse medicamentos no incluidos en el manual de que trata el presente acuerdo».

Como aspecto importante en la reglamentación relacionada con el acceso a medicamentos, se destaca la Resolución 5061 de diciembre 23 de 1997²⁸ que reglamentó el Comité Técnico Científico como un órgano de toda EPS y ARS cuya función es, según se indica en su Artículo 2° «[...] atender las reclamaciones que presenten los afiliados y beneficiarios de las EPS en relación con la ocurrencia de hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afectan el usuario respecto de la adecuada prestación de los servicios de salud». En un párrafo hace relación en especial a las condiciones y el procedimiento para la prescripción de medicamentos esenciales con criterios de costo-efectividad que no se encuentren en el listado de medicamentos aprobado por el CNSSS. Esta normativa se complementó luego con la expedición del Acuerdo N° 232 de 2002²⁹ por medio de la cual se creó el Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación de Tecnología como un organismo asesor del CNSSS y cuya función es «apoyar al Consejo en el ajuste y actualización del POS usando la evaluación de tecnología y medicamen-

tos como mecanismo para que el POS responda a los principales problemas de salud de la población colombiana.»

Se desprende de lo anotado que la reglamentación previó una instancia médica para facilitar el acceso a medicamentos no contemplados en el listado esencial, no así con relación a la autorización de procedimientos e intervenciones no contempladas en el POS del contributivo o en el POS-S del régimen subsidiado, de tal manera que en este caso el usuario se ve ante la necesidad de invocar, mediante la acción judicial de la tutela, la protección a su derecho vulnerado bien por su carácter de fundamental como el derecho a la vida o a un mínimo vital, o bien por su relación de conexidad con un derecho fundamental.

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS

Surge de la planteado en el presente artículo la pregunta ¿Es la tutela además de mecanismos de protección de derechos fundamentales, un proceso alternativo de acceso a servicios de salud?

Como se analiza en presente artículo, se observa una tendencia al incremento en el número de tutelas instauradas; podría afirmarse que, con la entrada en vigor de los comités técnicos científicos, la decisión de cuándo se debe entregar un medicamento no contemplado en el POS o en el POS-S debería haber logrado que muchas solicitudes no fueran tramitadas ante los juzgados, pero en la práctica esto no se dio. De igual manera la situación en relación con la posibilidad de la población de recibir procedimientos e intervenciones no contempladas en el POS y POS-S, es mucho más preocupante, porque no se tiene previsto para estos eventos el mecanismo instaurado para el suministro de medicamentos a través del cual el usuario tiene una instancia anterior a la acción de tutela, trámite que, si bien es importante para el usuario como mecanismo de protección, significa en primera instancia un desgaste ante un derecho que debería ser garantizado por lo menos en los términos concebidos constitucionalmente. Cabe preguntarse ¿Es la tutela un mecanismo alternativo de acceso a servicios de salud en Colombia? La respuesta es afirmativa en las circunstancias actuales de prestación de los servicios de salud. Es claro que las coberturas de aseguramiento al sistema general en salud no han alcanzado las metas esperadas, es decir, en la cobertura de salud del ciento por ciento para todos los ciudadanos, siguen exis-

tiendo diferencias en los paquetes básicos de beneficios ofrecidos en el régimen contributivo en relación con los contemplados para el régimen subsidiado y no es clara la prioridad del gobierno en igualarlos.

Es evidente que en Colombia se han consolidado una serie de líneas jurisprudenciales de protección de derechos sociales de prestación, en su mayoría del listado constitucional de derechos fundamentales, pero en el caso colombiano esta interpretación ha sido amplia y esto ha permitido proteger mediante la tutela derechos que se encuentran por fuera del listado de derechos fundamentales, circunstancias que ha viabilizado la protección de algunos derechos sociales de prestación, como el caso del derecho a la salud. Sin embargo, partiendo del supuesto que una política pública es ³⁰«el resultado de la actividad de una autoridad investida de poder público y de legitimidad gubernamental y además su análisis se presenta bajo la forma de un conjunto de prácticas y de normas que emanan de uno o de varios actores públicos. En un momento dado, en un contexto dado, una autoridad adopta prácticas de determinado género, actúa o no actúa. Estas prácticas se pueden señalar concretamente: formas de intervención, reglamentación, provisión de prestaciones, etc.» Se puede afirmar que las políticas públicas en salud no han evidenciado la prioridad requerida para generar unas coberturas de aseguramiento para toda la población, para igualar los planes de beneficio del régimen subsidiado y el contributivo y para ampliar su contenido como respuesta a las necesidades de la población, situación que hace necesario que el ciudadano acuda a otro tipo de mecanismos como el de la tutela sin que pueda afirmarse que es un proceso adecuado de acceso a servicios de salud.

CONCLUSIONES

Es evidente que los fallos de tutela han generado políticas públicas en torno a la protección del derecho a la salud pues, como consecuencia de estos, se han expedido reglamentaciones, caso de la ampliación del listado esencial de medicamentos en varias oportunidades mediante la modificación de los acuerdos que los regulan, y una interpretación lógica de esta actuación es la de tomar en serio la fuerza normativa de la constitución y la de cada uno de sus preceptos incluidos aquellos que consagran derechos de prestación. Al respecto afirma ²⁹«y probablemente esto ha llevado a la Corte Constitucional colombiana a reconocer un cierto carácter funda-

mental de derechos de prestación consagrados cuando del propio texto constitucional se encuentren excluidos del tradicional listado de derechos de libertad como fórmula de garantía de unos mínimos existenciales exigibles frente al Estado y necesarios para la real eficacia de los derechos fundamentales dentro del marco del estado social de derecho». ¿O puede afirmarse que, si bien la Constitución consagró los derechos a la seguridad social y a la salud en la gama de derechos económicos, sociales y culturales, el Estado no está en la posibilidad de garantizarlos? ¿Sus principios de universalidad, eficiencia y solidaridad quedan entonces sometidos a que sean garantizados vía tutela?

Interrogantes como ¿Es a través de la normatividad que se están generando las barreras de acceso a los servicios de salud para los ciudadanos? ¿Debe instaurarse la acción de tutela para que las EPS o ARS puedan repetir ante el FOSYGA? ¿Es éste un mecanismo adecuado de acceso? ¿Y a la vez no se constituye también en barrera de acceso a los servicios de salud para el usuario?

La realidad es que es tan grande la desprotección en que se encuentran determinados grupos sociales y la arbitrariedad a la que en ocasiones se ven sometidos en los trámites administrativos para reclamar sus derechos, que la acción de tutela se ha convertido en un medio expedito para ello y, en el caso de la protección del derecho a la salud, pareciera que en muchas ocasiones la prestación del servicio, procedimiento, intervención o medicamento debe ser mediado necesariamente por dicha acción.

Si se acepta que una política pública ³⁰«es el conjunto de sucesivas respuestas del Estado (o de un gobierno específico) frente a situaciones consideradas socialmente como problemáticas», cabría un interrogante ¿Acaso la situación generada con la implementación de la Ley 100/93 a través de sus dos regímenes y la necesidad cada vez mayor del usuario de acudir al mecanismo de la tutela para la protección del derecho a la salud, no es una situación socialmente problemática? ¿No amerita entonces una real actuación del Estado acorde con sus objetivos? ¿No se requieren herramientas que doten al Estado de eficiencia y efectividad para garantizar el derecho en los términos previstos constitucionalmente? Sin duda, las políticas públicas son de la ingerencia estatal y por tanto no puede dejarse a la Corte Constitucional que, vía fallos de tutela, se decidan las políticas que deben asegurar el acceso y la adecuada prestación de los servicios de salud, en Colombia. Cobra validez lo expresado por Durán sobre este asunto: ³¹«Pareciera como si el Estado social de derecho

necesitara de una aplicación directa de la Constitución Política por parte de los magistrados de la Corte para que se pudiera garantizar la preeminencia de ésta... Pareciera entonces que la Corte Constitucional fuera el único órgano que tuviera un verdadero interés en preservar la Constitución. Pero, ¿puede hacerlo sola?»

Finalmente, la acción de tutela se consagró como mecanismo de protección de derechos fundamentales lo que es absolutamente necesario, pero no es clara la manera en que actualmente se utiliza, no como excepción ante la vulneración de un derecho, sino como un proceso alternativo de acceso a servicios de salud. Sin duda, éste no debe ser el instrumento de garantía adecuado para la protección del derecho a la salud en Colombia y menos como un instrumento para asegurar el acceso, así sea en un porcentaje mínimo de casos, cuando la realidad ha demostrado que no lo es. Es claro que si las políticas públicas no se cumplen y no se hacen realidad, no importa que sea el Gobierno, el legislativo o el poder judicial el que tome la decisión; quienes pierden son los ciudadanos y por ende la confianza que estos pueden tener en sus instituciones.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Colombia 1991*. Gaceta Constitucional N° 116. Bogotá: Asamblea Nacional Constituyente; 1991
- Régimen de Seguridad Social. *Colección de códigos básicos*. Bogotá: Legis; 1997. p. 107.
- Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-603, junio 16/2004. Magistrado Ponente Jaime Araújo. En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. V. N° 57. Bogotá: Legis Editores, S.A.; 2004. p. 491-1495.
- Corte Constitucional. Sentencias T-395 de 1998; T-076 de 1999; T-231 de 1999. Magistrado Ponente Alejandro Martínez. URL disponible en: http://www.juridicacolombiana.com/Pagina/jurisprudencia/j_c_constitucional/1999/T_1999.htm
- Sentencia T-494 de 1993. Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo. URL disponible en: <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1993/Tutela/T-494-93.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-1036 de 2000. Magistrado Ponente Alejandro Martínez. URL disponible en: <http://bib.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/2000/Tutela/T-1036-00.htm>
- Ley 100/1993 de 23 de diciembre. *Sistema de Seguridad Social Integral*. Diario oficial, Número 41148, de 23-12-93. p. 1-37.
- Beltrán AM. El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: ¿un problema en la definición de las políticas públicas o en la interpretación de un sistema de aseguramiento? En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. V: 57. Bogotá: Legis Editores S.A; 2004; p.1620-1632.
- Formisano M. Cinco argumentos a favor del mantenimiento de la acción de tutela para los derechos económicos, sociales y culturales en Colombia. En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. IV: 39. Bogotá: Legis Editores S.A; 2003; p. 559-562.
- López H. Datos cuantitativos sobre la tutela. Cuánto, ante quiénes, quiénes y dónde (1999-2001). *Observatorio de Justicia Constitucional. Derecho constitucional, perspectivas críticas*. Bogotá: Legis Editores S.A.; 2001. p. 270 y ss.
- Arrieta A. Comentarios a la creación de Jurisprudencia Constitucional. El caso del acceso a los servicios de salud. En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. IV: 45. Bogotá: Legis Editores S.A; 2004; p. 1752-1785.
- Seguridad social, líder en tutelas. Portafolio. Junio 30, 2004. Análisis. p. 8.
- Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Análisis de las estadísticas sobre acciones populares y derechos colectivos. En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. III: 29. Bogotá: Legis Editores S.A; 2004. p. 1213.
- Castellanos MI, Pinto N. *Recobros por tutela y medicamentos no POS en SGSSS. Proyecto UPC POS (PARS-MPS)*. Ministerio de Protección Social. En: Encuentro Nacional de Investigación en Salud Pública. Cali, septiembre 30- 1 octubre, 2004.
- República de Colombia. Ministerio de Protección Social. *Programa Nacional de Salud 2002-2006*. Bogotá: Ministerio de Protección Social; 2003. p. 60-61.
- Arrieta A. Comentarios a la creación de Jurisprudencia Constitucional. El caso del acceso a los servicios de salud. En: *Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. IV: 45. Bogotá: Legis Editores S.A; 2003; p.1752-1785.
- Ley 100 de 1993. Diario oficial del Congreso de la República de Colombia. Número 41.148, de diciembre 23, 1993. Bogotá.
- Acuerdo 008/1994 de julio 6. *Adopta el Plan Obligatorio en Salud para el Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Ministerio de Salud; 1994. p. 5
- Resolución 5261/1994 de agosto 5. *Establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Ministerio de Salud; 1994. p. 20.
- Acuerdo 228 de 2002 de mayo 3. *Actualiza el Manual de Medicamentos del Plan Obligatorio de Salud*. Diario Oficial N° 44.847, de marzo 5, 2002. Bogotá: Ministerio de Salud, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; 2002.
- Acuerdo 236 de octubre 22 de 2002. *Modifica parcialmente el Acuerdo 228 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud*. Diario Oficial N° 45.039, de octubre 22, 2002. Bogotá: Ministerio de Salud, Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud; 2002.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-43 de 1995 Magistrado Ponente Fabio Morón. URL disponible en: <http://www.juecesy fiscales.org/toc.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez. URL disponible en <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1995/Tutela/T-271-95.htm>
- Corte Constitucional. Sentencia SU-480 de 1997. Magistrado Ponente Alejandro Martínez. URL disponible en <http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1997/SU-480-97.htm>

- minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1997/Tutela/su480-97.htm
25. Acuerdo O83/1997. *Adopta el Plan Obligatorio en Salud para el Régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Bogotá: Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Ministerio de Salud; 1997.
 26. Resolución 5061/1997 diciembre de 23. *Por el cual se reglamentan los Comités Técnicos Científicos*. Bogotá: Ministerio de Salud; 1997.
 27. Acuerdo 232/2002 de 19 de julio. *Por el cual se crea el Comité Técnico de Medicamentos y Evaluación de Tecnología y se reglamenta su funcionamiento*. Diario Oficial N° 44.896 de 19-07-2002.
 28. Meny I, Thoenig JC. *Las políticas públicas*. Barcelona: Ariel S.A.; 1992. p. 89-90.
 29. Arbeláez M. *Diez años de protección constitucional del derecho a la salud*. La Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 1991-2001. Bogotá. URL disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/esquemaco.htm>
 30. Salazar C. Las políticas públicas. Colección profesores N° 19, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana; 1999. p. 50.
 31. Durán D. ¿Son políticas públicas las decisiones de la Corte Constitucional? Aproximaciones al concepto de política pública y su relación con las decisiones judiciales. *En: Tutela. Acciones populares y de cumplimiento*. IV: 37. Bogotá: Legis Editores S.A.; 2003; p. 187.