

ATENCIÓN EN SALUD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISIS A PARTIR DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

Tatiana Díaz Ricardo¹

RESUMEN

La corte constitucional colombiana a través de sus sentencias de tutela ha desarrollado la dinámica del cumplimiento de la obligación del Estado frente a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) orientando, en cada categoría de sujeto en particular, según las necesidades que presentan, la forma en que deben ser atendidos, valorados y efectivamente protegidos ante la vulneración de su Derecho a la Salud por parte de los actores que dirigen el sistema. Este trabajo analiza el derecho a la salud desde dos sujetos especiales: los niños y las mujeres embarazadas.

ABSTRACT

The constitutional court through legal acts of enforcement's rulings has developed the dynamics for the State's compliance with its obligation with regards to the GHSSS (General Healthcare and Social Security System) users and advises, in each category of the subject in particular and according to the needs they have, on the way in which they should be served, valued and effectively protected in view of any violation of their right to public health by the stakeholders that manage the system. This work analyzes the right to health considering two special subjects: children and pregnant women.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la salud, Usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, Regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud, jurisprudencia, niños, mujeres embarazadas.

KEYWORDS

Right to health, Users of Social Security System in Health, Schemes of Social Security System in Health, jurisprudence, children, pregnant women.

Artículo de investigación depositado en agosto 26 de 2011, aprobado en diciembre 5 de 2011.

¹ Docente investigadora de tiempo completo de la Universidad de Cartagena e investigadora de la Universidad Libre, Sede Cartagena. Líder del grupo de Investigación Justicia Constitucional, de la Universidad de Cartagena y la Universidad Libre, Sede Cartagena. Las auxiliares de investigación de este trabajo son las estudiantes de derecho: Cheryl Morris Rada, Nohelia Andrea Hurtado Buendía, Laura Marcela Morelo Castro y Tatiana Baldiris Álvarez.

INTRODUCCIÓN

En Colombia, se venía protegiendo a la Salud por tres vías: La primera, estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; la segunda, reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección (en el caso de los niños); la tercera, afirmando la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, abarcando los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con la sentencia T-760/08. Este “salvavidas jurisprudencial” señala serias deficiencias del Estado colombiano para garantizar la libertad (en sentido integral) y la dignidad de los ciudadanos.

La salud es concebida actualmente como uno de los pilares necesarios para la construcción del ideal de una sociedad con seres humanos dignos. En el caso colombiano su carácter de necesidad se acentúa aún más, pues históricamente ha sido una nación llena de contrastes y desigualdades económicas, por ello, no todos los habitantes han podido entrar a participar igualmente en la dinámica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual tiene entre sus características la estructura de oferta y demanda del mercado en un contexto globalizado debido a la transformación del derecho a la salud en un servicio público a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993.

El problema de investigación que se analiza en este trabajo consiste en caracterizar la protección real del derecho a la salud que brinda el estado colombiano a su población, a partir de un análisis comparativo del funcionamiento de los regímenes contributivo, subsidiado y vinculado en Cartagena de Indias, analizando el impacto que genera en el mismo la diferencia en la capacidad adquisitiva de las personas, años 2000-2009.

Lo anterior implica diferenciar al usuario de salud de acuerdo al régimen al que pertenece: contributivo, subsidiado y vinculado. Dentro del primero se encuentran tres subcategorías:

a) el contribuyente básico; b) con medicina prepagada; y c) con póliza de salud.

En desarrollo del proyecto de investigación principal, se planteó como primera etapa, el análisis comportacional de la jurisprudencia Constitucional en los casos delimitados por la identificación de “subcategorías especiales de sujetos” que se elaboraron, con el fin de presentar en tablas, una suerte de línea jurisprudencial, que no tiene mayor pretensión que ser una muestra selecta de sentencias del Alto Tribunal que reflejan la tendencia decisional frente a casos concretos. La investigación es de tipo exploratoria, explicativa y correlacional. Utilizaremos el análisis jurídico, la revisión bibliográfica, y el análisis histórico.

Las sub-categorías de sujetos a las que se hace referencia son seis: Niños, Mujer embarazada, Tercera Edad, Ciudadano Común y con requerimientos especiales o Urgencias y con enfermedades catastróficas no urgentes. Fueron seleccionadas en vista de la especial consideración y corte proteccionista que en el marco del Estado Social de Derecho se les brinda, atendiendo en principio a la cobertura en necesidades básicas que el fundamento ideológico del mismo propugna y en segundo lugar atendiendo al criterio del grupo investigador, interesado en trabajar los derechos sociales fundamentales; para el caso, la Salud, en cuanto a la eficacia de las leyes que regulan su contenido, y la percepción de seguridad y dignidad en el ciudadano colombiano, como destinatario de dichas normas.

Por lo anterior, en primer lugar, se reseñará la naturaleza del derecho a la salud enfocado desde el reconocimiento que del mismo hace la Corte Constitucional como un derecho de primera generación, sentando el precedente con la sentencia T-760-2008, pues antes de ella, dicho derecho sólo era protegido por vía de tutela en conexidad con otros derechos fundamentales. Y con esa fundamentación se identifica la tendencia decisional en la jurisprudencia de la corte, utilizando como metodología el rastreo de sentencias por año, en cada sub-categoría de sujeto.

A partir del análisis de su movimiento (amparo o no) se van dando las primeras impresiones

acerca de la postura ideológico-política de la Corte frente al avance del derecho a la salud sólo en dos sub-categorías: Niños y Mujer embarazada, pues las restantes se mostrarán en próximos avances de investigación, con contenidos especiales separables por cuestiones metodológicas.

Así mismo, es preciso enfocar en las diferentes sub- categorías de sujetos, problemas puntuales que obedecen a las necesidades propias de su estado-situación jurídica, para de esa manera consolidar en cada caso concreto una tesis comportacional y sacar a la luz de la academia unos primeros contenidos de orden descriptivo que sean punto de apoyo a las conclusiones que desde los contenidos teóricos del derecho se puedan extraer.

Este proyecto tiene especial relevancia porque el estudio se enfoca en los derechos sociales, económicos y culturales, de los cuales se escogió el derecho a la salud, por varias razones, algunas obedecen a inquietudes de carácter académico y otras no tanto. Estas últimas responden al evidente sufrimiento humano que se observa por parte de un considerable número de ciudadanos que acuden a los despachos judiciales, para pedir por vía de acción de tutela, órdenes o sentencias de jueces de la República, que obliguen a las entidades prestadoras de servicios públicos de salud de Colombia a algún tipo de prestación sanitaria.

El grupo considera que esta problemática señala serias deficiencias del Estado colombiano para garantizar la libertad (en sentido integral) y la dignidad de los ciudadanos, ya que toda persona que padece una enfermedad se coloca en un estado de manifiesta debilidad y vulnerabilidad. Hacer un estudio sobre el derecho a la salud conlleva, no sólo adentrarse en las complejidades del mismo, sino dialogar con ese importante sector de la humanidad que insiste en afirmar (de la mano de persuasivos argumentos) que los DESC no tienen la categoría de verdaderos derechos fundamentales para el hombre. Posición que la misma Corte Constitucional refuta al señalar que la naturaleza del derecho a la salud, que aparece en la constitución como derecho de segunda generación, esto es

Derechos sociales, económicos y culturales (DESC), señalándolo ahora como derecho fundamental en la sentencia T-760/2008.

Primeros avances, resultados y discusión del proyecto en curso

Las tablas que contienen el producto del rastreo jurisprudencial (alrededor de 200 sentencias de tutela), que para el propósito que tiene esta investigación, se elaboraron, no se anexan en esta entrega, pues más acertado es, para su mejor apreciación, exponer de manera sucinta las sentencias que describen y encierran en sus problemas jurídicos, los puntos neurálgicos de cada categoría de sujetos que se estudió. Con ese enfoque, se extraen los análisis pertinentes. En primer lugar el derecho a la salud de los menores y en segundo lugar el derecho a la salud de la mujer en estado de gestación.

PRIMERA CATEGORÍA DE SUJETOS: LOS NIÑOS

Ahora, con base en la sentencia T-760/08, para el análisis, es importante recalcar que el derecho a la salud de los niños, en tanto ‘fundamental’, debe ser protegido en forma inmediata por el juez constitucional en los casos en que sea amenazado o vulnerado. En el caso de los niños y de las niñas, la acción de tutela procede directamente para defender su derecho; no se ha requerido, pues, que exista conexidad con otro derecho como la vida o la integridad. La jurisprudencia ha señalado que los servicios de salud que un niño (a) requieran son justiciables, incluso en casos en los que se trate de servicios no incluidos en los planes obligatorios de salud (del régimen contributivo y del subsidiado), por ejemplo. Es por ello, que a raíz de los problemas (cuestiones que más se reiteran) encontrados en el análisis de la subcategoría **NIÑOS**, se creó un problema mayor que se denominó “Requisitos Formales”, que hace referencia a los requisitos que la ley exige para que proceda la prestación del servicio a la salud.

Figura 1. Régimen Contributivo Neto



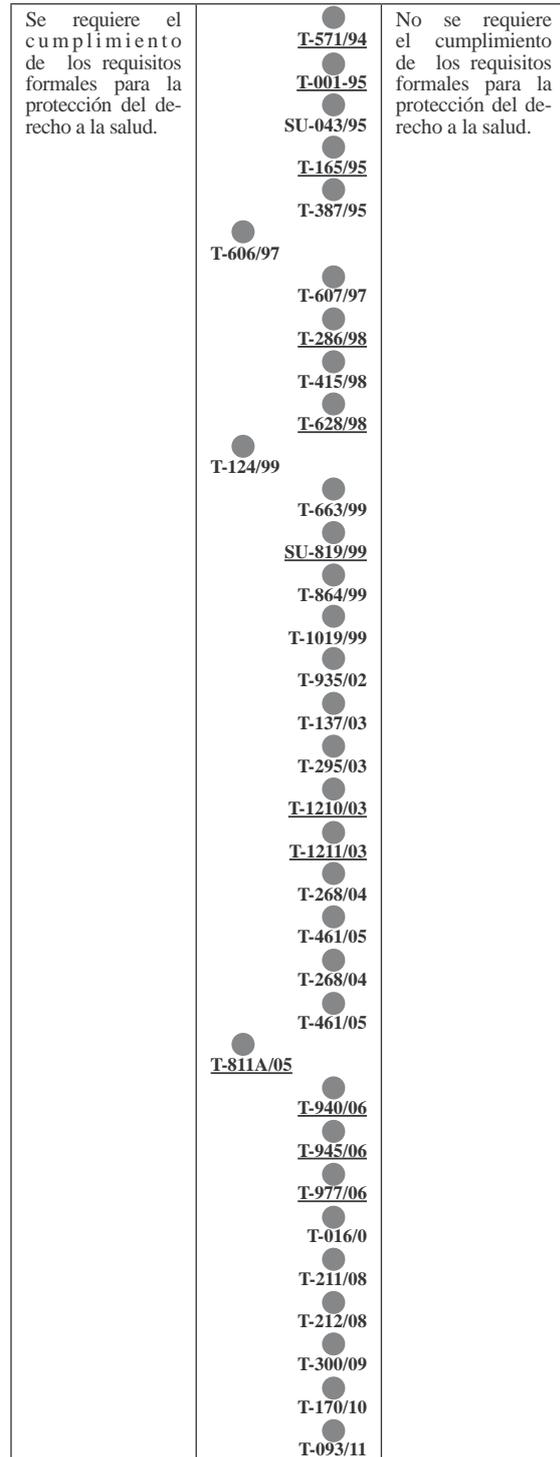
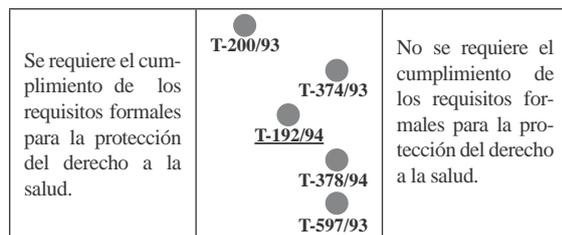
Fuente: elaboración propia de los autores.

Así, los problemas fueron tratados en el siguiente orden: Primeramente los que se presentan el régimen Contributivo Neto, luego la Prepagada y/o Póliza², posteriormente los subsidiados, y finalmente los vinculados.

Seguidamente se hizo, lo que podrá denominarse, Línea Jurisprudencial, la cual se elaboró tomando las sentencias más importantes -y algunas reiterativas- de cada uno de los problemas antes detectados dentro del régimen contributivo; sin embargo, la siguiente, ayudará en la ubicación decisional de los demás fallos en los otros regímenes:

Figura 2.

Cada color, representa un problema detectado en la jurisprudencia, de los antes clasificados, conforme la figura 1.



Fuente: elaboración propia de los autores.

Se puede analizar que la Corte ha concedido y ordenado en la mayoría de los casos la atención

² Cabe aclarar que estos dos se refieren a planes complementarios adicionales al Plan Obligatorio de Salud a que se tiene derecho como afiliado contributivo; cabe decir también, que se tiene uno u otro Plan Complementario, pero no se pueden tener los dos al tiempo.

que requieren los menores, aunque no se cumpla con algunos requisitos legales. Así, se puede concluir que:

1. En relación con los tratamientos y medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud -POS-, la Corte estableció unos requisitos de evaluación de los casos concretos, para inaplicarlo, en caso de que se cumplieran dichos requisitos, y no hacerlo en caso contrario. Para este punto es importante resaltar los siguientes fallos:

T-286/98: Se hicieron explícitos los requisitos que la Corte maneja para amparar los requerimientos fuera del POS.

T-1211/03: Concretó los requisitos para inaplicar el POS; así: 1. Que la falta de la prestación del servicio vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; 2. Ese servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS; 3. El interesado no puede directamente costear el tratamiento ni las sumas que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no puede acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y 4. El servicio médico ha sido prescrito por un médico adscrito a la entidad promotora de salud -EPS- de quien está solicitando el tratamiento.

T-940/06: Se introdujo un elemento importante para acceder a determinados exámenes excluidos del POS, cual es la necesidad de diagnóstico para determinar el tipo de tratamiento que se requiere.

T-945/06.: También introduce una novedad, consistente en el principio Pro-Homine, con el cual establece una interpretación de las leyes que sea más favorable para la persona, pues en el caso concreto de la sentencia en cuestión, se autorizó una cirugía que se encuentra incluida en el POS y se negaron sus tratamientos y medicamentos derivados de ella. En palabras de la Corte: *no es admisible... la exclusión de suministros quirúrgicos ...al hacer interpretaciones de las inclusiones del POS con base en un criterio finalista, se ha observado que los tratamientos e intervenciones que estén indicados en el mismo, deben contribuir de*

manera efectiva al tratamiento y recuperación de la enfermedad (énfasis fuera del texto)

T-977/06: Exige unos requisitos para conceder las vacunas excluidas del POS: 1. Que exista un riesgo real y especial de contraer la enfermedad; 2. Que los padres no cuenten con la capacidad de pago; y 3. Que la vacuna haya sido prescrita por el médico tratante o la EPS se haya negado a proporcionarla por medio de un derecho de petición.

2. Con respecto a los tratamientos sin cumplir los periodos mínimos de cotización, lo cual se encuentra reglamentado en el Decreto 806 de 1998, es de especial relevancia que se vea lo que se dijo:

T-628/98: Se concretaron los requisitos para amparar el derecho a la salud, sin cumplir con las semanas de cotización, así: 1. La falta del tratamiento sometido a un mínimo de semanas cotizadas al sistema, vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad física de quien lo requiere; 2. Ese tratamiento no pueda ser sustituido por otro no sometido a semanas mínimas de cotización; el interesado no pueda cubrir el porcentaje que la EPS se encuentra autorizada legalmente a cobrar y no pueda acceder al tratamiento por otro plan distinto que lo beneficie; y 4. El tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS de quien está solicitando el tratamiento.

3. Respecto a la cobertura familiar, siendo que la ley 100 de 1993 en su art. 163 consagra que los hijos menores harán parte de la EPS a la cual pertenecen los padres, se presentaba un problema, debido a que el decreto que reglamentaba la materia, cual es el Decreto 770 de 1975 consagra que: *cuando se diagnostique enfermedad durante el primer año de edad, el hijo del asegurado tendrá derecho, en cualquier tiempo, a todas las prestaciones asistenciales necesarias, cuando a juicio del servicio médico no sea procedente su tratamiento dentro del primer año de vida y exista desde el principio pronóstico favorable de curación*. Por lo cual en principio la Corte falló en contra del amparo de tutela en los casos en que el pronóstico del médico hubiere sido desfavorable, tal como en

la **S.T- 200 de 1993** y en la **T-192 de 1994**, ésta última parcialmente, para luego plantear que el concepto *curación* no era absoluto (**S.T-571/94**) y que debía analizarse el caso en concreto para ver cuestiones conexas como el mejoramiento en la calidad o condiciones de vida. Finalmente la Corte aludió al cambio que se introduce con la ley 100 de 1993 y sus disposiciones reglamentarias, dentro de las que resalta el Decreto Ley 1298 de 1994, en el que se reemplaza el término *curación* por *recuperación*, con lo cual se amplía el espectro de la atención de los menores cuando hayan “posibilidades de recuperación” (**S. T-001/95**→**S. SU-043/95**).

4. Otro problema muy particular que se observa, es la diferencia de regímenes legales entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la ley 100. Para la Corte no se justifica la diferencia existente, teniendo en cuenta que la ley fundamento de la seguridad social en salud no limita las atenciones que el Fondo del Magisterio sí, respecto de los hijos menores de 18 años.

5. Respecto a la mora patronal la Corte ha dicho que no es óbice para que no se atienda, pues la culpa es del empleador y no se puede hacer responder al trabajador o su familia por ello.

6. Es pertinente resaltar, en relación a la proporción del transporte para el acompañante del menor que necesita tratamiento en lugar diferente al de su residencia que la Honorable Corte a dicho en estos términos: *...En virtud del principio de integralidad no es posible limitar la atención en salud de niños y niñas a algunos servicios o solamente aquéllos solicitados por medio de la acción de tutela sino brindar toda prestación necesaria para el restablecimiento y recuperación de la salud.... Adicionalmente, el cumplimiento efectivo del derecho a la salud de las y los menores conlleva el deber de continuidad en la práctica de tratamientos para la recuperación de su salud. Por consiguiente, no es admisible constitucionalmente interrumpir el tratamiento de salud que requiere un menor por motivos de índole económicos o administrativa, so pena de incurrir en la vulneración de derechos fundamentales de aquéllos.* De acuerdo con

esto, el transporte e incapacidad de pagarlo por parte de los padres es óbice para que la EPS lo proporcione si se comprueba el requerimiento del tratamiento en otro lugar.

Parecido es el argumento en cuanto a la remisión del paciente al exterior.

7. En relación con los pagos moderadores y copagos, así como porcentajes que legalmente pueden exigir las EPS, la Corte se pronunció en favor del derecho a la salud si se demuestra la incapacidad de pago.

Todo lo anterior, que no siendo obligación de las EPS brindar, podrán tener repetición al FOSIGA, en virtud de que, en palabras mismas de la Corte: *...Se trata de una relación contractual, la EPS, sólo tiene la obligación de lo específico, el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si va más allá de lo reglado, es justo que el medicamento dado para salvar la vida sea sufragado, mediante repetición, por el Estado...* (SU-480/97)

Es importante señalar que las decisiones que deniegan el amparo del derecho a la salud, lo hacen en la medida en el que en el caso concreto no se cumpla con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para inaplicar requisitos legales, es decir que la Corte establece requisitos jurisprudenciales para no validar requisitos legales cuando estos últimos se consideran violatorios del derecho a la salud y sabe que son violatorios cuando cumple con los requisitos que la propia Corte estableció, es una especie de círculo vicioso.

Figura 3. Prepagada y/o Póliza:



Fuente: elaboración propia de los autores.

De las sentencias encontradas, sólo se hallaron tres que tienen que ver con Planes Complementarios de las cuales se extrajo el problema de la Exclusión de tratamientos del Contrato de Medicina Prepagada o Póliza, problema ante el cual la Corte se pronunció de la siguiente manera:

T-236/98: Caso concreto era el de un niño con *Hipoacusia bilateral**, que era un defecto congénito, cuya cirugía estaba excluida del POS y del Plan Complementario adquirido por el padre, por lo cual la Corte concluyó que el no permitir la cirugía impedía que el niño se aproximara a su integridad personal.

T-181/04: Aquí la Corte dice que cualquier tratamiento que no esté expresamente excluido del contrato, debe suministrarse.

T-152/06: Se dice explícitamente: “*Si no se practica el examen de ingreso, ni la Compañía de Medicina Prepagada ni la Compañía de Seguros Médicos pueden abstenerse de prestar o cubrir un servicio, alegando una preexistencia o una exclusión de servicio que no fue consecuencia del examen físico de ingreso y que no aparece expresamente contenido en el acto o contrato*”

Por lo anterior, se puede colegir que en materia de planes complementarios de salud, la Corte Constitucional ha sido proteccionista del derecho a la salud.

Figura 4. Régimen Subsidiado



Fuente: elaboración propia de los autores.

*Disminución de la percepción auditiva.

Es importante que se señale que para estos tres problemas que se presentan en subsidiados, la Corte ha reiterado lo que jurisprudencialmente ha dicho en materia de régimen contributivo, es decir ha sido proteccionista en el derecho a la Salud y ha aplicado los requisitos que ella misma ha exigido para dar dicha protección.

Régimen Vinculado

Con respecto a los vinculados cabe anotar, que dentro de ellos existe una clasificación, cual es: 1. SISBEN sin EPS-S; 2. SISBEN con EPS-S pero que su tratamiento no lo cubre el PSS-S y; 3. Población especial no afiliada. A ésta última, es a la que se hace referencia, pues se adopta una clasificación por sujeto en relación con su afiliación o no al sistema, por tanto quienes aparecen como Afiliados por medio del SISBEN, fueron incluidos dentro de la categoría: “Subsidiados”. De esta forma, se tiene que, para la Población Especial No Afiliada, sólo se halló una sentencia que no refleja de alguna forma los problemas antes tratados, por no encontrarse, precisamente, dentro de un Plan de Salud, problema que subsiste mientras son vinculados por medio del SISBEN.

Así, se observa que en: la **T-030/94** Se alegaba la vulneración del derecho a la salud por haberse atendido con costo mínimo, lo cual no vulnera el derecho, en consideración de la Corte.

De lo anterior podría pensarse una de dos cosas acerca de la razón por la cual se presenten mayoritariamente acciones de tutela en el régimen Contributivo **Neto**, algunas otras en el régimen subsidiado y muy pocas en las demás.

1. Que la mayor vulneración del derecho a la salud se dé en el régimen Contributivo **Neto**, es decir, que la mucha capacidad adquisitiva, de un lado (Medicina Prepagada y/o Pólizas de Salud), y la poquísima, del otro (Población especial no afiliada) resulta beneficioso para quienes se ubican en estos extremos y en detrimento de la población media y media-baja (Contributivos Netos y Subsidiados); o

2. Que la mayoría de la población colombiana se ubique en estos términos medios donde se encuentra el foco de desprotección. Situaciones que habría que corroborar con el trabajo de campo.

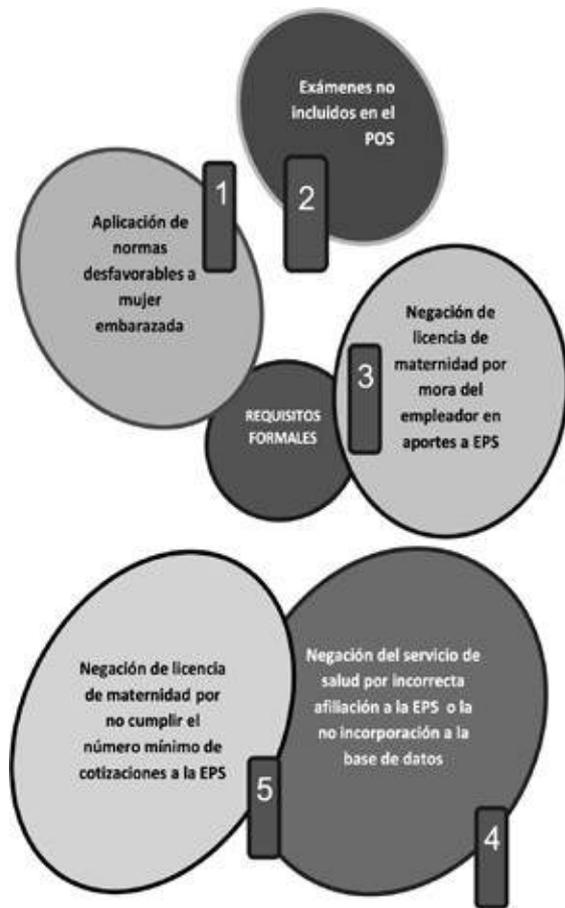
SEGUNDA CATEGORÍA DE SUJETOS: MUJER EMBARAZADA

Ahora bien, en cuanto a la segunda sub-categoría de sujetos: **Mujer Embarazada**, a continuación se expone brevemente el análisis elaborado.

Contributivo Neto:

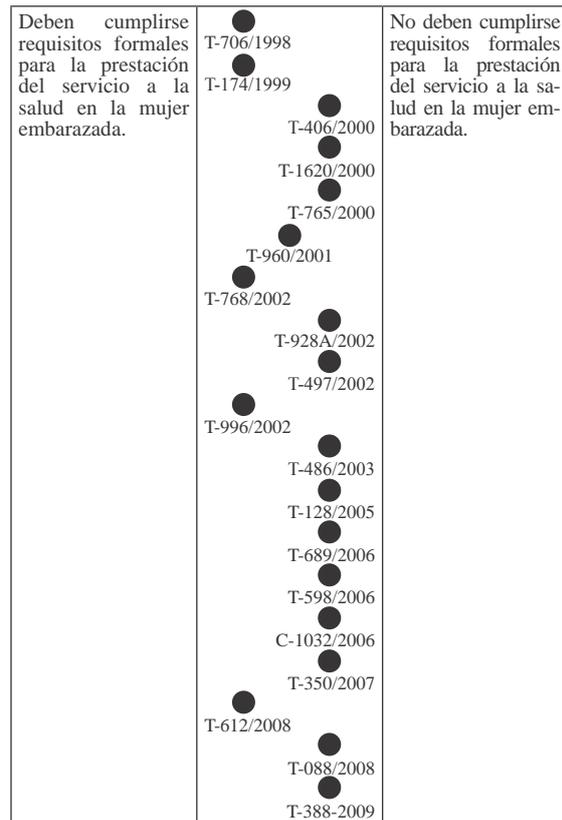
Figura 5.

Problemas detectados en la jurisprudencia, respecto a la Mujer Embarazada.



Fuente: elaboración propia de los autores.

Figura 6:
Línea jurisprudencial, Mujer Embarazada.



Fuente: elaboración propia de los autores.

De las reiteradas decisiones emitidas, se coligió lo siguiente: que aluden precisamente a dichos requisitos formales exigidos por las entidades prestadoras de salud, los cuales son su argumento para la no prestación del servicio de salud, por ello se ubican dentro de los problemas jurídicos generales de la investigación.

Primeramente se tiene:

- Debe aplicarse la norma más favorable a la trabajadora, cuando exista un cambio de normatividad, para adquirir el pago de la licencia de maternidad. **T- 765/2000:** ... *De manera que el ISS debió aplicar de manera ultractiva el artículo 25 del Decreto 1938 de 1994 y conceder el derecho al pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad de la actora...*

- La mujer embarazada tiene derecho a que

se le realicen exámenes no incluidos en el POS para realizar un control de salud del feto: “En materia de procedimientos y exámenes excluidos del plan obligatorio de salud, hasta la fecha, la jurisprudencia de la Corte es constante en señalar que no se puede negar la atención a una persona cuando está de por medio el mínimo vital o existe una relación de conexidad entre la prestación y un derecho fundamental. El deber de atención le es directamente exigible a la E.P.S, quien deberá repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad en Salud -FOSYGA-” (T- 960/2001)

- La mujer embarazada tiene derecho a recibir la licencia de maternidad aunque el empleador tenga mora con la EPS. “Al no recibir el pago de la licencia de maternidad, se está privando del mínimo vital no solamente a la madre sino también al hijo que acaba de nacer. En este evento hay dos personas que están en condiciones de debilidad manifiesta en razón a su condición económica, las cuales deben ser protegidas (T-497/2002). Reiteración en sentencias: T-928A/02, T-996/2002, T-350/2007

- La incorrecta afiliación a la EPS o la no incorporación en la base de datos, vulnera el derecho fundamental a la salud de la mujer embarazada

La omisión de la EPS de corregir de inmediato la incongruencia en la afiliación, -que en un principio resultó ser una afrenta a los derechos de carácter legal y prestacional de la peticionaria, además de contrariar a su derecho de petición-, con ocasión de su estado de embarazo, se transformó en una omisión muy grave que ha puesto en peligro su derecho a la salud... teniendo en cuenta que la ausencia de afiliación ha implicado para la peticionaria, la imposibilidad de acceder libremente a los servicios del POS a que tiene derecho, que además son los servicios mínimos amparados por el Sistema.. (T-698/2006). Reiteración en sentencias: T-486/2003, T-508/2005, T-598/2006

- La exigencia de un número mínimo de cotizaciones a la EPS para que la mujer embarazada adquiera la licencia de maternidad es inconstitucional. (C-1032/2006). Reiteración en sentencia: T-768/2002

Todo esto conduce a que si bien, se han presentado diversos escenarios constitucionales (POS, licencia de maternidad, atención de urgencias, entre otros) cuando ha habido una vulneración al derecho a la salud, generalmente se utiliza el argumento del “incumplimiento de requisitos formales”, de manera que se vuelve en un factor común sobre el cual la corte ha venido fallando mayoritariamente a favor y pocas veces en contra.

Pero, no se puede escapar ante la evidente realidad que muestran los hechos de la sentencias y que motivan a que el juez constitucional a fallar en favor de la mujer embarazada, que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta y por ende necesita una mayor protección, que en la mayoría de los casos no se da, porque las entidades adoptan una conducta omisiva frente a esta circunstancia, entendiéndose que no sólo se está protegiendo la salud de la gestante y del bebé sino también el derecho a la vida, por estar directamente relacionado con la salud.

Por consiguiente, es importante tener en cuenta los mecanismos idóneos que se encuentran a disposición de una mujer en estado de embarazo cuando sienta que su derecho a la salud ha sido vulnerado. Acerca de esto ha dicho la Corte: *La tutela como mecanismo idóneo que tiene la mujer embarazada para reclamar el pago oportuno de la licencia de maternidad por parte de la EPS (T-128/2005)*

Además porque la tutela contra particulares, opera en tres casos, cuando se preste un servicio público, se afecte grave y directamente un interés colectivo, y cuando se encuentra en estado subordinación e indefensión; en este caso es viable en razón a que dichas entidades prestan el servicio público de salud, por lo tanto es dable a que una mujer embarazada que siente que le han vulnerado este derecho en cualquiera de los diferentes escenarios, acuda a este instrumento, para que la corte le brinde una mayor protección, en virtud que se está ante un derecho fundamental, que necesita ser legitimado como derecho subjetivo, ya que la condición de enfermedad la presenta individualmente la mujer en estado de gestación.

Régimen Subsidiado

Se hace pertinente analizar el comportamiento de la corte en el régimen subsidiado, en el cual son escasos los fallos respecto al tema, sin embargo se rescatan dos sentencias de tutela que si bien, no hacen referencia a la atención en salud como tal del régimen subsidiado, sino como un mecanismo de clasificación para determinar el estado socioeconómico, es importante mencionarlas:

→**T- 1083/2000:** *El sistema empleado para la identificación de los beneficiarios del gasto social en materia de salud -el SISBEN-, no toma en consideración el hecho de que la persona interesada se encuentre en estado de embarazo, o que se trate de un niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social. Por el contrario, como resultado de un esfuerzo interinstitucional de racionalización de los procesos de focalización del gasto social, surgió un único sistema de identificación de beneficiarios -SISBEN- aplicable a los diversos programas - salud, educación o vivienda -. Dicho sistema se funda, exclusivamente, en variables más o menos objetivas que tienden a identificar el grado de pobreza de la persona encuestada, mientras desestima condiciones subjetivas, más o menos coyunturales -como la edad o el estado de embarazo de la persona-, que si bien pueden ser inocuas para la selección de beneficiarios de algunos programas, constituyen elementos centrales para la adecuada aplicación de otros.*

→**T- 231/2001:** *El derecho a la seguridad social, que en el caso se constituía como fundamental por el estado de vulnerabilidad y especial protección de la accionante, se debió haber protegido mediante el mecanismo de la tutela ordenándole a los funcionarios del SISBEN la elaboración inmediata de la revisita para el eventual cambio de datos y, mientras se corroboraba si ella debía ser cambiada al nivel I o II como el resto de su grupo familiar, la atención médica de su embarazo y próximo parto como medida provisional. Ahora bien, como la situación fáctica puede haber cambiado, porque la accionante es una persona que se supone ya es madre, entraremos a estudiar la hipotética situación.*

Vinculados

Es difícil encontrar fallos específicos a mujeres en estado de gravidez, en éste régimen →**T-426/07:** *Los vinculados tienen en común con los afiliados al régimen subsidiado el hecho de carecer de capacidad de pago; sin embargo, los últimos han sido afiliados a una entidad administradora específica, que gestiona los servicios por ellos requeridos con cargo a los recursos del régimen subsidiado; mientras los simplemente vinculados, que aún deben surtir el trámite de afiliación a una ARS, tienen derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado para el efecto. Por ende, los participantes vinculados deben recibir temporalmente los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado.*

→**T-840/99:** *Sea en el régimen subsidiado o como vinculado, la atención no es gratuita, sino que se le impone al beneficiario una cuota de “recuperación”. Según informa el Hospital San Pablo, para los vinculados alcanza el 30% del costo del servicio, en tanto que para el subsidiado, depende del nivel en el cual se encuentra clasificada la persona”.*

En estos términos, es importante determinar el porqué en la jurisprudencia de la Corte constitucional, es casi nula la existencia de sentencias de tutelas acerca del servicio de salud prestado por los regímenes subsidiado y vinculado la mujer en estado de embarazo; aplican entonces las mismas hipótesis esbozadas para el caso de los niños.

CONCLUSIONES

Todo lo anterior se constituye en base para próximos análisis políticos, económicos y críticos, ya que el propósito es mostrar la diferencia que existe, en cuanto a atención médica se refiere, entre los sujetos mencionados inicialmente (niños y mujeres embarazada) de acuerdo al régimen al que pertenece y a su capacidad adquisitiva; demostrando que es la misma ley y su estructura la que han

permitido diferencias que podrían constituirse en verdaderas violaciones al derecho a la igualdad y a la salud, en los eventos en los que se restringen ciertas atenciones por no contar con dicha condición (la económica), tal como se vislumbra de la jurisprudencia antes referida, ya que dichos eventos han tenido que protegerse

por ésta vía (la jurisprudencial), la cual ha servido también para exhortar al legislador y al Ministerio de la Protección Social a que se trabaje en la amplitud y mejora del servicio de salud, como se deja ver por ejemplo en el hecho de tener que reformar anualmente el POS, por mandato jurisprudencial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Congreso de la República de Colombia. (1993). Ley 100 de 1993.
2. Corte Constitucional de Colombia. (1992-2011). Relatoría. (<http://www.corteconstitucional.gov.co/>)
3. Ministerio de la Protección Social. (2011). (<http://www.pos.gov.co>)
4. ARANGO RIVADENEIRA, Rodolfo, El concepto de derechos sociales fundamentales. Bogotá, Primera edición en español, Legis, 2005.
5. BOTERO MARINO, Catalina. La Acción de Tutela En el Ordenamiento Constitucional Colombiano. Colombia. 2005
6. ESCOBAR ROCA, Guillermo. Introducción a la Teoría jurídica de los derechos humanos. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá; Madrid, Trama editorial, 2005.
7. BERLÍN, Isaiah. “Libertad positiva, mercados y estado de bienestar”; Estudios de Filosofía y Derecho N°7, Bogotá Colombia, Universidad Externado de Colombia; Abril 2004.
8. DIETERLEN, Paulette. “LA POBREZA: UN ESTUDIO FILOSÓFICO”. Instituto de Investigaciones Filosóficas. México, Universidad Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. 2003.
9. ARBELAEZ RUDAS, Mónica. Derecho a la salud en Colombia. Centro de Investigación y Educación popular, Cinep. Ediciones Antropos. 2006.
10. FANON, Frantz. Los condenados de la tierra. Fondo de Cultura económica. México, Tercera edición. Undécima reimpresión.
11. PAREDES HERNÁNDEZ, Natalia. Derecho a la salud. Su situación en Colombia. Bogotá. Centro de Investigación y Educación Popular, Bogotá. Ediciones Antropos., Enero de 2003.
12. DÍAZ RICARDO, Tatiana. El derecho social a la salud en Colombia. Universidad libre – Sede Cartagena. 2009.
13. ABRAMOVICH, Victor; y COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid. Editorial TROTTA, 2004.
14. ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social, Legis, Colombia, 2006.