

**DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL COMO MECANISMO DE
PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO A LA SALUD EN COLOMBIA**

Conventional litigation protection mechanism as human right to health

PEDRO OSWALDO FRANCO TELLEZ

“El mundo necesita un guardián de la salud mundial, un custodio de valores, un protector y defensor de la salud, incluido el derecho a la salud”.

- Dra. Margaret Chan, Directora General de la OMS

RESUMEN

El derecho convencional o derecho de las garantías internacionales, implica una responsabilidad social para cada uno de los Estados y los gobiernos que están obligados a crear las condiciones adecuadas y de políticas públicas que garanticen la vida saludable de sus nacionales, en términos de disponibilidad de servicios de salud y demás derechos relacionados. El derecho convencional ha consagrado el derecho humano a la salud y sus formas de protección y es así como los tratados internacionales, regionales e inclusive en la constitución de cada país del mundo ha adoptado básicamente como un derecho sustancial que es susceptible de ser materializado por intermedio del derecho procesal convencional de los tratados internacionales a través del desarrollo que cada país le da pero además la existencia de organismos internacionales que vigilan el cumplimiento de dichos tratados.

SUMMARY

Treaty law or the law of international guarantees, implies a social responsibility for each of the states and governments that are required to create the right conditions and public policies to ensure the healthy living of its nationals, in terms of availability of services health and other related rights. Treaty law has established the human right to health and ways of protection and as well as international, regional and even in the constitution of every country in the world has adopted basically treated as a substantive law that is likely to be materialized through conventional procedural law of international treaties by developing each country but also gives the existence of international bodies that monitor compliance with these treaties.

Palabras clave: derecho procesal convencional, derecho sustancial, tratados internacionales, responsabilidad social, pacto internacional, acción de Tutela, constitución.

Keywords: conventional procedural, substantive law, international treaties, social responsibility, international covenant, writ of amparo, constitution

SUMARIO: I. Introducción, II. Principios y alcance del derecho procesal convencional, III. Relación entre el derecho procesal convencional y derecho humano a la salud, IV. Situación en Colombia V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

SUMMARY: I. Introduction, II. Principles and scope conventional procedural law, III. Relationship between conventional procedural law and human rights to , IV. The principle of progressive realization. V. Conclusions. VI. Bibliography.

I. INTRODUCCION

El derecho procesal convencional representa para los Estados miembros el género que debe ser incluido en su jurisdicción, algunos Estados como es el caso Colombiano han permeado de derecho sustancial convencional la Constitución Política es así como por la vía del artículo 93 constitucional que dice "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma¹ con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. Ingresan al contexto normativo cada uno de los tratados ratificados para conformar el llamado Bloque de Constitucionalidad. El ámbito de aplicación del derecho procesal convencional tiene lugar en el contexto del Sistema Interamericano de

¹ El **Estatuto de Roma** es el instrumento constitutivo de la corte penal internacional que fue adoptado en la ciudad de Roma Italia En Julio de 1998 durante la "*Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional*".

Derechos Humanos (SIDH), y es por ello que los estados deben adaptarse a la normativa internacional deduciéndose de ello una especie de invasión.

Ahora bien al momento de analizar el alcance del derecho convencional frente al derecho humano a la salud la Organización Mundial de la salud ha definido que “El derecho a la salud significa que los Estados deben crear las condiciones que permitan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible. El derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano.”

Se debe tener en cuenta igualmente que la Organización Mundial de la Salud establece, “de conformidad con la carta de las Naciones Unidas, que los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos:

- "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.
- 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.
- Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.
- La desigualdad de los diversos países, en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.
- El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental; la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.

- La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar en más alto grado de salud.
- Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.
- Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual solo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas."²

Es entonces en este punto que conviene plantear la siguiente hipótesis: La existencia de diversos organismos, instituciones y normas, no implica per se, la materialización efectiva del derecho humano a la salud en el contexto mundial.

Es el derecho procesal convencional el que posibilita la materialización del derecho humano a la salud por cuanto a través de sus instituciones, fuentes, objetivos y organismos, internacionales los que facilitan la implantación de esta clase de derecho convencional para que los órganos tradicionales internos adecúen su aplicación entre los nacionales

II. PRINCIPIOS DEL DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL

La definición de los principios del derecho procesal convencional es necesario acudir al sistema de fuentes del derecho internacional público, refiriéndonos entonces a los principios convencionales y su función, es así como podemos identificar los siguientes:

- a. El principio de autodeterminación de los pueblos.
- b. La solución pacífica de las diferencias.
- c. el respeto por las fronteras.
- d. La no intervención, entre otros.

² Organización panamericana de la salud, carta de las Naciones Unidas,

Los anteriores principios no están determinados como una fuente de derecho público, ya que no definen por sí mismos para definir “reglas jurídicas internacionales” estos principios se encuentran definidos en diferentes fuentes sustanciales como: tratados internacionales³, costumbres universales y regionales, así como en algunos actos e incluso en actos jurídicos emitidos por organizaciones como la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Es en este sentido que entiende la función de los principios convencionales para establecer un diseño para la ejecución de ciertas políticas públicas internas.

En el caso colombiano El bloque de constitucionalidad es un término que comenzó a ser utilizado a partir de 1995 pero que como concepto se venía aplicando desde años anteriores utilizando los valores y principios en el texto constitucional para asegurar la permanencia y obligatoriedad del contenido material del mismo ⁴

1. Marco normativo del Bloque de Constitucionalidad

Son seis los artículos de la Carta que definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno:

a) El artículo 9º, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

b) El artículo 93, según el cual “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

³ Bloque de Constitucionalidad.

⁴ Organización panamericana de la salud, carta de las Naciones Unidas

c) El artículo 94, que establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”

En Colombia la sentencia C 067 de 2003 se manifiesta frente a estos tratados y expone “bloque de constitucionalidad” fue sistematizado de manera definitiva en la Sentencia C-225 de 1995[, fallo en el cual la Corte Constitucional procedió a la revisión del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), así como de la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994, por medio de la cual se aprueba dicho Protocolo. La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”

La incorporación en la doctrina jurídica nacional de una institución como el bloque de constitucionalidad surgió entonces del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno pero también, y de manera específica, de la necesidad de

armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que erige a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, el artículo 4º de la Constitución Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, aquella se aplicará de preferencia.

Del análisis de los artículos 4º y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión.⁵

Otro tipo de derechos fueron también incluidos dentro del Bloque de Constitucionalidad, tales como: el derecho a la especial protección de la mujer embarazada en concordancia con las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos[, se mencionan dentro del Bloque de Constitucionalidad el alcance del Artículo 3º del Convenio 3 de la O.I.T., al Artículo 10º del referido Pacto y al Artículo 11º del Convenio de la ONU sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, en armonía con la “protección especial a la mujer, a la maternidad” señalada en el Artículo 53 de la constitución.

En la sentencia T-568-99 MP: Carlos Gaviria Díaz, se integró al Bloque de Constitucionalidad los Convenios 87 y 88 de la OIT que protegen la libertad sindical,

⁵ Corte constitucional colombiana sentencia C 067 de 2003

por ser éste uno de aquellos derechos no susceptible de limitación durante los estados de excepción

La sentencia T-568-99 – hace referencia al Bloque de Constitucionalidad en virtud en lo contenido en el artículo 93 de la carta magna- que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos que tratan de derechos sociales⁶

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE HACEN PARTE DEL “BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD”.

Declaración Universal de Derechos Humanos	Convención Americana sobre Derechos Humanos.	Convención Europea de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
<p>Artículo 11.</p> <p>1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.</p> <p>2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el <u>derecho nacional</u> o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito</p>	<p>Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad</p> <p>Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el <u>derecho aplicable</u>. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.</p>	<p>Artículo 7. No hay pena sin ley.</p> <p>1. Nadie podrá ser condenado por una acción y o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el <u>Derecho nacional</u> o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.</p> <p>2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.</p>	<p>Artículo 15</p> <p>1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el <u>derecho nacional</u> o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.</p> <p>2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.</p>

⁶ Contenido y alcance jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad de Colombia- Por: Luis Andrés Fajardo Docente Investigador Universidad Sergio Arboleda

Al respecto se entiende que "los órganos políticos tienen amplio margen de discrecionalidad para diseñar los mecanismos de solución pacífica de conflictos"

En un aspecto práctico de la aplicación del derecho convencional se ha definido que los jueces en Colombia para materializar los derecho, bien pudiéramos entender que el derecho humano a la salud cuenta con un aliado exclusivo y es la Acción Constitucional de Tutela en la que su protección es máxima, y también entendiendo que en las providencias de los jueces estos deben aplicar lo dispuesto por las normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Vemos entonces permeado el derecho nacional por intermedio de "la legalidad internacional convencional" frente al principio de ejecución de buena fe de los tratados internacionales.

Lo cual garantiza la materialización del derecho procesal a través de la correcta y efectiva ejecución judicial interna. De no llevarse a cabo de esta manera el Estado incurriría en la violación del principio pacta sunt servanda. Es decir que una sentencia judicial no puede de ninguna manera desconocer lo que ya se encuentra prescrito por un instrumento internacional.

III. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PROCESAL CONVENCIONAL Y DERECHO HUMANO A LA SALUD

A mediados del siglo pasado, luego de la segunda guerra mundial, surgieron a nivel internacional diversas declaraciones que defendían los Derechos Fundamentales del ser humano, esto es, derechos positivos, inherentes a la propia naturaleza del hombre, que bajo ningún concepto debían ser cuestionados y que todos los seres humanos debían gozar.

Uno de los principales derechos fue el derecho a la salud, pues sin una buena salud difícilmente se puede acceder a derechos sociales y políticos. En las diferentes constituciones políticas, declaraciones universales y diferentes tratados y convenios internacionales se abordó el tema dando un puesto especial.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos este derecho viene desarrollado en el Artículo 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios."

El derecho a la protección a la salud como derecho fundamental está suscrito en Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 en su artículo 14 dice "Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Igualmente en este pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se amplían ciertas condiciones como son

(a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados

(b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;

(c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable

(d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre medicamentos Esenciales de la OMS;

(e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

(f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberá prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de⁷

“La Constitución de la Organización Mundial de la Salud establece explícitamente que “el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos

⁷ Organización panamericana de la salud, carta de las Naciones Unidas,

fundamentales de todo ser humano, sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.”

Igualmente en el proyecto de Constitución europea presentado en Roma en el año 2003, y que por cuestión de jerarquía legislativa incide como norma de rango superior sobre las constituciones nacionales, incorpore en sus 3 primeros artículos los referentes a la dignidad humana, al derecho a la vida y el derecho de la integridad personal, de los cuales se derivan los distintos derechos de la salud del ciudadano”.

En general, todas estas normas, comenzando desde las de rango superior para ir incidiendo en las de rango nacional y local, tienen como objeto conseguir que todas las personas alcancen plenamente su potencial de salud, mediante la promoción y protección de este derecho, a lo largo de toda la vida, y tratando de reducir la incidencia de las principales enfermedades, así como el sufrimiento que las origina.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) son algunas de las demás instancias internacionales cuyos pronunciamientos tocan temas directamente relacionados con los DESC y cuyas competencias han sido reconocidas por el derecho interno colombiano. Por ello resultan igualmente una fuente enriquecedora para la jurisprudencia constitucional

Los tratados de derechos humanos internacionales que protegen los derechos fundamentales, en este caso derecho a la salud, hacen parte del bloque de constitucionalidad. En concordancia con lo anterior, la corte constitucional colombiana se ha pronunciado y es así que en sentencia T 363 de 2014 en sus numerales dice “3.2.1 el derecho a la salud como derecho fundamental y su protección constitucional

“La Organización de Naciones Unidas (ONU) a través de la Organización Mundial de la Salud, establece que *“la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...)* 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 (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.”⁸

Así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone que *“toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).*

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, que define la seguridad social como *“... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...).”*

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la Ley 100 de 1993, donde se reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal.

⁸ Navarro, Vicente. "Evaluación de informe sobre la salud en el mundo, 2000." *Gerencia y Políticas de Salud* 1.1 (2001).

IV. SITUACIÓN EN COLOMBIA

En Colombia el derecho a la salud se encuentra contemplado normativamente de la Ley 100 de 1993, bajo los parámetros de Constitución de 1991. En ella, la Asamblea Nacional Constituyente formula que la prestación del servicio de salud será responsabilidad del Estado colombiano, y esta se efectuara bajo los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia (Constitución Política de Colombia, Artículo 49).

Los primeros casos de tutela en materia de salud se presentaron con anterioridad a la Ley 100 de 1996. Sin embargo fue en el contexto del sistema de salud adoptado por esa ley que el litigio se consolidó y masificó. Según los datos disponibles, en 1993 el derecho al trabajo era el más invocado en las acciones de tutela mientras que el derecho a la salud ocupaba el puesto once. 7

Para 1997 el número de tutelas en salud se incrementó, y a la vez se convirtió en una proporción cada vez más significativa de las tutelas en general. Hasta 2008 la tasa decrecimiento anual fue siempre superior al 10% y en algunos años —2001, 2004 y 2008— fue superior al 30%. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo entre 1999 y 2008, la tutela en salud creció 571%. En este último año alcanzó su pico, con 142.957 tutelas presentadas que representaron el 41,5% de las tutelas en general.

Por lo anterior estas cifras demuestran un desequilibrio entre la capacidad del estado para vigilar, inspeccionar y controlar de los diferentes actores del sistema general de seguridad social en salud. Pues las personas acuden a la acción de tutela por ineficiencia del estado para controlar y garantizar el goce del derecho fundamental a la salud, como lo establece la constitución nacional. Los informes demuestran que la gran mayoría de las tutelas (70.93%) se interponen para que a los ciudadanos se les preste procedimientos y medicamentos contenidos en el plan

obligatorio de salud. Son las Entidades Promotoras de Salud como aseguradora, las entidades que más reclamos reciben por este hecho.⁹

Creemos que por todo lo anterior la tutela sigue siendo el principal recurso o mecanismo al que tienen derecho los ciudadanos para salvaguardar y proteger su vida y dignidad humana.

La Constitución colombiana no define el alcance de las prestaciones que se encuentran protegidas por el derecho a la salud. A la vez que reconoce que corresponde al legislador definir los arreglos institucionales específicos conforme a los cuales se prestan los servicios, indica que es un derecho “irrenunciable” y que comprende la garantía del “acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud”. También ordena a los jueces la defensa de los derechos y del orden constitucional y les atribuye facultades para adoptar órdenes cuando se constate una vulneración.

Como consecuencia, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre salud se ha basado en la interpretación de cláusulas generales y abstractas establecidas en la Constitución, que no especifican una solución única para tensiones como las mencionadas

Según la constitución colombiana, el derecho a la salud, y en general el derecho a la seguridad social, fue reconocido como un derecho social no justiciable sujeto a desarrollo legislativo. De otro lado estaban derechos como la vida, la integridad física o la libertad, que eran considerados derechos fundamentales y plenamente justiciables. En ese contexto, la salud podía ser protegida en sede judicial sólo en aquellos casos en los que su vulneración llevaba a la afectación de un derecho que sí era fundamental, principalmente la vida, la integridad física o la dignidad.

⁹ Para el defensor del pueblo resulta preocupante que 7 de cada 10 solicitudes de tutela que invocan el derecho a la salud son para reclamar lo que ya está incluido en el Plan Obligatorio de Salud (POS) y que las EPS deberían suministrar sin disculpas”.

La sentencia T- 491 de 1992 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) la Corte explicó las diferencias entre derechos y la posibilidad de la conexidad en los siguientes términos:

“Según doctrina constitucional reiterada, la funda mentalidad de un derecho constitucional no depende solamente de la naturaleza del derecho, sino también de las circunstancias del caso.

La vida, la integridad física, la libertad, son derechos fundamentales dado su carácter inalienable. En cambio, la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales por conexidad son aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros, se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos. Es el caso de la salud, que no siendo en principio un derecho fundamental, pasa a gozar de esta categoría cuando la desatención del enfermo amenaza con poner en peligro su vida.”

Igualmente se reitera en la sentencia T 361 de 2014 lo siguiente. Derecho fundamental a la salud-protección constitucional especial¹⁰

El derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo

¹⁰ Sujetos de protección especial: menores de 18 años, mujeres en estado de embarazo, adultos mayores, indigentes, desplazados, comunidades afrodescendientes

cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados.

El derecho a la salud como derecho fundamental y su protección constitucional

la organización de naciones unidas (onu) a través de la organización mundial de la salud, establece que "la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) 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 (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad.

Así mismo, la declaración universal de derechos humanos, dispone que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...).

Igualmente, nuestro ordenamiento jurídico consagra en el artículo 13 que el estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta

Por otra parte, el derecho a la salud y a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, que define la seguridad social como "... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que

establezca la ley. se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)”.

En desarrollo del mandato constitucional, se expidió la ley 100 de 1993, donde se reglamentó el sistema general de seguridad social en salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal

la jurisprudencia ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad

Pero en Colombia estos principios no se efectúan a cabalidad. Pues a pesar que gran parte de la población colombiana está afiliada a algún sistema de salud, sea al régimen contributivo o régimen subsidiado esta afiliación no garantiza el acceso a los servicio de salud, la cual está representada por falta de calidad y oferta en los servicios de salud, intermediación en la prestación del sistema de salud, elusión y evasión en los aportes al sistema general de seguridad social en salud, falta de tecnología y recurso humano para la adecuada prestación del servicio y por ultimo como causa importante del sistema de salud tenemos la corrupción y burocracia que permea todos los eslabones del sistema originando así múltiples deficiencias en la prestación del servicio de salud independientemente del nivel y estrato social.

Esto se ve reflejado en la gran cantidad de recursos de amparo o acciones de tutela que día a día son interpuestas por ante nuestros jueces y que en la gran mayoría afortunadamente son reconocidas a favor del ciudadano. Pero existen a su vez recursos desfavorables para el ciudadano y que a pesar de apelaciones y recurso

ante estancias mayores siguen vulnerando el derecho fundamental a la salud. Posiblemente por desconocimiento a lo establecido en convenios internacionales y bloque de constitucionalidad.

En Colombia no existe antecedente de condenas al estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vulneración directa al derecho a la salud. Pero si, el estado colombiano fue obligado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a brindar atención médica y psicológica a los beneficiarios señalados en sentencias en las que Colombia fue condenada por su responsabilidad ante los hechos en los cuales fueron víctimas ciertos nacionales del estado colombiano que terminaron en asesinatos y desapariciones la anterior solicitud con el fin de reducir padecimientos físicos y psicológicos¹¹.

Dentro de las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH está la obligación de las autoridades colombianas de brindar atención médica y psicológica así como:

El tratamiento debe ser de tipo médico, psicológico y/o psiquiátrico.

El tratamiento se prestará a través de instituciones estatales que deben ser especializadas y con personal capacitado.

El tratamiento será totalmente gratuito, incluida la provisión de medicamentos.

El tratamiento debe tener en cuenta las particularidades y necesidades del caso.

El tratamiento debe ser responder a los ámbitos individual, familiar y colectivo.

El tratamiento debe ser inmediato y preferencial.

El tratamiento es voluntario y bajo el consentimiento de los beneficiarios

En ese sentido, la Corte IDH, conminó a las entidades del Estado a que dicho tratamiento sea brindado de manera gratuita y por el tiempo que sea necesario.

¹¹ El Estado colombiano hasta diciembre de 2012, ha sido juzgado y condenado en trece ocasiones la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

En países latinoamericanos como precedente a condenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tenemos el caso Ximenes López contra Brasil *“La Comisión presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte decidiera si el Estado es responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del señor Damián Ximenes Lopes (en adelante “el señor Damião Ximenes Lopes”, “el señor Ximenes Lopes” o “la presunta víctima”), por las supuestas condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Damião Ximenes Lopes, una persona con discapacidad mental; los alegados golpes y ataques contra la integridad personal de que se indica fue víctima por parte de los funcionarios de la Casa de Reposo Guararapes (en adelante “la Casa de Reposo Guararapes” o “el hospital”); su muerte mientras se encontraba allí sometido a tratamiento psiquiátrico; así como la supuesta falta de investigación y garantías judiciales que caracterizan su caso y lo mantienen en la impunidad. La presunta víctima fue internada el 1 de octubre de 1999 para recibir tratamiento psiquiátrico en la Casa de Reposo Guararapes, la cual era un centro de atención psiquiátrica privado, que operaba dentro del marco del sistema público de salud del Brasil, llamado Sistema Único de Salud (en adelante “el Sistema Único de Salud” o “el SUS”), en el Municipio de Sobral, estado del Ceará. El señor Ximenes Lopes falleció el 4 de octubre de 1999 dentro de la Casa de Reposo Guararapes, al final de tres días de internación”.*¹²

“En el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional, el Estado brasileño reconoció parcialmente la responsabilidad en el fallecimiento del Damião Ximenes Lopes, y la falta de prevención para superar las condiciones que permitieron que ocurriera tal incidente, así como la precariedad del sistema de atención mental al

¹² Caso Ximenes López vs. Brasil sentencia de 4 de julio de 2006

cual la presunta víctima fue sometida, al momento de los hechos, lo que constituyó una violación del artículo 4 de la Convención. (...). Y dice: Los Estados tienen el deber de asegurar una prestación de atención médica eficaz a las personas con discapacidad mental. La anterior obligación se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios de salud básicos; la promoción de la salud mental; la prestación de servicios de esa naturaleza que sean lo menos restrictivos posible, y la prevención de las discapacidades mentales.

La Corte considera que todo tratamiento de salud dirigido a personas con discapacidad mental debe tener como finalidad principal el bienestar del paciente y el respeto a su dignidad como ser humano, que se traduce en el deber de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico, el respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas.

La corte enfatiza en la responsabilidad del el Estado pues tiene responsabilidad internacional por incumplir, en el presente caso, su deber de cuidar y de prevenir la vulneración de la vida y de la integridad personal, así como su deber de regular y fiscalizar la atención médica de salud, los que constituyen deberes especiales derivados de la obligación de garantizar los derechos consagrados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana.

La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de os derechos humanos. En ese sentido, una de esas condiciones para garantizar efectivamente el derecho a la vida y a la integridad personal es el cumplimiento del deber de investigar las afectaciones a los mismos, el cual se deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.

Las anteriores consideraciones llevan a la Corte a concluir que, por haber faltado a sus deberes de respeto, prevención y protección, en relación con la muerte y los tratos crueles, inhumanos y degradantes sufridos por el señor Damião Ximenes Lopes, el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio del señor Damião Ximenes Lopes.”

En los casos antes citados la Corte IDH, a través de su control de convencionalidad le ha echado mano a los artículos 1.1 y 2 de la Convención, que obligan a los países a respetar los derechos y libertades reconocidos por ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio (art. 1.1); debiendo “adoptar” las respectivas disposiciones internas al Pacto de San José (art. 2).

Estos son ejemplos en los que el I sistema de juzgamiento de la Corte IDH, materializa su jerarquía ante normas internas de cada estado para proteger los derechos humanos contenidos en la Convención y tratado que en caso colombiano hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Debemos preguntarnos entonces si son vinculantes los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Antes que nada importa destacar que el tema es ríspido, ya que dicho cuerpo no goza de jerarquía jurisdiccional en sentido estricto, y por ende no dicta “sentencias” como la Corte Interamericana, aunque se ve una gran similitud con éstas. La Comisión produce Informes, Conclusiones y Recomendaciones, que por lo menos poseen un notorio valor moral, jurídico y político.

No es fácil saber si tales pronunciamientos tienen o no efecto vinculante, sobre todo partiendo de la base de que este cuerpo actúa en varias esferas, y en distintos tipos de casos.

Sin embargo, como muy bien remarca O'Donnell,¹³ en las denuncias individuales regidas por la Convención, las decisiones reúnen las condiciones para ser obligatorias, ya que se trata de un "proceso" con todas las garantías, por lo que en estas situaciones la Comisión actúa como un organismo cuasi-jurisdiccional, a tal punto que sus resoluciones poseen las mismas formalidades que un fallo¹⁴

V. CONCLUSIONES

Primera. Como derecho esencial fundamental la salud actualmente está reconocida en la constitución política colombiana, su jurisprudencia, y tratados firmados como parte del bloque de constitucionalidad, este derecho está garantizado por el control de constitucionalidad y/o convencionalidad al constituir principios del ordenamiento jurídico.

Segunda. Los convenios internacionales en materia de derechos humanos exigen a los diferentes órganos del estado y en especial a nuestros jueces continua capacitación, adecuada interpretación del ordenamiento jurídico para la aplicación del control de convencionalidad en pro de las garantías y derechos de todo ser humano

13

O'DONNELL, Daniel, Protección internacional de los derechos humanos, Comisión Andina de Juristas, Perú, 2ª ed., 1989, pp. 487-490. Véase también, CHIABRERA, Trinidad, "La revisión de las sentencias nacionales por los organismos interamericanos: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", JA-2006-I, p. 1272. Idem, HITTERS, Juan Carlos, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Ediar, 1999, op. cit., t. II, p. 278-279, y 392.

¹⁴ DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", en La Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA, Washington, 1980, pp. 487 y 490

Tercera. El bloque de constitucionalidad, constituye una garantía para que todos los requerimientos derivados de una posible vulneración en materia de derechos humanos en este caso derecho a la salud sean considerados en favor del ciudadano

Cuarta. El control de convencionalidad debe ser aplicado por todos los tribunales, magistrados y jueces con el fin de no vulnerar derechos fundamentales sin ningún miedo o restricción alguna, pues están sujetos a parámetros establecidos en el bloque de constitucionalidad.

Quinta. Teniendo en cuenta que en Colombia existe un alto número de tutelas insaturadas por derecho a la salud, y que no en todos los casos se falla a favor del demandante, como último recurso ante la negativa de acceso a derechos fundamentales, y al agotar todas las formalidades requeridas, se hace necesario informar y capacitar a nuestros abogados, en las reglas procesales para que un individuo pueda obtener una tutela judicial efectiva por medio de sentencia judicial en el marco del derecho internacional instaurada ante la Corte IDH

Sexta. Las sentencias emitidas por la corte interamericana de derechos humanos, así como la emanada por organismos internacionales en materia de derechos humanos y como parte del bloque de constitucionalidad, deben constituir jurisprudencia que debe ser acatada en el territorio colombiano y en general por todos los países que hacen parte de los pactos y tratados para que esta sea aplicada en favor del ser humano.

Séptima. Como derecho fundamental la salud en nuestro país, sigue teniendo un alto impacto en los porcentajes de derechos humanos vulnerados, es por esto que se deben establecer mecanismos eficientes para garantizar el adecuado acceso a los servicios de salud integralmente requeridos.

V. BIBLIOGRAFÍA.

Organización panamericana de la salud, carta de las Naciones Unidas,

Sentencia C-574-92 MP: Ciro Angarita Barón. "Los valores y principios incluidos en el texto constitucional"

Contenido y alcance jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad de Colombia-
Por: Luis Andrés Fajardo Docente Investigador Universidad Sergio Arboleda Corte
constitucional colombiana sentencia C 067 de 2003

Caso Ximenes López vs. Brasil sentencia de 4 de julio de 2006

Organización panamericana de la salud, carta de las Naciones Unidas,

Contenido y alcance jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad de Colombia-
Por: Luis Andrés Fajardo Docente Investigador Universidad Sergio Arboleda

Sentencia T-484 de 1992 (MP Fabio Morón Díaz)

Cepeda Espinosa (2007), Pág. 57.

Caso Ximenes López vs. Brasil sentencia de 4 de julio de 2006

Hernández, Mario. "Reforma sanitaria, equidad y derecho a la salud en Colombia

Régimen de Seguridad Social. Colección de códigos básicos. Bogotá: Legis; 1997.
p. 107.

Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Análisis de las
estadísticas sobre acciones populares y derechos colectivos.

República de Colombia. Ministerio de Protección Social. Programa Nacional de
Salud 2002-2006. Bogotá: Ministerio de Protección Social; 2003. p. 60-61

Navarro, Vicente. "Evaluación dei informe sobre la salud en el mundo, 2000."
Gerencia y Políticas de Salud 1.1 (2001).

Mac-Gregor, E. F. (2014). El control difuso de convencionalidad en el Estado
constitucional. Revista Urbe et lus, 1(11).

Espinoza, M. Y. El Control de Convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Heredia, D. C. El Aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, en la construcción de un Constitucionalismo Global Latinoamericano.

De Colombia, C. P. (1991). Constitución política de Colombia. Bogotá, Colombia: Leyer.

Castaño, L. S. Á. (2005). El derecho a la salud en Colombia: una propuesta para su fundamentación moral. *Rev Panam Salud Pública*, 18(2), 129.

Luján, F. J. Y., Manuel (Ingeniero civil) Ramirez, Lucia, M., & Perez, I. J. (2010). Luces y sombras de la reforma de la salud en Colombia: Ley 100 de 1993. Assalud.

Quinche Ramírez, M. F. (2009). Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz. Editorial de la Universidad del Rosario.

Hitters, J. C. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, 7(2), 109-128.



20162TD0089