Salud: ¿Derecho fundamental o servicio público?

Cuando hablamos de salud, a nivel jurídico, se espera que el Estado garantice a los ciudadanos el acceso a la misma o la ausencia de enfermedad.

Por:
Claudia Vásquez
Abogada Vicepresidencia Jurídica
FASECOLDA

El derecho a la salud en el ámbito internacional ha tenido un significativo tratamiento. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, se consagraron los derechos de segunda generación[1] y entre ellos tenemos "la salud y el bienestar". En este mismo año, la Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre y del ciudadano estableció que "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada…". En 1959, con la Declaración de los Derechos del Niño, se incluyó la protección especial a los derechos de segunda generación, reconociéndose el derecho a "crecer y desarrollarse en buena salud". Las discusiones que se dieron en el desarrollo el Pacto Internacional de Derechos Humanos de 1966, fueron definidas estableciendo la necesidad de tratar los derechos de tercera y segunda generación como derechos diferentes. Como debían ser tratados en actos independientes, se expidió el Pacto Internacional

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual entró en vigencia en el año de 1976, y se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como órgano cuya función es vigilar el cumplimiento de las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos reconocidos por los Estados parte.

En el año 2000, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al presentar la observación general número 14, acerca del "disfrute del más alto nivel posible de salud", estableció que "la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos", rompiendo el carácter de derecho de segunda generación para tratarlo como un derecho de primera generación[2]. Es claro que para los Estados surge la obligación moral de buscar el más alto nivel posible de disfrute de salud, siendo este un derecho que debe tener conexidad con un derecho humano.

En Colombia, con la Constitución de 1991, el derecho a la salud adquiere rango constitucional, incorporado en el artículo 49 en el capítulo II denominado "De los derechos sociales, económicos y culturales", lo cual conllevó a que los pronunciamientos iníciales de la Corte Constitucional referentes a tutelar el derecho a la salud, establecieran que tal derecho no es fundamental, por no estar en el capítulo I de la Constitución.

En el año de 1992, la Corte Constitucional cambia su posición estableciendo en la Sentencia T- 406 de 1992, que el derecho a la salud es fundamental por conexidad, es decir, que se encuentra relacionado con la vulneración directa a un derecho fundamental. De allí que las sentencias T- 487, T 491 y T 499, todas del año de 1992, tengan parámetros que permiten aplicar la teoría de la conexidad con derechos fundamentales como la vida, dignidad humana, integridad física, psíquica y moral. Sin embargo, está línea jurisprudencial fue acogida hasta el año 1997, porque posteriormente en 13 casos se apartan de la teoría de la conexidad y establecen tesis como la alteración del mínimo vital y la salud como un derecho prestacional. Debido a la ausencia de precedente jurisprudencial, la Corte Constitucional, en la sentencia de unificación SU-111 de 1997, determinó que el derecho a la salud es típicamente prestacional y que en aplicación a la teoría de la conexidad, es objeto de protección, toda vez que no se convierte en un derecho fundamental autónomo ni de aplicación inmediata.

En 1999, las sentencias de la Corte Constitucional vuelven a dar un giro inesperado al establecer que el derecho a la salud es un derecho fundamental, autónomo en el caso de algunas poblaciones específicas, debido a su grado de vulnerabilidad e indefensión como lo son los niños, los discapacitados y los adultos mayores, pero esta tesis hace eco al interior de la Corte y se amplía para determinar que también es un derecho autónomo para casos en los cuales se estudie el contenido del POS. Esta tendencia perdura hasta la fecha.[3]

La sentencia C- 463 de 2008, cambia nuevamente la línea jurisprudencial al señalar que el Derecho a la Salud es un derecho fundamental autónomo en todos los casos y para todas las personas; sin embargo, en esta

Bibliografia

1 - Derechos económicos, sociales y culturales.

2 - Derechos humanos.

3 - T-535 de 1999, T261 de 2007, T526 de 2006, T1097 de 2007, T-015 de 2008, T-073 de 2008, T-866 de 2008, SU-819 de 1999 y T-859 de 2003.

misma sentencia se considera que es posible acceder a su protección, siempre y cuando se tenga aplicación de la teoría de la conexidad y violación al mínimo vital. Esto sirvió de sustento para sentencias como la T- 760, T- 875, T-053, T-120 y T-201, todas del año 2008, en las cuales no se aplicó la tesis de conexidad ni de mínimo vital, para en su lugar establecer que el derecho a la salud es en sí mismo fundamental, bajo el argumento de que todos los derechos constitucionales son fundamentales.

Es evidente la ausencia de precedente jurisprudencial en relación con la naturaleza jurídica del Derecho a la Salud. Lo cierto es que no puede considerarse superada la discusión entre establecer la salud como un derecho fundamental o un derecho prestacional. Por una parte, la Corte Constitucional no ha fijado línea jurisprudencial al respecto; al analizar el texto original del artículo 49[4] de la Constitución Política, es evidente el carácter prestacional con el que se determina el derecho a la salud, toda vez que se refiere a ésta como "servicio público" y no como "derecho". No obstante, al revisar la modificación que a través del acto legislativo 2 de 2009[5] se realizó en el artículo antedicho, no se evidencia diferencia en su tratamiento, debido a que continúa refiriéndose a un "servicio público", no a un "derecho", el cual está encuentra a cargo del Estado.

» Las principales discusiones se daràn en el 2013, año en el cual el ambiente político para reformas estructurales es poco propicio, debido al ciclo electoral que se inicia

Bibliografia

4- ARTÍCULO 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

» No puede considerarse superada la discusión entre considerar a la salud como un derecho fundamental o un derecho prestacional.

A manera de conclusión, la salud no es un derecho fundamental en nuestra Constitución Política, y la jurisprudencia es un "criterio auxiliar de la actividad judicial"[6]. En este sentido, aunque la Corte Constitucional en algunos pronunciamientos, especialmente en fallos de tutela, le de a la salud el carácter de fundamental, este no es el reconocimiento legal en la norma de normas, debido a que estructura la salud como derecho de segunda generación, cuya finalidad no es el "estado de completo bienestar físico, psicológico y social"[7], sino la prestación del servicio de salud en condiciones de equidad, igualdad, eficiencia, universalidad, solidaridad, con acceso a servicios de protección, promoción y recuperación de la salud. Con estos parámetros se construyó el Sistema General de Seguridad Social a través de la Ley 100 de 1993, en la que se establecen políticas claras del sistema. Otra es la discusión de la financiación de éste y de la equidad que se tiene en la prestación del servicio frente a calidad y el acceso a la tecnología médica.

Bibliografia

5 - ARTICULO 49. <Artículo modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.

El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.

6 - Artículo 230 de la Constitución Política.

7 - Concepto del derecho a la salud dado por la Organización Mundial del Comercio.