

PANELISTAS

LA SALUD VISTA DESDE LOS TRIBUNALES

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado de la Corte Constitucional,
Colombia

De cierta manera, la tradición jurídica colombiana anterior a la vigencia de la nueva Constitución, heredera de la escuela francesa de la exégesis, planteaba al jurista una dicotomía entre la realidad fáctica y la realidad jurídica. Esta última pertenecía al mundo del deber ser, al paso que aquella se ubicaba en el terreno del ser. De un lado caminaba el derecho, de otro, la realidad. De esta manera, la justicia se revestía de un ropaje formal, y no se concretaba en aquel *dar a cada cual lo suyo* de que hablaron los clásicos.

La revolución jurídica que se ha producido entre nosotros en las postrimerías del siglo, influida sin duda por corrientes extranjeras, propicia la eliminación de la referida dicotomía. La efectivización del derecho, entendida como su concreción en el plano de lo real, es el hito del jurista de nuestro tiempo. Por lo que tiene que ver con los derechos fundamentales, se predica de ellos ahora su eficacia directa y su aplicación inmediata. Se hace hincapié en el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo adjetivo y se crean nuevos mecanismos de amparo y protección, no solo para los referidos derechos a través de la acción de tutela, preferente y sumaria, sino también para los de rango puramente legal, por medio de otras formas procesales expeditas, como la acción de cumplimiento, recientemente reglamentada entre nosotros. El principio de solidaridad cobra vigencia para imponer la cooperación entre los hombres, en aras de la realización de los derechos humanos.

A la vanguardia de este proceso, la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, tanto por vía de tutela como de constitucionalidad, ha contribuido en forma amplia y decidida a la efectivización de los derechos fundamentales, entre ellos el primero y principal, cual es el derecho a la vida. La

protección de este último en sede de tutela, se ha llevado a cabo directamente en los casos en los cuales su vulneración es también directa. En otros, el amparo se ha propiciado mediante la protección de otros derechos, entre ellos el derecho a la salud, cuando estos están, como es de común ocurrencia, en conexión directa con la vida.

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD

En principio, el derecho a la salud ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte, con fundamento en la Constitución, como un derecho prestacional, no fundamental en sí mismo, comprendido dentro del concepto más amplio de seguridad social. Esta concepción choca con la formulación clásica del derecho natural, según la cual el derecho a la vida, en sentido lato, comprende tres derechos subsiguientes, cuales son el derecho a conservar la vida en sentido propio, el derecho a la salud y el derecho a la integridad física. Dicho de otra forma, si la vida se toma en su acepción más amplia, la salud y la integridad personal son conceptos que se subsumen en ella. En efecto, cabe observar que tanto la falta de salud como de integridad corporal resultan contrarias a la plenitud de vida del hombre, entendiendo aquí el concepto vida en su significado ontológico, esto es, como acto de ser del viviente.

Desde este punto de vista, la salud, como la integridad corporal, son derechos naturales fundamentales, pues es evidente que el hombre los tiene por su condición de persona, esto es, de ser que se autodomina con miras a la obtención de sus fines racionales.

No obstante, como se dijo, la jurisprudencia constitucional, con base en las normas de la Carta, concibe la salud como un derecho prestacional, en principio no fundamental, y por ello de aplicación no inmediata. En efecto, el artículo 49 superior, referente al tema de la atención de la salud por parte del Estado, se ubica dentro del capítulo II del título II de la Carta, relativo a los "derechos sociales, económicos y culturales". El capítulo I del mismo título, relativo a los derechos fundamentales, no menciona en ninguno de sus artículos el derecho a la salud. Sin embargo, la salud, en referencia a los niños, sí es considerada explícitamente como derecho fundamental por el artículo 44 superior. Tenemos entonces que el referido derecho no es tratado como fun-

damental por la Carta política, salvo en el caso en el que el titular del mismo sea un niño.

La caracterización del derecho a la salud como derecho prestacional, corresponde a una tendencia internacional en nuestro tiempo. Razones que tocan con la situación de subdesarrollo o de crisis económica por la que atraviesan comúnmente las naciones del llamado Tercer Mundo, hacen imposible pensar que el Estado o la sociedad puedan satisfacer todas y cada una de las necesidades sociales, económicas o culturales de los individuos y los grupos. De ahí la imposibilidad fáctica de consagrar con efecto jurídico de aplicación inmediata determinados derechos de carácter social, como el de la salud. En otras palabras, razones de justicia distributiva, derivadas de la escasez de recursos que debe administrar el Estado, impiden la consagración jurídica de la eficacia directa de ciertos derechos sociales, entendida esta eficacia como la posibilidad de reclamarlos judicial o extrajudicialmente, sin que medie una ley que desarrolle la Constitución, indicando en qué circunstancias y bajo qué condiciones es posible tal reclamación. Este es el caso del derecho a la salud.

En este orden de ideas, resulta interesante señalar cómo el Pacto de San José de Costa Rica¹, acorde con la tendencia expuesta, considera los llamados derechos económicos, sociales y culturales –entre ellos el derecho a la salud– como derechos de desarrollo progresivo, y categóricamente expresa que respecto de ellos, la obligación de los Estados es solamente tratar de “lograr progresivamente”, “en la medida de los recursos disponibles”, su efectividad.

Aunque, desde cierto punto de vista, pudiera pensarse que la circunstancia de tratar jurídicamente la salud como un derecho que carece de eficacia directa atenta contra los postulados que lo ubican como derecho fundamental, de otro lado, parece loable que el constituyente imprima cierta dosis de razonabilidad al tratamiento de los derechos de contenido social. En efecto, no tiene objeto alguno prescribir la fórmula de la aplicación inmediata, si ella, por razones de tipo fáctico, no se va a realizar. La vigencia del modelo social que propone la Constitución de 1991, no va a ser posible simplemente con el hecho de consagrar meras aspiraciones o buenos propósitos dentro de

1 Cfr. art. 26.

su texto. Vistas así las cosas, se explica el tratamiento que la Carta política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional le dan al derecho a la salud, como derecho prestacional y progresivo, cuyas condiciones de ejercicio se defieren a la ley.

II. EL CONCEPTO DE SEGURIDAD SOCIAL

La salud, como derecho, se ubica dentro del concepto de seguridad social. Dicho concepto, dentro de la axiología de la actual Constitución política, adquirió una preponderancia nueva. En efecto, la noción de "estado social de derecho", introducida en nuestro constitucionalismo por la nueva Carta, responde a la necesidad, cada vez más sentida, de incorporar y hacer efectivos, dentro del ordenamiento jurídico-político de los Estados, los principios del respeto a la dignidad humana y de la solidaridad social. Su objetivo es el de orientar la estructura político-administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas insatisfechas de los vastos sectores de la población que se han encontrado marginados del progreso económico y social y desprotegidos por el Estado. De la adopción del estado social de derecho se deducen, pues, diversos mandatos y obligaciones constitucionales. Muchos de ellos tienen que ver con la seguridad social.

De manera más amplia, la Constitución política de 1991, a diferencia del régimen constitucional anterior, se ocupa entonces, en forma expresa, del tema. En la Carta de 1886, solo en amparo bastante limitado, se disponía expresamente el derecho a la llamada entonces "asistencia pública", consagrada en su artículo 19. Hoy, por el contrario, la preceptiva sobre seguridad social es extensa y omnicompreensiva. Se adopta un concepto ampliado, que incluye el mayor número de servicios, auxilios, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de las ya superadas escuelas que la limitaban a lo básico. Un conjunto de derechos cuya eficacia compromete al Estado, la sociedad, la familia y la persona, y que gradualmente deben ser extendidos a toda la población. También muestra la norma superior, con claridad, el derecho de los particulares en la realización de la seguridad social, sin perjuicio de que la tarea superior en la dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia corresponda al Estado; así, los particulares tienen el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.

La Carta actual dispone, además, la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, a la cual se le da, al mismo tiempo, el carácter de "servicio público de carácter obligatorio" y de "derecho irrenunciable". La seguridad social es, entonces, un derecho de la persona, que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio.

III. LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

El derecho a la salud, necesariamente comprendido dentro del concepto de seguridad social, es regulado expresamente en varias normas constitucionales. En efecto, a él se refiere concretamente el artículo 49, que señala que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, y que establece que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Dicha norma prescribe también que los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad, y que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Finalmente, la norma que comento eleva a la categoría de deber la conservación de la propia salud, cuando expresa que toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de la suya y de la de su comunidad.

Complementan estas normas superiores otras de rango también constitucional, de contenido fiscal, que buscan propiciar los recursos públicos para hacer frente a este programa de desarrollo progresivo de la seguridad social en salud. Así, por ejemplo, el artículo 336 superior indica que las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud, y el artículo 356 menciona que los recursos del situado fiscal se determinarán a financiar la educación y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños. En lo que tiene que ver con la planeación del gasto público, la norma contenida en el artículo 366 de la Carta ordena que en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tenga prioridad

sobre cualquier otra asignación, gasto público que, conforme la misma norma, debe tener por objeto la solución de las necesidades insatisfechas de salud, entre otras.

La ley 100 de 1993, al desarrollar el artículo 48 de la Constitución política, distingue varios regímenes de seguridad social, cuales son el de salud, el de pensiones, el de riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios. Las prestaciones económicas, de salud y los servicios sociales previstos en ella, se contemplan como de desarrollo progresivo, de tal manera que se llegue a alcanzar, en cierto plazo, el cubrimiento total de la población². En este sentido, cabe observar cómo, luego de expedida la referida ley, a los cuatro años de su vigencia el país logró un aumento de los recursos financieros destinados al sector salud, de un 36% en valores reales. La creación de las Empresas Promotoras de Salud (EPS) permitió la cobertura, en el mismo plazo, del 70% de la población.

IV. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD A TRAVÉS DEL MECANISMO DE TUTELA

Tal como se dijo, la Corte Constitucional, en la misma línea de pensamiento del constituyente y del legislador, considera que en general los derechos comprendidos dentro del concepto de seguridad social, entre ellos el derecho a la salud, en principio, son derechos asistenciales o prestacionales, que no permiten su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que requieren una reglamentación que organice su reconocimiento y una agencia pública o privada autorizada que suministre los bienes y servicios que los hacen efectivos. Adicionalmente, un aspecto relacionado con la capacidad fiscal o financiera de los entes encargados de la asistencia o prestación de estos derechos, les da un carácter témporo-espacial, reconocido por el constituyente, que en proyecciones sentadas por la propia Carta (art. 48) vienen a diseñar con una cobertura progresiva, que comprende todos los servicios que determine la ley.

2 Cf. *La seguridad social y sus decretos reglamentarios*. VALENCIA, Fabio Alberto. MAYA, Néstor Raúl. 3ra. edición, 1997.

Por esta razón, en principio no procede la acción de tutela para protegerlos, pues este mecanismo de defensa judicial se reserva para aquellos derechos propiamente fundamentales, cuyas condiciones de ejercicio no se dejan a la regulación del legislador. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Constitucional, en las distintas salas de revisión de tutelas, ha tratado la seguridad social, y dentro de este concepto el derecho a la salud, como derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, objeto de acción de tutela, siempre que se cumplan los siguientes supuestos: primero, que en conexión con otro derecho fundamental, esto es, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tenga la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales, como la dignidad humana (art. 1º), la vida (art. 11) o el libre desarrollo de la personalidad (art. 16), entre otros; segundo, entendida como la asistencia pública que debe prestarse ante una calamidad que requiera, de manera urgente, la protección del Estado y de la sociedad, por afectar de manera grave e inminente la vida humana; tercero, ante casos de extrema necesidad, y cuarto, que se pueda prestar de acuerdo con las posibilidades reales de protección de que disponga el Estado para el caso concreto (sentencia No. T-290/94).

En seguimiento de la voluntad del constituyente, la Corte admite también la procedencia de la acción de tutela en relación con el derecho de los niños. El artículo 44 de la Constitución política, como lo ha sostenido la Corte, debe entenderse como configurativo de un tratamiento privilegiado o de primacía de sus derechos sobre los de los adolescentes, los adultos e incluso las personas de la tercera edad. Al respecto, ha dejado sentado, en reiterada jurisprudencia (sentencias Nos. T-200/93, T-165/95), que el derecho fundamental a la salud de los niños tiene unos requisitos esenciales que no se pueden soslayar. Se trata de un derecho prevalente, incondicional, ilimitado y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. Prevalente, porque dada la indefensión en que se encuentran los niños, el Estado, mediante una protección especial, tiende a suplir esa deficiencia. Ese es el sentido del artículo 13 superior, cuando establece que el Estado brindará especial protección a las personas que se encuentren en estado de indefensión por su debilidad manifiesta. De este modo, cuando la Carta política señala en el artículo 44 que el derecho de los niños es prevalente, de una u otra manera está compensando, equitativamente, a los débiles, con lo cual se reafirma la justicia social que inspira el ordenamiento constitucional colombiano.

Incondicional, porque es un enunciado categórico, no hipotético. Como es un deber irrenunciable, se traduce en un derecho incondicional, es decir, siempre válido y, por ende, con perpetua vocación de eficacia. No hay, pues, argumento que justifique la no actuación del Estado ante la enfermedad grave de un infante desprotegido. Una de las características del estado social de derecho es, sin duda, que no se limita a reconocer los derechos fundamentales, sino que tiende a hacerlos eficaces.

La Corte ha sostenido, de otra parte, que la seguridad social –y por consiguiente la salud–, como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a las personas de la tercera edad y aquellas cuya debilidad es manifiesta. De esta manera, cuando una entidad, pública o particular, tiene a su cargo la prestación de la seguridad social en salud a personas en estas situaciones, su incumplimiento acarrea un grave perjuicio. Como consecuencia de esa protección especial, que dichas personas requieren, es que el derecho a la seguridad social adquiere su condición de derecho fundamental, pues con su incumplimiento, violación o vulneración se colocan en peligro otros derechos fundamentales, como la vida, la dignidad humana, la integridad física y, por supuesto, el trato especial que merecen las personas de la tercera edad.

V. REGLAS PARTICULARES DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA SALUD

Con fundamento en los criterios expuestos, la Corte, en su reiterada jurisprudencia, ha fijado reglas concretas de procedibilidad, dirigidas a proteger los derechos fundamentales que por conexidad forman parte integral de la seguridad social en salud. Una gran cantidad de tutelas revisadas por la Corte han sido interpuestas contra entidades públicas y privadas encargadas de prestar dicho servicio, cuando estas han impedido u obstaculizado el goce de ese derecho a los particulares que están a su cargo o que han requerido el servicio. Entre los casos que revisten mayor importancia podemos citar los siguientes:

1. Servicio médico asistencial para las personas que no gozan de seguridad social en salud

La Corte ha precisado que, tratándose de personas que de conformidad con la ley o los reglamentos se encuentren cobijadas por la seguridad social –régimen contributivo–, el Estado, o el particular encargado de prestar el servicio, están obligados a prestar la asistencia médica, siempre y cuando se agoten las exigencias para dar cumplimiento a tal fin. En cambio, si la persona no se encuentra afiliada a una entidad de previsión y su situación económica no le permite sufragar los servicios que solicita, dándose también su incapacidad económica, es el Estado quien se encuentra obligado a cubrir tales gastos, mediante el régimen subsidiado, ya sea a través de sus entes descentralizados en el área de la salud, o de las personas privadas autorizadas para tal fin, en las condiciones que establece el servicio público de salud y en la medida en que exista capacidad presupuestal para la cobertura del servicio (sentencia No. T-030/94).

De ahí la importancia que tiene la cotización para el sistema de seguridad social en salud, que, como lo ha dicho la Corte (sentencia No. C-577/95), interpretando el contenido de la ley 100 de 1993, se cobra de manera obligatoria a un grupo determinado de personas, aquellas que pertenecen al régimen contributivo, y cuya tarifa no se fija como una contraprestación equivalente al servicio que recibe el afiliado, sino como una forma de financiar colectiva y globalmente el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud.

2. Protección de los aportes de seguridad social en salud

De mucha trascendencia para el rumbo del derecho laboral colombiano es la jurisprudencia de la Corte relacionada con el reconocimiento del carácter de contribución parafiscal de los aportes que realizan los usuarios a las Empresas Promotoras de Salud (EPS), pues ello significa que estas entidades administran dineros públicos cuya destinación no puede ser diferente al beneficio del conglomerado que, de acuerdo con la determinación legal, se incluye dentro de la seguridad social (sentencias Nos. C-179 de 1997, C-386 de 1997 y C-177 de 1998).

Así mismo, en la sentencia C-177 de 1998 se reiteró el carácter parafiscal de los recursos de la seguridad social, el cual coincide con lo señalado en las

leyes 100 de 1993 y 383 de 1997. No obstante, en esta ocasión el concepto permitió aclarar que las EPS pueden recuperar su cartera morosa mediante el procedimiento expedido de la jurisdicción coactiva, lo cual incide positivamente en el derecho del trabajador dependiente para exigir la prestación de salud para él y su familia.

3. Atención en caso de mora patronal en el pago de los aportes

De igual manera, la jurisprudencia tiene establecido que en caso de mora patronal en el pago de los aportes a la salud, y que el trabajador afiliado o sus beneficiarios se encuentren en situaciones que comprometan su mínimo vital, las EPS no pueden negar la atención, y en caso de que se diera tal negativa, es posible hacer efectivo el derecho a través de la acción de tutela, la cual se dirigirá contra la EPS respectiva, sin perjuicio de las acciones que tal entidad pueda iniciar en contra del patrón incumplido.

4. Obligación de las EPS de proporcionar a los pacientes los medicamentos o tratamientos indicados por el médico tratante

En relación con cualquier clase de enfermedad que ponga en peligro el núcleo esencial del derecho a la vida, la Corte ha sostenido (sentencias Nos. T-271/95, T-666/97) que las EPS se encuentran obligadas a proporcionar a los pacientes, en forma inmediata, el medicamento o tratamiento requerido e indicado por el médico tratante, aun cuando el mismo no se encuentre dentro del listado oficial, pudiendo la entidad, posteriormente, repetir contra el Estado. Para ello la Corte, dando cabal cumplimiento al artículo 4º de la Constitución política, ha inaplicado aquellas disposiciones del decreto 1938 de 1994, que o bien restringen la entrega de medicamentos, o bien impiden la aplicación de ciertos tratamientos médico-quirúrgicos.

5. Atención en caso de falta de período mínimo de cotización

En aquellos casos en los cuales la persona afiliada no ha cumplido los tiempos mínimos de cotización exigidos por la ley para la atención de ciertas enfermedades, la jurisprudencia de la Corte, igualmente, ha determinado que si el trabajador afiliado o sus beneficiarios se encuentran en situaciones que comprometan su mínimo vital, las EPS no pueden negar la atención, pero

podrán repetir contra el Estado. La atención denegada, en este caso, puede exigirse también a través de la acción de tutela.

6. Atención a enfermos de SIDA

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en esta materia se ha referido a dos aspectos fundamentales: el derecho al trabajo y el derecho a la atención médica (sentencias Nos. T-271/95, SU-264/96, SU-480/97).

En relación con el derecho al trabajo, ha sostenido que el despido “sin justa causa”, que en realidad es motivado en la consideración de ser el empleado portador asintomático del VIH, no puede ser evaluado por el Estado, porque atenta contra los derechos a la dignidad y a la igualdad, al trabajo, a la salud y a la seguridad social. Se quiere evitar con esto una especie de *apartheid* médico.

De otro lado, el hecho de que el trabajador sea portador sano del virus, tampoco da derecho al patrono para terminar unilateralmente el contrato aduciendo la justa causa. En efecto, la Corte ha considerado que es distinta la situación del portador sano del referido virus a la relativa a “enfermedad crónica o contagiosa”, a que se refiere la legislación laboral como justa causa de despido, por cuanto la situación de ser portador sano del VIH no es de “enfermedad”, y porque el adjetivo de “contagiosa” con que se califique una enfermedad para ser considerada como justa causa de terminación de una relación laboral, debe entenderse como que tal enfermedad origina un peligro considerable de transmisión en las circunstancias ordinarias de la relación laboral, cosa que, de acuerdo con los conceptos de la ciencia médica en su estado actual, no ocurre con el VIH, el cual solo se contagia por relación directa de tipo sexual o por inoculación sanguínea, situaciones estas ajenas a las de las relaciones de trabajo normales (sentencia No. SU-264/96).

En cuanto a la atención a enfermos de SIDA, ha sostenido la Corte que la infección con el VIH coloca a quien la padece en un estado de deterioro permanente, con grave repercusión sobre la vida misma. Así, a quien en ejercicio de su autonomía expresa su voluntad de someterse a un tratamiento paliativo, que cree favorable, debe respetársele su opción, del mismo modo que se respeta la del sujeto que se opone a ser tratado. Por ello, sobre la base

del criterio científico del profesional de la salud, el enfermo de SIDA tiene el derecho a que se le brinde la totalidad del tratamiento en la forma prescrita, porque un tratamiento incompleto, o que no se ciña a las recomendaciones médicas, desconoce las prerrogativas del paciente que ha querido someterse a las prescripciones del galeno.

7. Atención médica y derechos prestacionales de quienes se encuentran prestando el servicio militar

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional (sentencias Nos. T-534/92, T-394/93), las autoridades militares están obligadas a prestar la atención requerida a los soldados que, habiendo sido declarados físicamente aptos para prestar el servicio militar, sufren deterioro de su salud durante el cumplimiento del servicio. Asimismo, la Corte, en aras de proteger el derecho a la igualdad, ha considerado que los soldados o policías que, en cumplimiento del servicio militar obligatorio, han quedado en estado de incapacidad laboral motivado por la ocurrencia de un accidente o de una enfermedad, tienen derecho a que se les reconozcan en forma oportuna los derechos prestacionales especiales que la ley fija para aquellos trabajadores que enfrentan una situación similar.

La anterior es una breve reseña de algunos de los parámetros que la Corte Constitucional, a través de su abundante jurisprudencia, ha fijado ahora sobre diversos aspectos de la seguridad. Ella puede resultar de interés para quien se ocupe particularmente de estudiar los parámetros de procedibilidad de la acción de tutela en relación con el derecho a la salud.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA SITUACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD, VISTA DESDE LOS TRIBUNALES

No obstante, la anterior presentación de los criterios sentados por la jurisprudencia no abarca un panorama completo relativo al tema de salud, tal y como se ve desde los tribunales constitucionales. Es tan solo el aspecto puramente jurídico del mismo, que se ha venido consolidando a través de los fallos de la Corte.

Adicionalmente a esta perspectiva, cabe observar también que el altísimo número de acciones de tutela que se interponen en el país, solicitando la protección del derecho a la salud, revela que si bien la implementación del sistema de seguridad social en salud previsto por la Carta de 1991 condujo, como se dijo, a una rápida extensión de la cobertura poblacional, a través del plan obligatorio que prestan las empresas promotoras, dicho sistema acusa hoy en día, en grandes proporciones, ineficiencia manifiesta. En efecto, parece que algunas de las mencionadas entidades, en especial las del sector público, no atendieran a sus afiliados sino previo el agotamiento completo de la acción de tutela. El número de expedientes que se reciben en la Corte Constitucional, en los cuales el peticionario reclama la atención a que tiene justo derecho, puede estimarse para estas fechas en alrededor de 1.000 por semana, y contiene acciones dirigidas prioritariamente contra el Instituto de Seguros Sociales. Dichas acciones de tutela, en su mayor parte, vienen concedidas, es decir, contienen una orden judicial que dispone la atención médica, la práctica de un procedimiento o la entrega de un medicamento.

Así las cosas, las conclusiones que válidamente se pueden extraer, conducen a pensar que es necesario llevar a cabo un proceso de redefinición en sus aspectos económicos y en su viabilidad operacional, aspectos estos que, por supuesto, rebasan la competencia de la rama judicial.

Las características de la acción de tutela, por otra parte, que la perfilan como un procedimiento breve y sumario, imposibilitan una adecuada valoración de las circunstancias que determinan la procedibilidad de la acción, de conformidad con los criterios que antes se explicaran. En efecto, vista la necesidad de atención médica urgente, y encasillado por los breves términos legales del trámite procesal, el juez no puede detenerse a llevar a cabo un exhaustivo análisis probatorio, para determinar aspectos como el compromiso del mínimo vital del tutelante, la implicación real del derecho a la vida o de la dignidad humana, y las demás circunstancias que deben converger para conceder la protección. En especial se suelen echar de menos los peritajes médicos o al menos los conceptos de los galenos.

La Corte, por su parte, encuentra la acción ya concedida por los jueces de instancia y lo solicitado ya otorgado, de manera que aun cuando no hubieran mediado las circunstancias de procedibilidad de la acción, no encuentra

razonable revisar la sentencia para revocar el fallo, tratándose de derechos que, si bien quizá no eran reclamables por esa vía, ciertamente eran concedidos por la ley al peticionario.

Así las cosas, los jueces constitucionales presentimos que ante la insuficiencia de recursos para atender la salud en los términos previstos por el legislador, la destinación de los mismos no se lleva a cabo dirigiéndolos a los casos que más lo ameritan, conforme a criterios médicos, sino que son los jueces quienes, por vía de tutela, sin tener una visión global que les permita reconocer prioridades, ordenan atender a aquellos que interponen la acción.

Todo este panorama merece que el país se proponga hacer un alto en el camino y lleve a cabo un proceso de examen, como antes se dijo, sobre la viabilidad del sistema, y sobre todo, una redefinición de las prioridades. Los escasos recursos de que disponemos para atender las necesidades de salud de los colombianos, deben ser dirigidos a los casos más urgentes, a aquellos que realmente comprometen la vida o la dignidad de las personas. Será necesario repensar criterios legales de atención más estrictos, que privilegien los derechos fundamentales comprometidos, y controles fiscales más adecuados, que eviten la desviación de los recursos. Es esta labor que concierne al legislador y a los organismos administrativos y de control; pero también la propia jurisprudencia tendrá que reconsiderar su posición y su deber de propiciar una verdadera justicia distributiva, que con fundamento en el criterio médico privilegie la atención de quienes más la requieren.

Y dado que la inquietud bioética es el tema de este encuentro, es importante que entendamos que los aspectos de justicia distributiva en la atención de la salud son también temas éticos que conciernen a la vida humana. Quizá los prioritarios en naciones pobres como la nuestra. Sin restar importancia a los tópicos que usualmente ocupan la atención de los bioeticistas, como los muy conocidos relativos al aborto, la eutanasia, la medicina paliativa, el consentimiento informado del paciente, los trasplantes de órganos, la reproducción humana asistida, la biogenética y tantos otros, creo que una bioética auténticamente nuestra, elaborada para países en situación de subdesarrollo y además de crisis, debería reparar fundamentalmente en estos aspectos éticos, tendientes a definir criterios de atención prevalente, de

destinación adecuada de recursos, de fijación de normas que hagan posible, al menos, el respeto de la vida y de la dignidad de los más débiles.

La ciencia jurídica, por su parte, si no apoya en los criterios sentados desde esta ética de la justa distribución de los escasos recursos, correrá el riesgo de hacer caer el derecho, nuevamente, en aquella dicotomía entre lo que debiera ser y lo que es, y de revestirlo, otra vez, de un ropaje formal y abstracto, ajeno a la verdadera justicia.