



EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD EN COLOMBIA



Tatiana Díaz Ricardo

EL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD EN COLOMBIA

UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA

CENTRO DE INVESTIGACIONES

**Producto del Grupo de Investigación
Justicia Constitucional**

Tatiana Díaz Ricardo



©UNIVERSIDAD LIBRE SEDE CARTAGENA

ISBN: 978-958-8621-00-5

Primera Edición, 2009

América del Sur
Teléfonos: 661147- 6561379

Editorial Universidad Libre Sede Cartagena

Comité editorial

Zilath Romero González

Carlos Cortes Mattos

Adolfo Carbal Herrera

Diagramación: Martha Benítez

Correos electrónicos de contacto:
investigaciones.unilibre@gmail.com
tatiana.diaz@unilibrectg.edu.co

Se permite la reproducción total y parcial por cualquier medio siempre y cuando se citen debidamente la fuente, los autores y las instituciones. La Universidad Libre Sede Cartagena no se hace responsable por los contenidos, posibles errores u omisiones. Los contenidos son responsabilidad exclusiva de sus autores

**UNIVERSIDAD LIBRE
DIRECTIVOS NACIONALES 2009**

Presidente

Luis Francisco Sierra Reyes

Rector

Nicolás Enrique Zuleta Hincapié

Censor

Edgar Sandoval Romero

Decano Facultad de Derecho

Jesús Hernando Alvarez Mora

Decano Facultad de Contaduría

Clara Inés Camacho

DIRECTIVOS SECCIONALES 2009

Presidente Delegado Rector

Rafael Ballestas Morales

Vicerrector Académico

Carlos Gustavo Méndez Rodríguez

Secretario General

Luis María Rangel Sepúlveda

Director Administrativo y Financiero

Lucy Castilla Bravo

Directora de la Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables

María Cristina Bustillo Castillejo

Decano de Extensión de Derecho

Narciso Castro Yanes

Decano de Extensión de Contaduría Pública

Gustavo Arrieta Vásquez

Directora Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación

Tulia del Carmen Barrozo Osorio

Coordinadora de Postgrados

Beatriz Tovar Carrasquilla

Directora Centro de Investigaciones

Tatiana Díaz Ricardo

Secretaria Académica

Eline Palomino Riher

La publicación de los artículos está sujeta a los criterios del Comité editorial y la evaluación de los pares científicos. Las opiniones expresadas por los autores son independientes y no comprometen a la Universidad Libre Sede Cartagena. Se respeta la libertad de expresión.

Universidad Libre. Dirección: Pie de la Popa Calle. Real No. 20-177 Cartagena de Indias. Colombia. América del Sur

Sobre la Autora

TATIANA DIAZ RICARDO

Abogado Universidad de Cartagena. Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Se ha desempeñado como Sustanciadora de Juez Laboral del Circuito de Cartagena, Asesora Jurídica del Distrito turístico y cultural de Cartagena de Indias, Investigadora de la Cámara de Comercio de Cartagena, Directora del Área de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cartagena. En la actualidad es docente de pregrado y posgrados y Directora del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia - Sede Cartagena. También se desempeña como Docente e investigadora de la Universidad de Cartagena, en las asignaturas Metodología de la investigación jurídica y sociojurídica, Teoría de la argumentación y razonamiento jurídico.

CONTENIDO

	Pág.
CAPITULO I. EL DERECHO A LA SALUD. Aspectos históricos	14
1. La salud y el derecho de los hombres a tenerla. Breves apuntes de cómo se llegó a esta concepción	14
1.1 La primera generación de derechos humanos. El inicio de una tradición con pretensiones de inmortalidad	15
1.1.1. Antecedentes modernos. La salud en la Edad Antigua y la Edad Media	16
1.1.2 La salud en la Edad Moderna	17
1.2 La segunda generación de derechos humanos. El tránsito a la Evolución	19
1.2.2 El Estado Social y las necesidades básicas	22
2. EL DERECHO A LA SALUD EN EL CONTEXTO DE LA COMUNIDAD DE NACIONES UNIDAS. EL PANORAMA INTERNACIONAL	30
2.1 La legislación internacional	31
2.1.1 La Organización mundial de la salud – OMS	31
2.1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas	33
3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES –DESC- EN COLOMBIA	36
3.1. Cultura jurídica colombiana formalista, el espacio de recepción para los DESC	37
3.2. Obligaciones en derechos sociales fundamentales	41
3.3. Estructura del derecho social fundamental a la salud	65
3.3.1. Titulares del derecho a la salud en Colombia	67

3.4. OBJETO DEL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD	84
3.4.1. Objeto legal de los obligados en el servicio público a la salud en Colombia	86
3.4.2. Aspectos específicos del objeto del derecho social fundamental a la salud	86
CAPITULO III. MÉTODOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA VULNERACIÓN Y LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD EN COLOMBIA	90
JUSTICIABILIDAD DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES	91
1.0. El concepto bien desarrollado de derecho subjetivo	91
1. 1. Primera parte del concepto de derecho subjetivo	92
1.1.1 La posición normativa	93
1.1.2. Razones válidas	94
1.1.3. Razones válidas y suficientes	95
2.0. Segunda parte del concepto de derecho subjetivo	95
2.1. Método tradicional para establecer la vulneración de derechos, el modelo Liberal	96
2.2. Métodos para establecer la vulneración de derechos sociales fundamentales	97
2.2.1. Criterio dual para contrarrestar la indeterminación	98
3. JUSTICIABILIDAD DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES	103
3.1. Principio de subsidiaridad	104
3.3 Razones a favor y en contra de los derechos sociales fundamentales en Colombia	109
3.3.1 Consecuencias de la 'Textura abierta' del texto constitucional	111
3.3.2 Ilegitimidad de los magistrados de los magistrados de la Corte Constitucional	118
3.3.3 Gobierno de mayorías protegido de las mayorías, la paradoja democrática:	120
3.3.4 problemas financieros de las sentencia de la Corte constitucional	122
3.3.5 Heteronomía de los pobres, paternalismo de la Corte, un asunto de	

minoría de edad colombiana

126

INTRODUCCIÓN

Este es un trabajo sobre derechos humanos, y más específicamente sobre los derechos sociales, económicos y culturales fundamentales¹ del hombre. El camino que ha recorrido la humanidad en materia derechos humanos está lejos de ser una línea recta, y afortunadamente ha sido así. Todavía está abierta la concurrida discusión sobre la naturaleza de los derechos sociales, culturales, económicos y culturales (DESC). Merece destacarse que es producto de mi actividad como investigadora en la Universidad Libre Sede Cartagena y la Universidad de Cartagena. Parte de este trabajo ha sido publicada en versiones separadas, como avances de investigación.

He escogido, de los varios derechos que responden al concepto de sociales, económicos y culturales, el derecho a la salud. Las razones para estudiarlo son varias, algunas obedecen a inquietudes de carácter académico y otras no tanto. Estas últimas responden al evidente sufrimiento humano que he observado por parte de un considerable número de ciudadanos que acuden a los despachos judiciales para pedir por vía de acción de tutela² órdenes o sentencias de jueces de la República que ordenen a las entidades prestadoras de servicios públicos de salud de Colombia

¹ No obstante la asimilación que suele hacerse de ambos conceptos, los derechos humanos y los derechos fundamentales se diferencian. Rodolfo Arango afirma que “La diferencia más significativa entre derechos humanos y derechos fundamentales consiste en que los primeros demandan validez universal, mientras que los segundos sólo validez general o validez particular”. Ver: RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Primera edición en español, Legis, Bogotá, 2005, pág. 331.

² El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia instituye la acción de tutela: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.”

algún tipo de prestación sanitaria. Considero que esta problemática señala serias deficiencias del Estado colombiano para garantizar la libertad (en sentido integral) y la dignidad de los ciudadanos en estado de vulnerabilidad. Considero que el estado de enfermedad coloca al ser humano 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.

Aquí se estudiará el derecho a la salud en Colombia, y se analizará su contenido desde la teoría de los derechos sociales que trabaja Rodolfo Arango Rivadeneira. El problema de investigación consiste en desarrollar la estructura del derecho social fundamental a la salud en Colombia. Para ello se toma en la teoría del concepto de derechos sociales de Rodolfo Arango Rivadeneira; y se estudian los argumentos que defienden el derecho social fundamental a la salud colombiano, concebido como derecho subjetivo.

La salud se reconoce como una necesidad humana. Sin embargo el derecho a la salud es complejo y sobre todo polémico, aún se discute su naturaleza. El debate oscila entre las extremas posiciones de asumirlo ya sea como un derecho fundamental, ya sea como un derecho prestacional; y las intermedias que le atribuyen una naturaleza *mixta* debido a que lo conectan con otros derechos, principalmente el derecho a la vida.

Respecto a la discusión sobre los derechos sociales en general, considero que se hace necesaria una pronta posición de diálogo sobre los derechos sociales³, lo cual incluye el derecho a la salud. Sólo de manera consensual la humanidad podrá avanzar en ese arduo trayecto de construcción de sociedades garantistas de las

³ Se cita: dado que entre nosotros no se da esa conversación sino tan solo el debate. Nuestra idiosincrasia nos empuja con impulso irresistible a comenzar todas las respuestas difíciles con un no rotundo, que permite participar sin resolver. Pág. 13 del prólogo de Alejandro Angulo Director General del CINEP. Mónica Arbelaez.

necesidades básicas requeridas para la dignidad y libertad del hombre. Considero que la salud, o más bien su falta de garantía, representa un gran problema para la humanidad y para Colombia, y el derecho constituye parte de la génesis y si se quiere, una herramienta para su solución.

Los problemas prácticos del derecho nos remiten, la mayoría de las veces, a problemas conceptuales del mismo. Es en este punto donde me detendré. Esta tesis apunta a trabajar sobre un aspecto que considero vital: la estructuración del derecho a la salud como un derecho social fundamental de los colombianos.

Pretendo desarrollar la noción del derecho a la salud como un derecho social fundamental, que a la luz de la teoría señalada conlleva tomarlo como un derecho subjetivo. El estudio realizado incluye, además, el elemento argumentativo como una constante en cada uno de sus capítulos. Al respecto considero que la argumentación en general y la jurídica en particular constituyen una vía consensual para la solución de los problemas teóricos y prácticos de las sociedades contemporáneas, además de un tránsito obligatorio en las democracias y en la lucha humana contra la arbitrariedad y la fuerza.

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 aun más pues históricamente ha sido una nación llena de contrastes y desigualdades económicas, por ello no todos los habitantes han podido entrar a participar en la dinámica del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁴, 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 estado colombiano ha tomado medidas para ampliar la cobertura de la prestación del servicio público de salud a la mayor parte de la población del país, uno

⁴ Hacer referencia al sistema de SGSS

de los instrumentos utilizados fue la creación de la Ley 100 de 1993 y la última de las abundantes reformas realizadas a la misma⁵. No obstante el fracaso de esta medida, hasta el año 2006, se refleja en los indicadores del cumplimiento de los objetivos de la misma. Pero el problema del servicio público salud no se agota en la cifra actual de cobertura, considero que la equidad, la calidad y la dignidad con la que se atiende a los enfermos y usuarios del servicio público salud ofrecen interrogantes y críticas de considerable importancia. Es así como el acceso al servicio de salud por la población colombiana, el cual se encuentra regulado por las instituciones originadas por el derecho a la salud, genera toda una problemática conformada por una multiplicidad de variantes (conceptuales, prácticas, políticas, etc.).

Es comprensible que un trabajo teórico sobre la salud genere algún tipo de reclamos por no dedicarse al estudio y análisis de la realidad que tanto interesa a los ciudadanos. En ese sentido considero que tengo tres razones para dedicarme a un trabajo conceptual sobre el derecho a la salud. La primera de ellas consiste en que todavía en Colombia no existe claridad acerca de que es un derecho social fundamental⁶, por tanto es una forma de contribuir a la definición en Colombia del derecho a la salud, orientada por la teoría de Arango Rivadeneira. La segunda razón es derivada de la primera y es trabajar por la elaboración de razones para considerar la salud como un derecho fundamental en Colombia, porque de esta forma se contribuye a la estructuración de la dignidad humana de los ciudadanos; y un tercer motivo es la necesidad de dar una orientación teórica a quienes trabajan e investigan en la práctica del derecho a la salud alejados del rigor del mundo académico por encontrarse ubicados en trabajo cotidiano de los Despachos Judiciales de la nación.

Considero que concebir los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos es, además de un desarrollo teórico necesario y vital, una herramienta valiosísima para quienes trabajamos ya sea en la práctica o en la teoría con los

⁵ Reforma aprobada en el 2006, Ley 1122 de 2007.

⁶ Se cita y desarrolla aquí a Rodolfo Arango “la persistente discusión en torno a los derechos sociales fundamentales radica, en parte, en que no existe claridad sobre los conceptos (...)”. Pag. 6 de su obra.

derechos sociales fundamentales. Sin embargo, aceptar que los derechos sociales son derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general⁷ es todo un reto, ya que constituye una labor bastante difícil en Colombia debido a su imperante tradición positivista.

La teorización de los derechos sociales fundamentales es parte de un debate argumentativo que se inicia en Colombia desde la implantación del estado social de derecho con la constitución política de 1991. Desde entonces, la categoría y el status de los derechos sociales fundamentales en Colombia se encuentran en proceso de definición. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha contribuido de forma valiosa al fortalecimiento de la consolidación de los derechos sociales como derechos fundamentales⁸ y existen líneas jurisprudenciales que han ido cediendo terreno al reconocimiento de todas las necesidades básicas de los ciudadanos necesarias para garantizar su dignidad como seres humanos.

El debate acerca la garantía y reconocimiento de los derechos sociales fundamentales propició en Colombia una etapa muy rica en estructuración de argumentos a su favor (y en contra también) a partir de 1991, sin embargo, no se desconoce que esta es una antigua discusión universal, ya la crisis del liberalismo evidenció que la diferencia entre los individuos debía dar origen a una diferenciación entre la relación de éstos y el estado, lo cual constituye un problema nuclear de la teoría del estado, la teoría constitucional, la de los derechos humanos y la filosofía política. Es difícil discutir problemas de derechos sociales sin acudir a estos referentes teóricos antes citados. Una discusión sobre el derecho a la salud no puede estar separada de un estudio filosófico al respecto. El énfasis económico con el que ha venido desarrollando el estudio sobre el derecho a la salud de los colombianos, no sólo pone en evidencia una posición filosófica imperante en la concepción de mirar la

⁷ Arango Rivadeneira, Op. Cit.

⁸ La Corte Constitucional colombiana en materia de derechos económicos, sociales y culturales ha desarrollado un proceso evolutivo en materia garantista de los mismos. Inicialmente no se amparaban; posteriormente acudió a su conexidad con otros derechos fundamentales de tradición liberal; y finalmente se conectan también con otros derechos sociales.

salud y el derecho a ella, sino que legitima la ausencia de dialogo, lo cual considero que es muy riesgoso para la democracia.

Paralelamente a la discusión jurídica de derechos sociales, la teoría constitucional y la filosofía política, también la teoría del derecho también ha ido avanzando y posesionándose como un elemento esencial de las teorías de la justicia y de los derechos humanos. Una de las tareas más importantes del derecho ha sido elaborar una teoría jurídica desligada de los tradicionales enfoques moral, religioso o positivo, este es uno de los objetivos de la teoría de la argumentación jurídica. La teoría de la argumentación jurídica constituye una herramienta teórica valiosa y eficaz para la protección de los derechos sociales fundamentales. Desde esta perspectiva este trabajo busca en últimas la elaboración de argumentos o razones que justifiquen la existencia del derecho social fundamental a la salud en Colombia a partir de la teoría que concibe los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos.

El primer capítulo se dedica brevemente a aspectos teóricos del derecho a la salud, su evolución y consolidación como un derecho humano. En el segundo capítulo se hace una propuesta conceptual del derecho a la salud, desde la teoría orientadora del trabajo, lo cual se realizó analizando cada una de las características del derecho social fundamental. En el tercer y último capítulo se estudia un concepto amplio del derecho subjetivo, lo cual implica la realización de un ejercicio argumentativo de la existencia del derecho subjetivo a la salud.

Finalmente debo referirme desde ahora a un asunto que considero vital. Trabajar por la protección del derecho a la salud en Colombia es hacerlo principalmente por la protección a la salud de la población pobre y vulnerable⁹. Por una parte, refiriéndome a los pobres, porque al igual que desde la antigüedad, ellos siguen necesitando respaldo y apoyo estatal, y son quienes en la contemporaneidad no tienen acceso a la

⁹ Esto no significa que la totalidad de ciudadanos mirados como potenciales usuarios de un servicio público prestado por particulares que están en el juego de oferta y demanda no merezcan igual dedicación al estudio, y a la protección de sus derechos, su libertad y dignidad. Considero que esa es una labor pendiente para la academia colombiana.

compra de un producto llamado servicio de salud. Y en cuanto a la población vulnerable, me refiero, para el caso de la salud en específico a los enfermos, considero que todo ser humano que padece de cualquier afección que disminuye su bienestar físico o mental se encuentra en evidente estado de debilidad y vulnerabilidad frente al resto de la sociedad. Pensando en este grupo humano se ha concebido este trabajo.

CAPITULO I

1. EL DERECHO A LA SALUD

Aspectos históricos

En este capítulo se analizan las diferentes posiciones de la salud como derecho fundamental, haciendo un recorrido por la historia de los Derechos sociales, económicos y culturales –DESC-. Además se mostrará una panorámica de la visión que hasta el momento se ha tenido de los –DESC- en Colombia y se plantearán las principales preocupaciones que la existencia del mismo genera. De esta manera, agotado el primer capítulo emprenderemos el estudio de la teoría del derecho social fundamental a la salud en Colombia, a la luz de la teoría del concepto de derecho social fundamental del tratadista Rodolfo Arango Rivadeneira.

1. LA SALUD Y EL DERECHO DE LOS HOMBRES A TENERLA. BREVES APUNTES DE CÓMO SE LLEGÓ A ESTA CONCEPCIÓN

El derecho a la salud hace parte de los denominados derechos sociales, económicos y culturales (DESC), lo cual es el punto de partida en su estudio, y el único sobre el cual no existe discusión. El carácter fundamental del derecho a la salud se discute teóricamente, al igual que los mecanismos para su protección¹⁰. A continuación trabajo de forma breve algunos aspectos históricos de los DESC en general. Hablar de DESC es hacerlo acerca de los derechos humanos, su recorrido y aceptación como esenciales para la existencia del hombre, y como el resultado palpable del consenso entre las naciones como organizaciones avanzadas de la vida en

¹⁰ Fenómeno similar ocurre con la mayoría de DESC.

sociedad¹¹. En este sentido la trayectoria histórica de los derechos humanos está apreciablemente organizada y existe abundante trabajo teórico que lo comprueba. Existen muchas razones y argumentos para aducir que los derechos sociales no son fundamentales. Los mismos han sido estudiados, analizados y controvertidos. Entre los autores relevantes que asumen una postura a favor de su existencia, estructuración jurídica, filosófica y política como derechos fundamentales¹² (ya sea en forma moderada o amplia) encontramos a Robert Alexy¹³, Ernest Tugendhat¹⁴, Frank I. Michelman¹⁵, Jürgen Habermas¹⁶, Guillermo Escobar Roca¹⁷ y en Latinoamérica Rodolfo Arango Rivadeneira, Carlos Santiago Nino, Luigi Ferrajoli, Carlos Bernal Pulido, Víctor Abramovich y Christian Courtis.

1.1 LA PRIMERA GENERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. EL INICIO DE UNA TRADICIÓN CON PRETENSIONES DE INMORTALIDAD

Los derechos humanos son, ante todo, un concepto histórico¹⁸. En este sentido, no es difícil imaginarse que la humanidad viviente al momento de la gestación por vez primera de la expresión *derechos del hombre*, tenía intereses, valores, necesidades e ideales muy distintos a los de un hombre contemporáneo. Sobre los derechos humanos existe consenso en los teóricos, quienes coinciden en afirmar que la

¹¹ El estudio que se detalla a continuación, además de breve, dista abiertamente de pretensiones de rigurosidad y extensión que caracterizaría a un trabajo dedicado exclusivamente a los aspectos históricos de los derechos humanos.

¹² Me he guiado por los teóricos citados por Rodolfo Arango Rivadeneira y las citas 4, 5, 6, y 7, que realizó a continuación son tomadas en su totalidad de su obra., *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005.

¹³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid 1997 (Frankfurt 1996).

¹⁴ Ernest Tugendhat, *Lecturas sobre ética* (1993).

¹⁵ F.I Michelman, "In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice, *University of Pennsylvania Law Review* 121 (1973). Obra citada por Rodolfo Arango Rivadeneira, op. Cit. Cita 52. Pág. 255

¹⁶ J. Habermas. *Facticidad y Validez*. (Frankfurt 1994, Madrid 1998).

¹⁷ Guillermo Escobar Roca. *Introducción a la Teoría jurídica de los derechos humanos*. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá; Madrid. Trama editorial, 2005.

¹⁸ Guillermo Escobar Roca. *Introducción a la Teoría jurídica de los derechos humanos*. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá; Madrid. Trama editorial, 2005. Pág. 3.

institución denominada derechos humanos como concepto y fenómeno jurídico y político se ubica en la época moderna¹⁹ y específicamente a partir de la revolución francesa. Lo anterior no significa desconocer el legado filosófico de las edades Antigua y Media que contribuyeron, con su noción de lo justo y lo digno para el hombre (desde varias perspectivas), a presentar aportes a la tradición humanista y a la concepción futura de los derechos humanos. Otro aspecto que se debe señalar es que el fenómeno de creación de una teoría de los derechos del hombre como la que se conoce hoy día ha sido una característica de la civilización occidental universal, principalmente.

1.1.1. Antecedentes modernos. La salud en la Edad Antigua y la Edad Media

Sobre la salud en la antigüedad y en la Edad Media²⁰, hay una incipiente reglamentación del ejercicio de la medicina, bastante rudimentaria, que se limita precisamente a controlar la profesión del médico y el monopolio masculino de su ejercicio²¹. Nada puede mostrarse dentro de esta cultura de la protección o garantía

¹⁹ Refiriéndose a los derechos humanos Guillermo Escobar Roca señala “ el proceso histórico de surgimiento, consolidación de esta categoría [derechos humanos] va desde los albores de la Modernidad (siglos XV y XVI) hasta nuestros días. Cifr. Ibidem

²⁰ Sobre el legado de la Edad Antigua y Edad Media se cita también la obra de Escobar Roca: “En la Edad Antigua y en la Edad Media encontramos algunos precedentes remotos de los derechos humanos. Pensadores antiguos, como Confucio (551-479 a. C) o Aristóteles (384-322 a.C), por citar los de mayor influencia en sus respectivos ámbitos culturales, así como determinadas corrientes de pensamiento, como el estoicismo y el cristianismo primitivo avanzaron algunas ideas a favor del individualismo, pero el contexto sociopolítico impidió su desarrollo. Resulta significativo comprobar, por ejemplo, como buena parte de estos autores justificaron la esclavitud, demostrándose así que los *derechos* por ellos defendidos resultaban ajenos al principio de dignidad de la persona, y por tanto al concepto mismo de los derechos humanos. Si bien en la época medieval aparece una serie de documentos (cuyo exponente más conocido es la Carta Magna de 1215) que obliga al poder político a respetar determinadas posiciones individuales, tales como la propiedad privada o la inviolabilidad del domicilio, se trata de textos muy diferentes a las modernas declaraciones de derechos, de las que difieren sobre todo por su extensión (situaciones concretas reconocidas a favor de los individuos, pero no como personas sino como miembros de un determinado grupo social) y expresión jurídica (pactos, fueros o compromisos, no normas generales). Op. Cit. Pág. 4.

²¹ Respecto a la situación de la salud en la edad antigua y medioevo, el Colectivo de abogados Jorge Alvear Restrepo realizó un estudio histórico denominado “*Derecho a la salud*” que cito por ser uno de los trabajos colombianos más completos, como recuento y ambientación de las distintas épocas, mirando exclusivamente la salud, para mirar el contexto de la salud y su protección: “Con la implantación y consolidación del cultural de la época recomiendo y cito uno de sus apartes: modelo de Estado Feudal y el influjo de la iglesia se generan controles y concentración de numerosas actividades sociales y culturales, que se consideran de importancia para el ejercicio de lo político, fundamentados en los argumento sobre el bien y el mal; de estas medidas no se salva lo terapéutico, pues hasta entonces, siglo XIV, numerosas actividades terapéuticas estaban en manos de mujeres que eran las encargadas de atender los partos y tratar a los niños, así como recetar para dolencias que fueran

de la misma a los ciudadanos. El derecho a la salud es incompatible con este momento histórico.

1.1.2 La salud en la Edad Moderna

En la modernidad encontramos el inicio de la estructuración de una teoría de los derechos del hombre. Los derechos humanos son su producto²². Sobre este punto Escobar Roca señala que la conjugación de aspectos políticos y éticos (un desarrollo filosófico que se traduce en el humanismo) contribuyó de forma esencial a ello:

“su consolidación en la cultura occidental sería impensable al margen de los elementos que definen a aquélla [la modernidad] en el plano ético-político, a saber: la separación entre la Moral y el Derecho y entre la religión y el estado, el derrumbe del orden feudal-estamental y el surgimiento de una sociedad de individuos que se presumían, al menos formalmente, libres e iguales”²³

Con la modernidad inicia un proceso que se desarrolló en los planos filosófico y político, que se consolidaría de forma definitiva con las revoluciones burguesas, y que finalmente se traduciría en el sistema jurídico de la época con las declaraciones de derechos humanos norteamericana y la francesa, **Declaración de Derechos de Virginia (1776) y Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), respectivamente. Los derechos humanos del Siglo XVIII se conciben como derechos**

comunes. En este siglo -XIV- aparecen los primeros decretos de reglamentación del ejercicio profesional terapéutico, autorizando su ejercicio únicamente a los médicos diplomados y como una actividad exclusiva para los hombres, excluyendo del ejercicio de la profesión a las mujeres; de ésta manera comienza la significativa modificación de la actividad terapéutica, llevando consigo efectos de transformación social y cultural para las comunidades, al ir involucrando el poder político en la atención de problemas, considerados domésticos, quedando aún como actividad terapéutica el ejercicio de las parteras, las que mantenían todavía prestigio. Pero luego, en el Siglo XVII, se dictaron leyes que castigaban con multas y encarcelamiento el ejercicio ilegal de los partos. No obstante en el Siglo XVIII, las dificultades para los partos, el acceso a profesionales, el alto costo de atención y la legitimidad que tenían las parteras generó mecanismos de autorización, tales como, certificaciones expedidas por los sacerdotes, quienes certificaban la idoneidad de la comadrona; luego con la revolución Francesa dichas certificaciones fueron expedidas por las autoridades civiles.” Página web del Colectivo de Abogados Jose Alvear Restrepo. Lunes, 13 junio 2005. Derecho a la salud. Última actualización viernes 12 de enero de 2007.

²² Guillermo Escobar Roca. “Los derechos humanos son un producto de la Modernidad”. Op. Cit. Pág. 4.

²³ Guillermo Escobar Roca. “Los derechos humanos son un producto de la Modernidad”. Op. Cit. Pág. 4.

naturales, hay un alto componente lusnaturalista. En las declaraciones de derechos se encuentra el primer antecedente organizado, como cuerpo autónomo de derechos del hombre como Derechos humanos, vistos como instrumentos de poder y jurídicos. Tal como indica Escobar Roca ambas declaraciones tienen la característica de ser una evidencia del desmonte del Estado absolutista y la formación de un Estado de derecho que tiene como principal objetivo la división del poder ejercido por el monarca como mecanismo para su control por parte del resto de la sociedad, por ello constituyen un mínimo de garantías de corte individual y de protección de los ciudadanos frente al estado, no aparecen entonces los DESC como componente de la revolución liberal del siglo XIX, se le cita a continuación:

“el catálogo de derechos reconocidos es un catálogo mínimo, reducido básicamente a los derechos de seguridad, libertad y propiedad, y el Estado no tiene más finalidad, al menos en la teoría, que el mantenimiento de la libertad. De esta forma, en las primeras Constituciones del liberalismo político raramente hay referencias a los derechos sociales ni a las tareas positivas del poder público”²⁴.

Los derechos humanos tanto *en Francia como en Estados Unidos, son concebidos, ante todo, como instrumentos de defensa ante el poder del Estado*²⁵. En este punto no hay referencia alguna de obligaciones del estado, o de la sociedad, de prestaciones sociales o asistencialistas. El derecho a la salud aún no se vislumbra como tal. La protección de la salud de los ciudadanos continúa siendo un asunto de esfera individual. Existía la figura del médico a quien debía remunerársele su servicio, lo cual

²⁴ Guillermo Escobar Roca. Op. Cit. Pág. 9 y 10.

²⁵ No obstante la contemporaneidad de los estados de derecho norteamericano y europeo “Las dos grandes revoluciones burguesas tienen lugar en contextos sociopolíticos y en tradiciones culturales sensiblemente distintas. (...) los norteamericanos ponen el énfasis en la necesidad de limitar al poder político, incluso al poder legislativo (...) desde el primer momento y sobre todo a partir de 1803 (Sentencia Marbury versus Madinson, del Tribunal Supremo), la constitución resultó ser plenamente normativa (...) los derechos en ella reconocidos fueron vinculantes para el legislador y exigibles ante los tribunales. No hay grandes obstáculos en los Estados Unidos a la consideración de los jueces como últimos garantes de los derechos. (...) Por el contrario, los revolucionarios franceses confían en la sabiduría y la justicia de la ley, concebida como emanación de la voluntad general y, por consiguiente, ajena por definición a la injusticia y a la opresión”. Uniendo esto a la tradicional desconfianza francesa en los tribunales, heredada del Antiguo Régimen, se comprenderá que la supremacía de la Constitución no cuajará con facilidad en Europa.” Guillermo Escobar Roca. Op. Cit. Pág. 9 y 10.

implica la destinación de bienes o recursos para ello. La población pobre debía acudir al asistencialismo brindado por la Iglesia y algunos particulares ²⁶, se mantiene la legislación respecto a la salud sólo como regulación del ejercicio médico profesional.

1.2 La segunda generación de derechos humanos. El tránsito a la evolución

El Estado de Derecho decimonónico y la ideología liberal tuvieron su primera crisis al final del Siglo XX. A partir de ese momento, y hasta finales de la segunda guerra mundial se inicia un cambio radical en la ideología universal respecto a las obligaciones del Estado con sus ciudadanos, y también de los valores que guiarían la vida de los hombres en sociedad.

1.2.1 La libertad se hace más compleja y se entrelaza con la dignidad humana

Las ideas de solidaridad son más frecuentes cuando se evidenció que la libertad (anhelo liberal) requería de unos presupuestos materiales necesarios y previos para su realización. Esto repercutió directamente en el ejercicio democrático y su funcionamiento como forma de gobierno accesible y eficaz. En ese proceso fue vital el surgimiento de la clase proletaria resultado de las creaciones de los talleres y fábricas en las ciudades que vinieron a captar las masas de pobres, mujeres y campesinos. Esta población toma conciencia de la imposibilidad del acceso a los beneficios de las declaraciones de derechos de la época. La libertad no era tan sencilla de disfrutar para quienes carecían de recursos económicos o patrimoniales. Se puede observar que a libertad está estrechamente relacionada con la dignidad, pero para ejercerla se necesitan unas condiciones mínimas, sin las cuales, ésta se reduce a una utopía.

²⁶ “Hasta finales del siglo XIX cada persona era responsable de sí misma en la atención en salud; a la vez, la iglesia consideraba esta responsabilidad también como una obligación religiosa, organizando hospitales y asilos bajo responsabilidad de las autoridades eclesiales como últimos garantes de los derechos” Página web del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Lunes, 13 junio 2005. Derecho a la salud. Última actualización viernes 12 de enero de 2007.

El derecho a la libertad comienza a denotar su gran complejidad. La libertad tiene una acepción negativa²⁷, y otra positiva, indispensable la una como la otra. Según el profesor Isaiah Berlin *“En un nivel estos dos conceptos resultan siendo lo mismo. Ambos se ocupan de la extensión de nuestro posible conjunto de decisiones”*²⁸.

Se considera que a la libertad negativa, se le antepone la libertad positiva. Esta última es, en términos más precisos, la *“capacidad “[...] para ser alguien [...] ser consciente (uno mismo) como ser pensante, activo y con voluntad, responsable de sus (propias) elecciones [...]”*²⁹. Partha Dasgupta define la libertad positiva como *“la capacidad de una persona para funcionar. Y la capacidad de una persona para funcionar depende de sus características personales, de su dominio sobre bienes y recursos, del uso de bienes y recursos que hacen otros en su comunidad, etc. Lo que normalmente se denomina “necesidades básicas”*³⁰. Entiéndase que un ser humano con necesidades básicas³¹ insatisfechas, arduamente *podrá funcionar*, o estar interesado en ejercer y defender sus ideas o proyecto de vida, elegir gobernantes, participar activamente en la democracia. Se concluye, entonces, que quien no tiene garantizada la libertad positiva, pues probablemente no tendrá satisfechas sus necesidades básicas, y un ser con necesidades básicas insatisfechas, es un ser indigno, además de no libre.

²⁷Entendiéndose por ésta, sin el rigorismo intelectual que una definición tan importante amerita, y que supera abiertamente el objeto de este trabajo, la *“libertad de no ser coaccionado [...] libertad frente a la interferencia estatal”, o, (...) la ausencia de “[...] interferencia deliberada de otros seres humanos (o agencias humanas) en el área en la que (uno) podría actuar de otra manera”*. Isaiah Berlín (1969), autor citado por Partha Dasgupta, éste último economista y profesor de la Universidad de Cambridge, Inglaterra. Ver “Libertad positiva, mercados y estado de bienestar”; Estudios de Filosofía y Derecho N°7, Universidad Externado de Colombia, págs. 16 y 19; Abril 2004; Bogotá Colombia.

²⁸ Autor citado por Partha Dasgupta. Ver “Libertad positiva, mercados y estado de bienestar”; Estudios de Filosofía y Derecho N°7, Universidad Externado de Colombia, pág. 19; Abril 2004; Bogotá Colombia.

²⁹ Cfr. Ibid.,pág.19.

³⁰ Cfr. Ibid.,pág.20.

³¹ David Wiggins sostiene que las necesidades básicas son *“aquellas condiciones necesarias para alcanzar un fin. Las necesidades básicas no son lo que los hombres desean, sino lo que les permite llevar y desarrollar una vida humana”*. Martha Nussbaum define las necesidades básicas de los hombres como *“los recursos y las condiciones necesarias para actuar como más les convenga y lograr que las oportunidades estén efectivamente disponibles”*. Autores citados por PAULETTE DIETERLEN en “LA POBREZA: UN ESTUDIO FILOSOFICO”. Instituto de Investigaciones Filosóficas. Universidad Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. Págs. 62 y 67. 2003. México.

El problema de la libertad es que su garantía es un asunto directamente relacionado con la naturaleza misma del sistema democrático. La democracia tiene entre sus bases estructurales la libertad, la cual se estipula como derecho. En este punto se retorna a una idea ya planteada, la libertad mirada como acción o alternativa de acción del individuo frente al Estado tiene dos acepciones, la negativa y la positiva, ya se conocen los significados de ambas³².

La negativa, mirada como facultad que implica apoyo estatal, requiere de unas condiciones sin las cuales es una utopía, por ello es importante consagrar y garantizar la positiva, es decir las condiciones materiales para ejercer la libertad negativa. Tanto las condiciones materiales de la libertad -la satisfacción de las necesidades básicas para la existencia humana-, como la posibilidad política de decidir y elegir, de ser ciudadano, son esenciales para un concepto integral de libertad del hombre. Un concepto integral de libertad posibilita la existencia de ciudadanos libres, con acceso a la construcción de una sociedad democrática.

1.2.2 El Estado Social y las necesidades básicas

La idea de libertad, con el transcurrir histórico se entrelaza con la dignidad humana, y la igualdad. El estado de derecho francés al crear valores como igualdad y libertad, sin dotar a los ciudadanos de instrumentos legales para su accesibilidad, los alejó de la mayoría. La crisis del sistema liberal contribuyó a la gestación y consolidación del Estado de Bienestar y finalmente de los estados constitucionales y sociales de derecho, un proceso que duró aproximadamente desde finales del Siglo XIX y hasta finalizar la segunda guerra mundial³³ en 1945, Siglo XX. La evidencia e importancia

³² Ver Arango Rivadeneira, Op. Cit, pág. 23.

³³ Al respecto se cita el trabajo de MÓNICA ARBELAEZ RUDAS, sobre el derecho a la salud en Colombia, que ofrece una mirada desde el acceso a los servicios del Sistema General de seguridad social en salud. "El estado social se consolidó al finalizar la segunda guerra mundial como un nuevo paradigma de organización estatal que ofrecía a las frustraciones de las revoluciones burguesas (...) en el Estado social se parte de que, contrario a la lógica mantenida dentro del esquema del Estado Liberal clásico, los derechos de libertad no son absolutos y que dadas las características propias del mundo contemporáneo, no es posible su disfrute *per se* por el grueso de la población ya que las condiciones sociales desfavorables repercuten en detrimento de su eficacia. Para garantizar el pleno disfrute de los derechos de libertad se requiere además de una vinculación social de la libertad. Los derechos fundamentales (civiles y políticos) antes entendidos como *límites* a la acción estatal, son ahora entendidos como auténticos *finés* de la acción estatal que se consiguen a través de la garantía de la participación

de que el Estado solucionara la carencia de necesidades básicas de los ciudadanos en la posguerra repercutían cada vez más en el contexto político de esta época. Ese cúmulo de bienes necesarios para la existencia humana con dignidad y con posibilidad de elegir necesitaba ser respaldado, y se optó, por la vinculación de esas necesidades al sistema jurídico, esto es, las convirtieron en derechos. Sin embargo, desde su génesis se mostró la necesidad de *minimizar* el contenido de los mismos, es así que mientras, desde hacía ya mucho tiempo, se hablaba de las *grandes libertades*, ya se empieza a enfocar a las necesidades básicas como ese mínimo de bienes requeridos para existir, se cita al respecto:

“para lograr este propósito se incluye en el sistema de derecho, además de los clásicos derechos liberales, los derechos económicos, sociales y culturales mediante los cuales el Estado proporciona a los individuos un mínimo de condiciones necesarias para una digna existencia, o lo que es lo mismo, un mínimo existencial que incluya los medios necesarios para poder desarrollar su existencia sobre un espacio social efectivo”³⁴.

La reflexión acerca de por qué desde un principio se habló de derechos mínimos es muy difícil de responder. Entran en juego múltiples elementos. Considero que el más importante es que los derechos sociales iban destinados a los pobres de la época, población que siempre ha sido considerada como el “tropiezo a los objetivos de acumulación de riqueza y de porvenir”, en ocasiones ideas acompañadas de sentimientos abiertos de desprecio contra su debilidad y vulnerabilidad³⁵; otro elemento influyente es el temor a un regreso de la ferocidad del absolutismo estatal. Un mínimo de derechos a cargo del Estado implicaba no sólo ahorro de recursos, sino

de los ciudadanos en la vida económica social y cultural en igualdad de condiciones”. Derecho a la salud en Colombia. Centro de Investigación y Educación popular, Cinep. Ediciones Antropos. 2006 Pág. 36 y 37.

³⁴ MÓNICA ARBELAEZ RUDAS. Derecho a la salud en Colombia. Centro de Investigación y Educación popular, Cinep. Ediciones Antropos. 2006 Pág. 36 y 37.

³⁵ Sobre la visión de la época “(...) la burguesía consideraba a los obreros como envidiosos, desquiciados por groseros apetitos, pero se preocupaba por incluir a esos seres brutales en nuestra especie: de no ser hombres y libres ¿Cómo podrían vender libremente su fuerza de trabajo?”. FRANTZ FANON. Los condenados de la tierra. Tomado del prólogo de Jean-Paul Sartre. Fondo de Cultura económica. Tercera edición. Undécima reimpresión. México.

actuación del mismo, lo que significaba atender con el control a su actividad, puesto que aún son muy recientes las revoluciones burguesas, y el fantasma del rey todavía pesa de forma sustancial en el imaginario de la sociedad europea, en general, y de los líderes revolucionarios liberales, en particular, que son quienes, en últimas van a determinar el giro de los cambios de la estructura estatal, del sistema jurídico y de los derechos del hombre.

Una posible respuesta a este problema histórico pudo ser, que se mirara el cumplimiento de las necesidades básicas de los ciudadanos pobres y vulnerables como un ejercicio, que configurara un ejercicio indemnizatorio de la violencia y abusos contra la persona protagonizadas por el Estado Absolutista. También como un mecanismo de control al poder estatal, y a su vez de justificación de existencia del Estado, porque es él quien asume la responsabilidad y el costo de los sectores vulnerables de la sociedad, que los ciudadanos particulares no pueden asumir directamente. Sin embargo, este no fue el curso ni la respuesta que los revolucionarios burgueses liberales del Siglo XIX decidieron, y fue más tarde, a finales de este siglo, con la crisis del liberalismo, cuando se evidenció la urgente respuesta a la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos, y especialmente la de aquellos que no contaban con medios propios.

1.2.3 La salud como derecho en el estado social, finales del Siglo XIX e inicio del XX

El Estado social tiene como finalidad principal la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos articuladas mediante derechos sociales o de prestación³⁶. En materia de derechos sociales, de forma individual cada uno de los derechos que conforman el cuerpo DESC ha tenido su propia dinámica y dificultades³⁷. Dentro del

³⁶ Guillermo Escobar Roca. Op. Cit. Pág. 13.

³⁷ La igualdad de trato clásica del Estado decimonónico da paso a la igualdad material o efectiva, partiendo de la base de que los individuos no llegan al mercado "en estado de naturaleza" y por tanto no se incorporan a la sociedad en igualdad de condiciones, sino que cargan consigo toda una serie de ventajas y desventajas. Lo decisivo para el Estado social será la consecución de la igualdad social, entendida como la garantía de la justicia social. MÓNICA ARBELAEZ RUDAS. Derecho a la salud en Colombia. Centro de Investigación y Educación popular, Cinep. Ediciones Antropos. 2006 Pág. 24.

contexto del surgimiento de los derechos económicos y sociales a cargo del estado, la salud también tuvo unas características muy propias. Una de ellas es que las primeras legislaciones que la regulan de forma integral y con repercusión social e histórica a finales del Siglo XIX en Alemania³⁸, Inglaterra³⁹ y, posteriormente en Francia⁴⁰, que políticamente hablando tuvo un perfil contractualista en oposición al régimen absolutista de este último país⁴¹. Debe resaltarse que la legislación de la época estuvo orientada a una política de aseguramiento, que independientemente de estar en cabeza del Estado, tenía como objetivo principal la atenuación de los riesgos de accidentes de los trabajadores durante la jornada de trabajo. De igual forma se evidencia la hermandad entre derecho o legislación del trabajo y la seguridad social, desde un enfoque de seguro necesario para garantizar y dotar, de una estabilidad mínima el desarrollo de la vida empresarial, y consecuentemente laboral del siglo XX. A continuación, más que características podemos identificar dos situaciones problemáticas que la gestación del derecho a la salud presentó. La primera de ellas es que no se concibió como un derecho universal, inherente a todos los seres humanos, por naturaleza, sino que por el contrario, surge como un derecho de clase,

³⁸ Ver sistema de seguridad social de Otto Van Bismark en la Alemania de 1881. NATALIA PAREDES HERNÁNDEZ. "Derecho a la salud. Su situación en Colombia". Centro de Investigación y Educación Popular. Ediciones Antropos. Bogotá, Enero de 2003. Pág. 15.

³⁹ En 1942 ya funcionaba en Inglaterra el sistema de seguridad social, se cita: "Después de Bismark fue significativa la presentación que en 1942 hizo Sir William Beveridge del informe El Seguro social y sus servicios correlativos, que tenía el objetivo de evitar que Gran Bretaña volviera al anterior sistema de desigualdades sociales" NATALIA PAREDES HERNÁNDEZ. "Derecho a la salud. Su situación en Colombia". Centro de Investigación y Educación Popular. Ediciones Antropos. Bogotá, Enero de 2003. Pág. 15.

⁴⁰ "Desde 1946 aparece una cláusula en tal sentido en el marco de la Constitución francesa de ese año (y que se mantendrá posteriormente en la Carta de 1958) en la cual se lee "la Nación asegura a todos, principalmente a los niños, a las madres y a los trabajadores, la protección de la salud..." Mónica Arbelaez Rudas. Derecho a la salud en Colombia. Centro de Investigación y Educación popular, Cinep. Ediciones Antropos. 2006 Pág. 36 y 37.

⁴¹ "El modelo de seguro social, basado en la solidaridad entre trabajadores, empleadores y Estado, fue implementado como parte de la responsabilidad pública del Estado Por Otto Van Bismark en Alemania, en 1881, sobre la base de intentos similares de menor escala hechos en Austria, Francia y Bélgica. Bismark y los diseñadores del nuevo esquema de protección social eran conscientes de la de la posición de debilidad de los trabajadores y no creían en las soluciones del mercado. En el nivel político el seguro social fue parte de la construcción de la República germano-prusiana, que integraba Estados independientes, y como medida deliberada para incluir en ella al proletariado industrial emergente." NATALIA PAREDES HERNÁNDEZ. "Derecho a la salud. Su situación en Colombia". Centro de Investigación y Educación Popular. Ediciones Antropos. Bogotá, Enero de 2003. Pág. 15.

y para ser más específicos, de la clase obrera o trabajadora⁴². El papel del Estado no aparece claro, no obstante tener la titularidad de la obligación de la garantía de la salud, el responsable directo e interesado en la protección de la salud de los trabajadores es el empleador. El estado, considero, asume la responsabilidad de la seguridad social de los trabajadores, solidariamente con los empresarios. El empresario personifica un nuevo rol social que va a cobrar importancia tanto en este momento histórico, como en el siglo venidero, en donde el desarrollo industrial implicará el aseguramiento de los trabajadores como elemento esencial en la protección de la propiedad privada⁴³.

Otro aspecto problemático es la población pobre y vulnerable, entendiéndose por tal los pobres, niños, ancianos, mujeres y mendigos. La salud de los pobres fue un problema, y sigue siéndolo⁴⁴, y constituye quizás uno de los más importantes en la contemporaneidad. Esto evidencia que una de las barreras ideológicas que agrava la situación del derecho a la salud y su carácter fundamental es la protección del mismo a la población pobre y vulnerable. Se observa entonces como a partir de la revolución industrial la salud se va perfilando como una necesidad básica que involucra al Estado en la medida en que existen poblaciones muy específicas que necesitan que esta prestación les sea garantizada, ya se ha dicho que estos sectores humanos son por una parte la clase trabajadora, y por otra el cuerpo conformado por pobres,

⁴² “Después del siglo XIX se produce un conflicto entre burguesía y trabajadores y aparece la posibilidad de eliminar la desigualdad social a través de acciones de carácter público. El derecho laboral se monta sobre la base de que existe la desigualdad y el Estado debe entrar a regular las relaciones de trabajo, para superarla. Los derechos sociales son adquiridos después de los civiles y políticos, tiene como promotores a la clase obrera y al movimiento socialista y son satisfechos a través de instituciones estatales”. NATALIA PAREDES HERNÁNDEZ. “Derecho a la salud. Su situación en Colombia”. Centro de Investigación y Educación Popular. Ediciones Antropos. Bogotá, Enero de 2003. Pág. 13.

⁴³ “A partir de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, se empieza a hablar de la salud como un derecho, lo que supone además la responsabilidad del Estado en labores de saneamiento, distribución de alimentos, regulación de condiciones de trabajo y atención especial de salud a los grupos mas vulnerables con los trabajadores, las mujeres, los niños, los ancianos, los campesinos y los discapacitados, entre otros. El desarrollo de grandes empresas y fábricas generó nuevas condiciones de vida para la población. Esa situación dio lugar a la intervención del estado, asociada sin embargo a la lucha contra la proliferación de los indigentes, mendigos y vagabundos, surgidos en ese momento de las masas de trabajadores del campo que no tuvieron oportunidad de ingresar al sistema.” Página web del Colectivo de Abogados Jose Alvear Restrepo. Lunes, 13 junio 2005. Derecho a la salud. Última actualización viernes 12 de enero de 2007.

⁴⁴ El gran problema de la población pobre y vulnerable de la contemporaneidad es que la misma sigue siendo uno de los puntos más álgidos en la discusión del derecho a la salud, enmarcado dentro un sistema de seguros y de venta de servicios de salud por particulares.

mujeres mendigos, niños, y ancianos⁴⁵, justo quienes no podían trabajar y quedaban como cuerpo humano emergente del sistema laboral. El mecanismo que caracterizó la participación del Estado en esta época fue la legislación, la cual además está desprovista del contexto constitucionalista que más adelante se empezaría a gestar. Son legislaciones muy específicas, dentro del contexto de legislación industrial, es así como a finales del Siglo XIX “surgen las primeras leyes industriales que contienen disposiciones relativas a la salud. Así se destacan leyes como: ley sobre la salud moral de los aprendices (Inglaterra, 1802) y la Ley de Salud Pública (Inglaterra 1848). De igual forma, se elaboran leyes tendientes a regular la explotación de las mujeres y los niños.

En general, se considera que las leyes que garantizan el derecho a la atención de la salud se originan con la Revolución Industrial. A consecuencia de la mecanización y el

⁴⁵ Sobre este punto vuelvo a respaldarme en el importante estudio histórico del Colectivo de Abogado de abogados José Alvear Restrepo, quienes con un seguimiento histórico y de forma crítica abordan el tema de la salud. “De igual forma, se elaboran leyes tendientes a regular la explotación de las mujeres y los niños. En general, se considera que las leyes que garantizan el derecho a la atención de la salud se originan con la Revolución Industrial. A consecuencia de la mecanización y el aumento de la productividad, fue posible en esa época proporcionar cierto grado de protección a la salud de los trabajadores, quienes durante siglos habían sido considerados como elementos de trabajo fácilmente reemplazables; del mismo proceso del que surgieron las fábricas, la economía de mercado y las grandes ciudades, surgieron también los problemas de salud que plantearon la necesidad de evitar las enfermedades y proteger la salud. La atención en salud, si bien fue establecida mediante leyes, fue resultado de las grandes movilizaciones por la defensa de la salud pública y el bienestar social que desarrollaron los trabajadores de la época, consiguiendo el reconocimiento del derecho a la atención de la salud tanto para la sociedad en su conjunto como para los trabajadores en particular. A partir de estos hechos históricos se dan las discusiones sobre el derecho a la salud y su formulación; entre otros, tendremos en cuenta un debate dado con base en tesis naturalistas para explicar el alcance jurídico del derecho a la salud, debate que nos parece de vital importancia por darse en el marco de la revolución industrial: muchos han señalado este derecho como inalcanzable por cuanto las limitaciones naturales, los achaques de la edad y las enfermedades incurables impedirán que se alcance el estado de bienestar físico y emocional, para ello se basan filosóficamente en las tesis del derecho natural, manifestando que: si los derechos naturales dimanar de la naturaleza que Dios ha otorgado al hombre, y si la naturaleza que Dios ha otorgado al hombre impide que se alcance la salud (debido al proceso de envejecimiento, los defectos y trastornos genéticos y otros impedimentos) es evidente entonces que no fue intención de Dios que los seres humanos tuvieran derecho natural a la salud. No obstante para darle alcance normativo se comenzó a acudir al derecho a la igualdad en la dignidad humana (porque la igualdad material, con el argumento anterior queda sin posibilidades), donde existe un nivel mínimo de trato digno que se debe brindar a todos los seres humanos, De ese modo ubicaron el concepto en el marco jurídico de los derechos y los deberes, privilegios y obligaciones correlativos. Los derechos humanos corresponden a las personas; el deber correlativo corresponde a la comunidad de las demás personas, expresada en la sociedad que actúa por medio del gobierno. Los derechos son Individuales; los deberes son sociales. Pues bien, el proceso de reconocimiento y consagración del derecho a la salud vino de la mano de los procesos de evolución y desarrollo, tanto del modelo de acumulación y producción del capital, como de la construcción del modelo de Estado – Nación donde se regula lo público y como tal se llegaron a considerar los problemas epidemiológicos que se generaron con la construcción de las ciudades, el establecimiento de las industrias, etc; definitivamente, el derecho a la salud como posibilidad de vida tuvo como sustento numerosos muertos, otra paradoja de la historia de la humanidad.” Derecho a la salud. Página web del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Lunes, 13 junio 2005. Derecho a la salud. Última actualización viernes 12 de enero de 2007.

aumento de la productividad, fue posible en esa época proporcionar cierto grado de protección a la salud de los trabajadores, quienes durante siglos habían sido considerados como elementos de trabajo fácilmente reemplazables; del mismo proceso del que surgieron las fábricas, la economía de mercado y las grandes ciudades, surgieron también los problemas de salud que plantearon la necesidad de evitar las enfermedades y proteger la salud”⁴⁶.

Con el siglo XX la legislación se perfecciona y se insertan DESC en textos constitucionales, pero no obstante la existencia de constituciones como la de México de 1917 (Constitución de Querétaro), la de Alemania de 1919 (Constitución de Weimar) y la de España de 1931⁴⁷, las mismas no tienen la obligación de vinculación normativa al ordenamiento jurídico.⁴⁸ Por este motivo no puede hablarse de una equivalencia entre estado social y estado constitucional, en tanto este último además de declaraciones positivas de los DESC se les da el carácter vinculante al ordenamiento jurídico y los mismos se pueden hacer exigibles por medios distintos a las políticas sociales, más adelante veremos otros aspectos del Estado Constitucional.

1.2.4 El Derecho a la salud y la dignidad humana se *constitucionalizan*. La segunda postguerra europea y el estado constitucional

El Fascismo en Europa fue un acontecimiento histórico muy influyente en despliegue de mecanismos de protección de los ciudadanos y “demostró la debilidad de los incipientes logros de los movimientos democrático y socialista”⁴⁹. Ello abrió paso a una nueva discusión histórica sobre el constitucionalismo y los derechos humanos como principios orientadores del sistema jurídico y de la vida en sociedad, y por supuesto generó una amplia crítica al Estado de Derecho de corte liberal, y los

⁴⁶ Derecho a la salud. Página web del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Lunes, 13 junio 2005. Derecho a la salud. Última actualización viernes 12 de enero de 2007.

⁴⁷ Guillermo Escobar Roca. Op. Cit. Pág. 13.

⁴⁸ Op. Cit. Pág. 13.

⁴⁹ Guillermo Escobar Roca. Introducción a la Teoría jurídica de los derechos humanos. Centro de Iniciativas de Cooperación al Desarrollo (CICODE), Universidad de Alcalá; Madrid. Trama editorial, 2005. Pág. 3.

reconocimientos sociales sin instrumentos legales y sin la discusión del rol que desempeñarían tanto legislativo, gobierno y jueces.

Luego de las primeras legislaciones en materia de salud, el Siglo XX da inicio a la discusión sobre la naturaleza de las normas que la protegen. Debemos tener presente que la configuración de la salud como derecho, estuvo muy unida a la reafirmación de la noción de dignidad humana, más que a la corriente vitalista que tomó fuerza en algunos sistemas judiciales y jurídicos latinoamericanos, Colombia entre ellos. Y es precisamente en la segunda mitad del siglo XX cuando los estados europeos, constituidos como estados sociales de derecho, que además son estados constitucionales, reconocen la salud como derecho. Inglaterra, Alemania y Francia de acuerdo a su propia evolución ya han hecho el tránsito a una salud que es vista como derecho.

La salud, se mira como derecho⁵⁰ en tanto está relacionada con la dignidad humana de los ciudadanos de la época. Esto es una característica y una prueba de que inicia la vigencia y constitución de un estado que a partir de ahora se conocerá como el

⁵⁰ Debe tenerse en cuenta que aún en la crisis de la modernidad y la génesis de los movimientos socialistas y obreros se tiene en cuenta la discusión la controversia o apoyo al iusnaturalismo heredado de la antigüedad y el medioevo, la agitación social de este momento histórico provoca un fenómeno paralelo en lo político y lo social, y la suerte del derecho a la salud también se incluye, cito al respecto. “A partir de estos hechos históricos se dan las discusiones sobre el derecho a la salud y su formulación; entre otros, tendremos en cuenta un debate dado con base en tesis naturalistas para explicar el alcance jurídico del derecho a la salud, debate que nos parece de vital importancia por darse en el marco de la revolución industrial: muchos han señalado este derecho como inalcanzable por cuanto las limitaciones naturales, los achaques de la edad y las enfermedades incurables impedirán que se alcance el estado de bienestar físico y emocional, para ello se basan filosóficamente en las tesis del derecho natural, manifestando que: si los derechos naturales dimanar de la naturaleza que Dios ha otorgado al hombre, y si la naturaleza que Dios ha otorgado al hombre impide que se alcance la salud (debido al proceso de envejecimiento, los defectos y trastornos genéticos y otros impedimentos) es evidente entonces que no fue intención de Dios que los seres humanos tuvieran derecho natural a la salud. No obstante para darle alcance normativo se comenzó a acudir al derecho a la igualdad en la dignidad humana (porque la igualdad material, con el argumento anterior queda sin posibilidades), donde existe un nivel mínimo de trato digno que se debe brindar a todos los seres humanos, De ese modo ubicaron el concepto en el marco jurídico de los derechos y los deberes, privilegios y obligaciones correlativos. Los derechos humanos corresponden a las personas; el deber correlativo corresponde a la comunidad de las demás personas, expresada en la sociedad que actúa por medio del gobierno. Los derechos son Individuales; los deberes son sociales. **Pues bien, el proceso de reconocimiento y consagración del derecho a la salud vino de la mano de los procesos de evolución y desarrollo, tanto del modelo de acumulación y producción del capital, como de la construcción del modelo de Estado – Nación donde se regula lo público y como tal se llegaron a considerar los problemas epidemiológicos que se generaron con la construcción de las ciudades, el establecimiento de las industrias, etc; definitivamente, el derecho a la salud como posibilidad de vida tuvo como sustento numerosos muertos, otra paradoja de la historia de la humanidad** [resaltado al transcribir]. “Derecho a la salud.” Página web del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. Lunes, 13 junio 2005. Derecho a la salud. Última actualización viernes 12 de enero de 2007.

estado constitucional, el cual tiene entre sus premisas antropológicas la dignidad humana de sus asociados. La dignidad humana es la *principal premisa antropológico-cultural de un estado constitucional*⁵¹. En palabras del profesor Leopoldo Múnera Ruiz:

“De acuerdo con algunos de los desarrollos más elaborados en materia de teoría jurídica contemporánea, los rasgos que asume el sistema jurídico colombiano lo aproximan a un Estado Constitucional. Este tipo de configuración jurídico-política surge tras la finalización de la segunda guerra mundial y la derrota militar del fascismo y el nazismo, y, por consiguiente, sus principales núcleos de articulación están relacionados con la preservación de las libertades públicas, la formulación positiva de los derechos fundamentales y la consideración de la dignidad humana como su principal “premisa antropológico-cultural”⁵²”⁵³.

Señala Múnera Ruiz que *“todo ordenamiento constitucional debe girar alrededor de algunos ejes jurídico-políticos fundamentales e irrenunciables”⁵⁴⁵⁵*. En ese mismo sentido, el autor referenciado señala que *“Según Peter Häberle, los ejes irrenunciables del Estado Constitucional son la dignidad humana, la soberanía popular, la división de poderes (...) Estos constituirían mínimos inmodificables, incluso en el desarrollo del proceso constituyente⁵⁶ (...) por tal razón, se habla de un constitucionalismo rígido, en oposición a uno flexible, pues tiene características normativas inamovibles”⁵⁷.*

⁵¹ Idea del profesor Leopoldo Múnera Ruiz.

⁵² El autor Leopoldo Múnera, cita la obra de PETER HÄBERLE (2003), pág. 14.

⁵³ Leopoldo Múnera Ruiz, *“El poder político pastoral y la erosión del estado constitucional (El régimen político colombiano y el estatuto antiterrorista)”*, página 11.

⁵⁴ El autor Leopoldo Múnera, cita la obra de LUIGI FERRAJOLI (2000), pág. 161.

⁵⁵ Cfr. Ibid. Página 11.

⁵⁶ El autor Leopoldo Múnera, cita la obra de PETER HÄBERLE (2003), pág. 288.

⁵⁷ Cfr. Ibid. Página 11.

La dignidad de todas las personas pertenecientes a un estado constitucional es un imperativo para cualquier sociedad que pretenda ostentar ante la comunidad internacional esta denominación. El estado constitucional vino a cambiar la fundamentación y existencia de un concepto tan influyente y decisivo en la organización de las sociedades como lo es el Estado. Ahora el control del ejercicio de poder es sólo una discusión más dentro de la teoría del estado, y categorías como la dignidad humana son tan importantes como la libertad y entran a complementar la noción de igualdad. Así la salud asciende al plano de derecho y abandona el carácter exclusivo de prestación social regulada. La internacionalización del derecho se organiza. A partir de la constitución de la Organización de las Naciones Unidas - ONU- el plano internacional, la comunidad de las naciones, entra a acompañar en un orden jerárquico superior a los Estados nación individualmente constituidos y soberanos, sin que tal soberanía se entienda vulnerada.

2. EL DERECHO A LA SALUD EN EL CONTEXTO DE LA COMUNIDAD DE NACIONES UNIDAS. EL PANORAMA INTERNACIONAL

A partir del Siglo XX, la salud inicia el proceso de su reconocimiento y configuración como derecho humano fundamental en el plano internacional. La conformación de organizaciones de Estados para declarar su compromiso frente a los derechos del hombre es una prueba de ello. La protección de los derechos evoluciona en tanto se dota de instrumentos de coerción. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, la existencia de un ordenamiento jurídico internacional se consolida como representación del consenso de naciones y el carácter necesario del diálogo para la coexistencia pacífica de las sociedades contemporáneas, y para la solución de sus naturales y cotidianos problemas políticos, jurídicos, económicos y morales. Es la mejor forma de demostrar la evolución o crecimiento del pensamiento humano, del hombre mismo.

2.1 La legislación internacional

Las primeras declaraciones de derechos del hombre del siglo XVIII tenían como destino el estado o nación que las originaba (resultado de las revoluciones francesa e inglesa), y constituían, en su mayoría logros políticos derivados de luchas internas o emancipaciones. En el contexto de la segunda posguerra, en el Siglo XX estas declaraciones se vuelven comunes a los cincuenta y ocho Estados miembro de las Naciones Unidas, que en ese entonces la conformaban. Marcan un hito que contribuyó a la formación de otras organizaciones estatales y cívicas de carácter internacional que de acuerdo a sus objetivos luchan por diversas causas, incluyéndose entre ellas los DESC, o algunos de ellos en particular. Ha continuación presento las legislaciones internacionales más relevantes e influyentes en la contemporaneidad, en materias de protección del derecho a la salud como derecho humano fundamental.

2.1.1 La Organización mundial de la salud - OMS

En 1892 en Europa se crea como primer antecedente de instrumento del derecho a la salud la primera Convención Sanitaria Internacional, limitada a combatir y controlar el cólera⁵⁸. La Organización Mundial de la Salud se constituyó en 1946 en Nueva York por aprobación de la Conferencia Sanitaria Internacional, actualmente tiene presencia en todo el orbe y desde su constitución⁵⁹ ha defendido la existencia de un derecho humano a la salud, con una de las definiciones más progresistas de la salud que

⁵⁸ Ver antecedentes históricos de la Organización Mundial de la Salud, en su página Web, esta información ha sido tomada de este sitio.

⁵⁹ Cito un fragmento de los aspectos históricos que sobre la OMS aparecen en su página Web actualizada de febrero de 2007. “La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organizaciones Internacionales, al reunirse en San Francisco en 1945, aprobó por unanimidad la propuesta del Brasil y China de que se estableciera una nueva organización autónoma de salud internacional. En 1946 la Conferencia Sanitaria Internacional se reunió en Nueva York, en cuya ocasión se aprobó la Constitución de la Organización Mundial de la Salud y se estableció una comisión interina de la OMS. Esta comenzó sus tareas muy pronto, pues al año siguiente fue necesario prestar ayuda a Egipto para combatir una epidemia de cólera. El 7 de abril de 1948 entró en vigencia la Constitución de la OMS con 61 Estados firmantes. Desde entonces esa fecha se conmemora anualmente como Día Mundial de la Salud.” En la contemporaneidad tiene varias dependencias administrativas en el orbe: África, Mediterráneo Oriental, Europa, Asia Suboriental, Pacífico Occidental, América -Oficina Sanitaria Panamericana y Organización Panamericana de la Salud-

hasta el momento se haya constituido: “estado de completo bienestar físico, mental y social del individuo y no solamente la ausencia de bienestar o invalidez”. (...) derecho a conservar la plenitud de las facultades físicas y mentales”⁶⁰.

2.1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En ella de forma clara ya se reconoce la salud como un derecho humano fundamental, en su artículo 25⁶¹. En esta definición se observa que se mira la salud como un componente de un nivel de vida adecuado, de bienestar para los seres humanos. Considero que el gran avance de esta declaración es la vinculación de la salud como desarrollo de la noción de dignidad humana, y no la relación vitalista que se desarrollará más tarde por algunos tratadistas y que considero obedece principalmente a la tradición liberal de los derechos humanos.

2.1.2.1. El Pacto Internacional de Derechos sociales, económicos y culturales, de las Naciones Unidas

Con posterioridad la Organización de las Naciones Unidas va a regular e un pacto exclusivo de DESC el contenido y alcance de los mismos. La fecha de su creación por parte de la Asamblea General de la ONU es el 16 de diciembre de 1966, pero su entrada en vigor o vigencia es desde el 3 de enero de 1976. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado mediante Ley 74 de 1968.

⁶⁰ Esta definición de salud que maneja la OMS ha sido tomada de la obra de NATALIA PAREDES HERNÁNDEZ. “Derecho a la salud. Su situación en Colombia”. Centro de Investigación y Educación Popular. Ediciones Antropos. Bogotá, Enero de 2003. Pág. 71.

⁶¹ Se cita artículo 25 numeral primero de esta declaración “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; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”

Colombia lo ratificó el 29 de octubre de 1969. Entró en vigor el tres de enero de 1976. Conforme al PIDESC, Colombia debe rendir informes cada cinco años, sobre las medidas adoptadas y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el Pacto.⁶²

El PIDESC señala en su artículo 12⁶³ el alcance del concepto salud, desde una perspectiva muy amplia e integral⁶⁴. Las naciones Unidas han creado un comité institucional que se encarga del cumplimiento del pacto por los estados partes que adhirieron al mismo y que ejerce mediante observaciones, aspectos que denotan preocupaciones, sugerencias y recomendaciones. Las Naciones Unidas han desarrollado el respaldo filosófico e ideológico de los DESC en la noción de dignidad humana, para ello es vital la lectura del preámbulo del PIDESC,

“Los Estados partes en el presente Pacto, Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana, Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de

⁶² www.derechoshumanos.gov.co

⁶³ Artículo 12 del Pidesc, numeral 1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”

⁶⁴ 22º período de sesiones (2000). Observación general Nº 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12). 1. La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos. Además, el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley.

los derechos y libertades humanos, Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto.⁶⁵”

Se identifica como un elemento común a la legislación internacional que se asocia el derecho a la salud con la noción de dignidad y bienestar humano, y estos se consolidan como los principales argumentos de su existencia como derecho autónomo e individual.

3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES –DESC- EN COLOMBIA

Para la comprensión del derecho a la salud y así adquirir una perspectiva general y conocimiento del mismo, hay necesariamente que mirar la parte histórica o evolutiva de los DESC en Colombia, que en este caso lo haré centrándome en el análisis de su cultura jurídica imperante que ha forjado un importante paredón ideológico en contra de la aceptación de los DESC en Colombia como verdaderos derechos humanos y fundamentales.

Los autores de teoría sobre DESC citados en el punto 1.0, han creado lo que se puede denominar la estructura argumentativa universal que soporta la existencia de los DESC como derechos fundamentales. Sin embargo, tal plataforma teórica encuentra en Colombia una *recepción*⁶⁶ muy propia atribuida a sus características como sociedad *periférica*, por ello, considero adecuado apoyarnos en los planteamientos de Diego López Medina presentados en su *Teoría impura del derecho*⁶⁷, referentes a la Teoría Transnacional del Derecho⁶⁸. En esta obra se

⁶⁵ Ver Preámbulo del Pidesc.

⁶⁶ Se parafrasea este término en el sentido señalado por Diego López Medina en la Teoría impura del derecho

⁶⁷ Diego Eduardo López Medina. Teoría Impura del Derecho. Legis. 2004

analiza y estudia la cultura jurídica colombiana y se explica el porque Colombia tiene una tradición iusfilosófica imperante formalista⁶⁹, y contribuye a una mirada muy crítica de la manera en que ello ha contribuido sustancialmente a la problemática existencia de los DESC desde su gestación, y a su consecutiva desprotección.

En Colombia los DESC no están estipulados en el texto constitucional como derechos fundamentales, sino que conforman un capítulo aparte⁷⁰, al que además se le da inferior categoría. El derecho a la salud, además de estar incorporado en el capítulo de los DESC, no se consagra como derecho sino como servicio público⁷¹. Esta particularidad del derecho a la salud es uno de sus aspectos más importantes a estudiar. La ubicación '*geográfica*' en el texto constitucional y la tradición formalista colombiana no han facilitado ni la aceptación, ni la protección de los DESC.

3.1. Cultura jurídica colombiana formalista, el espacio de recepción para los DESC

Dentro del estudio acerca de la resistencia local colombiana a aceptar los DESC como derechos fundamentales (esto mediante un muy organizado y estructurado conjunto de argumentos que irradian lo político, filosófico, económico y jurídico del

⁶⁸ En este caso todo ese cúmulo teórico que respalda la existencia de DESC fundamentales producida en los países centro

⁶⁹ Así define Diego López el formalismo de Colombia: "un formalismo de textos y conceptos jurídicos: el formalismo es una comprensión del derecho que piensa que no existe, al interior del derecho, una dimensión independiente de justicia o equidad, que el derecho es básicamente una actividad destinada a examinar textos pre-existentes (por oposición a realidades, intereses o necesidades), que la interpretación del derecho produce generalmente resultados definitivos o correctos y que en el sistema jurídico no hay vacíos porque hay formas cognitivamente razonables de llenarlos. En este sentido el positivismo es tan sólo una especie del género formalismo. Teoría Impura del Derecho. Pág. 130

⁷⁰ El capítulo 2 de la Constitución política colombiana recibe por nombre "De los derechos sociales, económicos y culturales" y contiene un articulado que va desde el número 42 al 77 y se señalan derechos como: a la familia; protección a la mujer y a la madre; a los niños (tratándose de derechos a los niños se señalan como fundamentales la integridad física, la seguridad social, la salud, la alimentación equilibrada, la cultura y la recreación);

⁷¹ El artículo 49 de la Constitución política Colombiana señala: "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." Subrayas al transcribir.

contexto), estudio el legado histórico jurídico francés muy arraigado en la cultura política y jurídica de Colombia.

3.1.1 La herencia histórica. ‘Del fantasma de la revolución francesa hasta nuestros días, tenemos los derechos heredados del siglo XIX’

Se habla -en este punto- de resistencia local de los DESC, porque no puede desconocerse que se trata de una discusión universal. Sin embargo, por razones ya estudiadas, y por otras que aquí veremos, se afirma que Colombia tiene su propio contexto y una dinámica muy característica y particular en materia de reconocimiento y protección de DESC, incluyendo el derecho a la salud.

Para comprender de mejor forma ese proceso de formación del ‘paredón ideológico’ que en un principio contuvo en Colombia la entrada de los DESC como verdaderos derechos del hombre exigibles, y que todavía hoy los limita, debemos remitirnos a la tradición y génesis de su cultura jurídica. Estamos refiriéndonos a algo tan esencial y complejo como el imaginario social y jurídico colombiano. López Medina al referirse a la teoría del derecho de la región latinoamericana sostiene que imperó desde el siglo XIX y se sostuvo hasta el siglo XX un “formalismo clásico”⁷², que es la “amalgama de importaciones de iusteoría francesa y alemana del siglo XIX”⁷³.

⁷² Diego López Medina refiriéndose a la cultura jurídica latinoamericana en general, desde luego, es una realidad que Colombia como país de la región ha tenido. “El primer paso será hacer una descripción de la teoría del derecho básica que la región asume en el siglo XIX y que se mantendrá con cierto nivel de vigencia a todo lo largo del siglo XX. Se trata de un cierto formalismo jurídico (no necesariamente positivista, como veremos) y que, por razón de una prioridad conceptual, denominará “escuela clásica”, “clasicismo” o “formalismo clásico”. El “clasicismo” como conglomerado iusteórico, en una compleja mezcla de influencias francesas y alemanas *prekelsenianas* del siglo XIX; así, los trabajos de teóricos revolucionarios y de iusprivatistas franceses entre 1748 y 1890, por un lado, y los de los romanistas alemanes entre 1814 y 1890 irán a constituir una mezcla inestable que definirá la mayor parte de los rasgos esenciales del formalismo clásico regional. Es importante notar que sólo a partir de los años 1930’s se ha incorporado de manera muy entusiasta el positivismo kelseniano, pero el formalismo clásico es independiente, y en muchos puntos opuesto, a la teoría pura del derecho. En ese sentido, el formalismo clásico en América Latina se forma, más bien, con materiales iusteóricos importados al mismo tiempo que se importaban los primeros códigos nacionales (especialmente el civil) y los primeros comentarios y tratados científicos que buscaban explicar el texto codificado. Este formalismo tradicional, ya bien constituido para el año 1900, sólo habría de recibir años después la tardía influencia y yuxtaposición de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen”. *Teoría Impura del Derecho*. Legis. 2004. Págs. 118-119.

⁷³ Op. Cit.

Lo que se tiene hasta el momento es la importación a Colombia de las ideas predominantes de Francia y Alemania del siglo XIX, y con ellas, un sistema garantista del derecho privado, de protección a la individualidad del ser humano en el contexto histórico⁷⁴. Esto nos interesa en la medida en que los movimientos constitucionalistas del derecho suelen ir de la mano del denominado *antiformalismo jurídico*. Esta idea la desarrolla de forma integral López Medina⁷⁵:

“el antiformalismo en derecho privado fue fundamental en la creación del espacio de “lo social” por oposición al contenido predominantemente individualista del derecho liberal clásico, con el surgimiento, tanto en derecho común como en derechos desmembrados del común (que habrían de denominarse en conjunto “derecho social”) de principios y reglas de tipo “solidarista” que buscaba extender las garantías que el sistema jurídico otorgaba a sectores socio-económicos vulnerables. La llegada del derecho social fue presionada por un nuevo mundo político en que los desposeídos económicos (es decir, quienes no contaban con derechos patrimoniales o contractuales) le exigieron al estado la protección isométrica de otros derechos (especialmente en los campos del trabajo y de la naciente “seguridad social”) hasta entonces considerados como inexistentes en un mundo donde cada quien respondía por sí mismo con sus recursos privado de acumulación y previsión de contingencias.

Se observa como desde el siglo XIX la idea que se arraigó en la sociedad colombiana respecto al derecho, es que el mismo existía para la protección de los derechos de propiedad privada y los eminentemente individuales. Además de ello, los derechos sociales se miraban como lo que se contraponía a lo individual. Un límite a lo individual, y, ¿por qué no? un obstáculo para lo individual, y para el formalismo

⁷⁴ La “hermandad con Francia recreó la dependencia genética e histórica del derecho civil nacional con el derecho romano. Ejemplo de ello es como en todos los currículos legales tradicionales la verdadera introducción al derecho civil se hace por vía del derecho romano. En últimas, más que un derecho romano histórico, se trata de verdadero “derecho romano actual” .Pág. 138.

⁷⁵ Op. Cit.

característico de todo aquello que protege al individualismo y el derecho a la propiedad privada afincada en la misma.

El problema radicó, (y radica, desde mi perspectiva) en que los derechos sociales se vieron desde su génesis como una restricción para los derechos individuales. Se pierde de vista que el problema no radicaba tanto en los supuestos límites que los mismos podían generar a algunas personas, como en la necesidad de que todos los ciudadanos pudieran acceder a ellos, y, además en no detectar a tiempo que la carencia de esos derechos que apuntaban a la protección y al mandato al estado de cumplir con sus fines.

Puede verse, entonces, como el apareamiento del ‘antiformalismo’ fue de vital importancia para la gestación de ese cúmulo de derechos que más que sociales en ese momento se miraban como obligaciones *anti-individuales*, o incluso, como una beneficencia obligatoria con un sector poco privilegiado de la sociedad. Respecto al análisis del anformalismo, su relación con el impulso de los DESC, y con el constitucionalismo, desde la perspectiva de la cultura jurídica colombiana se cita a López Medina:

“La crítica antiformalista suministró la teoría del derecho necesaria para la socialización, en el sentido estipulado, del derecho privado; sin embargo, este derecho social (en singular), habría también de buscar formas de expresión constitucional en la codificación de los derechos sociales (en plural). Este último acontecimiento fue de naturaleza política evidente y por eso a veces oscurece el hecho, fundamental, que el nacimiento del “derecho social” con metodologías de derecho privado fue anterior al nacimiento de los “derechos sociales” surgidos de la positivización constitucional. La positivización constitucional, sin embargo, también ocurrió y de hecho se desarrolló en relativa coordinación iusteórica con los cambios de derecho privado. Así se llevó también a cabo una moderada socialización del

texto constitucional como producto de la recepción nacional de nuevas teorías del derecho público, también provenientes de Francia.⁷⁶”.

3.2 El constitucionalismo en Colombia. Una nueva perspectiva para los DESC a partir de la Constitución Política de 1991

El constitucionalismo ha sido fundamental en la protección de los DESC en Colombia. De hecho, se vinculan por vez primera de forma expresa en la Constitución de 1991 y la dinámica de su garantía es muy compleja y considero que merece un mayor avance. Los DESC aparecen ahora, claramente como necesarios para la posibilidad de existencia de la libertad, dignidad humana y la igualdad⁷⁷, en un país con gran tendencia de inequidad y violencia⁷⁸.

En este contexto se ubica un DESC como lo es el derecho a la salud. En materia de salud en Colombia, los inicios de su formación, al igual que en Europa, se remontan a la protección laboral por parte de los empleadores a los trabajadores a su cargo. La protección obedecía a la implantación de un sistema de seguridad social que adoptaba en ese entonces la estructura de un seguro de vida privado a favor del trabajador, pero tomado por el empleador.

El estado en este momento se encarga de la supervisión del deber patronal de afiliación a sus trabajadores, en este momento el seguro está a cargo de Instituto de seguros sociales el cual era de naturaleza pública, no existía el juego de oferta

⁷⁶ Op. Cit. Pág. 121.

⁷⁷ Al respecto en el importante trabajo sobre la justicia en Colombia de Mauricio García Villegas y Boaventura de Sousa Santos, en el capítulo IX Derechos sociales y necesidades políticas, respecto a los DESC se sostiene “Los derechos económicos, sociales y culturales –que en términos generales llamaré sociales- fueron incluidos en el constitucionalismo con el propósito de atenuar las diferencias materiales entre las personas (...) en la sociedad capitalista el fundamento último de los derechos sociales se encuentra en la defensa de la libertad: los derechos sociales protegen la libertad al resguardar las condiciones materiales que la hacen posible o, dicho en otras palabras, los derechos sociales propenden por el mantenimiento de la igualdad material necesaria para la libertad efectiva o libertad fáctica (Alexy, 1993: 499)”. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, MAURICIO GARCIA VILLEGAS; El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico. Siglo del hombre editores y Universidad de los Andes, 2001, Bogotá, Pág. 456.

⁷⁸ Op. Cit. Pág. 455.

privada que existe actualmente. Esto significa que si no se pertenecía a la clase trabajadora, es decir, un porcentaje considerable de la población colombiana la forma de garantizar la salud era el pago de la atención médica a un profesional de este campo. Existe entonces esa coexistencia de regímenes garantistas de la salud, el privado y el público a un sector específico.

Puede hablarse, muy generalmente, de una constante variación del sistema jurídico tratándose del derecho a la salud. Lo primero que se observa al estudiarlo es la transición desde sus inicios como una responsabilidad estatal y suministrada por el estado, a servicio público suministrado por particulares principalmente. Sin embargo la transición del sistema de salud público a privado alcanzó un trayecto que oscila alrededor de los treinta años.

En Colombia conviven de manera simbiótica, en el sentido estricto, el sistema privado y social del derecho, las dos caras de la misma moneda, lo cual hace que en últimas su protección para el sector más vulnerable sea complicada, entendiéndose por tal, desprotegido en porcentaje preocupante, o indigno, por así decirlo, de la sociedad colombiana. La propuesta es que en vista de las dificultades pragmáticas, políticas e ideológicas, se acepte de una vez por todas lo esencial que es la protección constitucional del derecho a la salud por vía de los jueces de tutela, en los casos que lo ameriten cuando haya un estado de necesidad urgente o inminente, y que el peligro de no protegerlo pueda tener efectos nefastos en las salud del individuo.

CAPITULO II

ESTRUCTURA DEL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL

En este capítulo se explicarán los alcances conceptuales del derecho social fundamental a la salud en Colombia, para ello se estudiará la teoría de los derechos sociales de Rodolfo Arango Rivadeneira. A partir de ella se mirarán las características del derecho a la salud. El objetivo principal de este capítulo es conceptualizar el derecho a la salud como social fundamental. Considero que mirar la salud como derecho social fundamental subjetivo, a la luz de la Teoría de Arango Rivadeneira, contribuye en buena forma a su fortalecimiento y protección. El concepto del derecho subjetivo a la salud se irá formando de manera gradual, en la medida en que se vaya avanzando en la comprensión de la teoría de los derechos sociales analizada.

Tal como fue estudiado en el primer capítulo, la principal crítica que se le hace a los derechos sociales es, precisamente, que no son derechos⁷⁹ humanos *per se*. El debate está vigente. Al respecto Ferrajoli (de forma similar a como lo plantea Arango Rivadeneira) ha dicho de forma muy acertada que las debilidades políticas de los DESC que se han presentado obedecen a debilidades teóricas⁸⁰. Considero que la teoría del concepto de derecho social estudiada contribuye a fortalecer la teoría y en consecuencia la protección de los DESC para la humanidad, en general, y para Colombia en particular.

1. EL DERECHO SUBJETIVO A LA SALUD

⁷⁹ VICTOR ABRAMOVICH; y CHRISTIAN COURTIS “Los derechos sociales como derechos exigibles” Editorial TROTТА, 2004, Madrid. Prólogo.

⁸⁰ Luigi Ferrajoli refiriéndose a las debilidades políticas de los DESC: “Está debilidad política es también fruto de una debilidad teórica.” VICTOR ABRAMOVICH; y CHRISTIAN COURTIS “Los derechos sociales como derechos exigibles” Editorial TROTТА, 2004, Madrid. Prólogo.

La tesis central de la teoría del concepto de Derechos Sociales de Rodolfo Arango es que los derechos sociales fundamentales pueden concebirse sin mayores dificultades como derechos subjetivos⁸¹. Al finalizar el capítulo debemos estar en condición de comprender que “los derechos subjetivos son posiciones normativas para las cuales es posible dar razones válidas y suficientes y cuyo no reconocimiento injustificado ocasiona un daño inminente a su titular”⁸² y los alcances de esta definición para la estructuración del concepto del derecho a la salud.

Puede afirmarse que los derechos sociales fundamentales mirados desde la teoría de Arango Rivadeneira son derechos subjetivos, y en cuanto al asunto que nos concierne, el derecho a la salud considerado un derecho social fundamental es un derecho subjetivo. Esto, y desde un principio considero conveniente aclararlo, va a implicar que la salud deja de ser mirada en Colombia exclusivamente como servicio público, tal como se interpretaría de forma restringida y textual de la Constitución Política colombiana, para ser un derecho social fundamental.

Rodolfo Arango Rivadeneira en su estudio de los derechos sociales maneja dos conceptos del mismo, uno que él ha llamado en sentido estricto, y el otro, también por él denominado “un concepto bien desarrollado de derecho subjetivo” y que además de incluir el primer concepto en sentido estricto, incluye los “criterios que son necesarios para establecer la vulneración del derecho subjetivo”⁸³. La primera parte del derecho subjetivo (sentido estricto) consiste en un riguroso estudio analítico de su concepto. La segunda parte (tal como este autor lo indica) busca contrarrestar la indeterminación con la que se históricamente se ha acusado a los derechos sociales y para ello analiza la posición normativa del sujeto de derecho en los derechos sociales

⁸¹ RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, pág. 5.

⁸² Op. Cit. Pág. 2

⁸³ Op. Cit. Pág. 297.

y más específicamente el elemento de la urgencia que caracteriza esta posición normativa⁸⁴.

En este capítulo, con el objetivo de definir la conceptualización del derecho a la salud como un derecho social fundamental, se estudiará el concepto de derecho subjetivo en sentido estricto, la segunda parte se estudiará en capítulo posterior.

1.1 El derecho subjetivo en sentido estricto

¿Que significa que un derecho social fundamental sea un derecho subjetivo, y las consecuencias de ello en el sistema jurídico colombiano? La discusión sobre el derecho subjetivo, su significado y contenido es muy prolija y ha variado con el devenir histórico. Arango Rivadeneira de forma detallada lo explica en su teoría de derechos sociales. Me he guiado y tomo para este trabajo la estructura con la que este autor estudia y analiza el concepto de Derecho Subjetivo.

1.1.1 Estatuto Ontológico del derecho subjetivo

Una primera fase cognitiva del derecho subjetivo que enseña Arango Rivadeneira es su estatuto ontológico, que es el estudio sobre que es en esencia el derecho subjetivo conceptualmente. Para Hans Kelsen el derecho subjetivo es *el reflejo de una obligación jurídica, un concepto superfluo*⁸⁵; para Alf Ross “*es una ficción (una construcción teórica) que tiene como finalidad asignar consecuencias jurídicas a una situación de hecho*”⁸⁶. Se observa entonces que al menos hasta Kelsen y Ross, el

⁸⁴ Op. Cit. Ver pág. 309 y siguientes.

⁸⁵ En este sentido Arango cita a Hans Kelsen y señala que para este autor “ (...) *el derecho no es más que un derecho subjetivo “Este concepto del derecho subjetivo, como simple reflejo de una obligación jurídica, es el concepto de un derecho reflejo que bien puede ser un concepto auxiliar para facilitar la exposición de una situación jurídica; pero desde el punto de vista de una descripción científica exacta, dicho concepto es superfluo (...)*” . Op. Cit. Cita 9 Pág.7.

⁸⁶ Arango Rivadeneira citando a Alf Ross: “*Un ‘derecho’ (como el derecho de propiedad, los diferentes iure in re aliena, los derechos de autor, etc.) no es una modalidad usada en la formulación de una regla jurídica particular, sino más bien una construcción teórica que sirve a la presentación sistemática del derecho vigente*”. A este respecto es muy importante el pie de página número diez que se incluye respecto a Ross y su obra Tú-Tú, en la

derecho subjetivo carece de importancia jurídica y trascendencia en la coerción para el cumplimiento del derecho, lo que se traducía en la ineficacia de esta institución para la realidad humana, aunque fuera estudiado ampliamente conceptualmente.

1.1.2 El concepto de derecho subjetivo en sentido estricto - analítico

La primera enseñanza que recibimos respecto al derecho subjetivo es que se antepone al concepto de derecho objetivo⁸⁷. En su sentido más estricto el derecho subjetivo es “*el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo*”⁸⁸. Tiene por tanto tres características esenciales: una norma jurídica, una obligación jurídica, y una posición jurídica (en este mismo orden las formaliza de la siguiente manera: M1, M2 y M3, en donde cada una de ellas es indispensable⁸⁹). Puede afirmarse entonces que el derecho subjetivo es una posición jurídica en la que se encuentra un ser humano o individuo. De forma más completa e integral se señala que el derecho subjetivo es esa facultad o poder jurídico que tiene un sujeto⁹⁰ de pedir a otro que haga, permita u omita algo para satisfacer un interés propio con base en normas legales, cuando existen situaciones fácticas que lo ameritan, respaldadas por razones claras y suficientes.

cual se desarrolla la idea que el derecho carece de contenido semántico. Para Ross el derecho subjetivo es un tó-topo, “es decir nada, una metáfora”, esta idea la desarrolla Arango Rivadeneira en su obra y en conferencia pronunciada en el Primer Congreso Internacional de derecho constitucional en Colombia en agosto del 2006.

⁸⁷ En este punto es necesario volver a una idea del I capítulo, precisamente lo referente al formalismo imperante de la cultura jurídica colombiana, debe recordarse la influencia y la lectura de Kelsen en Colombia, la cual siempre ha restado valor a la utilización del derecho subjetivo.

⁸⁸ Arango Rivadeneira señala que el derecho subjetivo tiene las siguientes características: “(i) una norma jurídica, (ii) una obligación jurídica de otro derivada de esta norma, y (iii) un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto (es decir, una posición jurídica)”.

⁸⁹ Aquí Arango Rivadeneira explica la relación lógica de las características del derecho subjetivo. Señala que M3 implica a M1 y M2, esto es que la posición jurídica implica a la norma jurídica y a la obligación jurídica. Lo inmediatamente anterior, indica el autor, significa que en esta definición hay contenida otras dos: la primera definición indica que los derechos subjetivos son posiciones jurídicas, la segunda que las posiciones jurídicas están compuestas por normas jurídicas y obligaciones jurídicas. Advierte entonces que por razones de claridad conceptual estructura su definición de esa forma. De una manera más rigurosa se enseña que el concepto de derecho subjetivo se formaliza así: $(x) (M1x \wedge M2x \wedge M3x) \leftrightarrow Ds x$. Para toda x vale que cuando x cumple con las características M1, M2 y M3, x es un derecho subjetivo.

⁹⁰ Esto si el individuo tiene una Posición jurídica dentro del sistema jurídico.

1.1.2.2. El derecho subjetivo a la salud

En este nivel indagaremos en Colombia, tratándose del derecho a la salud, a quien podemos categorizar como sujeto de derecho a la salud, quien es el Otro a quien se le puede exigir una prestación o abstención en relaciones de derecho a salud; y finalmente, cuales son las posiciones jurídicas derivadas de las normas del derecho fundamental a la salud cuyo no reconocimiento injustificado pueden causar o causan un daño a los sujetos que es incompatible con los principios del estado social de derecho colombiano.

Es conveniente informar que un concepto detallado de derecho social fundamental a la salud va a implicar categorías adicionales a las del derecho subjetivo a la salud, en este nivel. Se puede afirmar de forma anticipada, aunque no detallada ni integral, que el derecho subjetivo a la salud es la facultad que tiene un sujeto de pedir a otro⁹¹, que haga, permita u omita algo para proteger su salud (no su vida). Es, en últimas, la facultad de un ciudadano (en un estado) de exigir a alguien que le proteja su salud. A continuación se estudian individualmente cada una de las características del derecho subjetivo, y del derecho subjetivo a la salud.

1.1.2.1 La norma jurídica

Arango Rivadeneira, citando a Robert Alexy, señala que la norma jurídica es un enunciado normativo cuyo cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo y declara que una acción es ordenada, prohibida o permitida⁹². Para la existencia de un derecho subjetivo es necesario que exista al menos una norma

⁹¹ Esta es la estructuración del derecho a la salud con base en la teoría de derechos social fundamental del tratadista Arango Rivadeneira.

⁹² Arango Rivadeneira, Rodolfo, El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, Págs. 9 y 10.

jurídica válida⁹³. Para Rodolfo Arango la pregunta esencial en el estudio de la norma jurídica es *¿Qué tipo de norma jurídica se usa para la determinación de un derecho subjetivo?* Y como respuesta a la misma se plantea la disyuntiva de que lo sean sólo las normas legales o también las normas de derechos fundamentales:

Las normas de derechos fundamentales sirven de base a los derechos subjetivos y a las obligaciones objetivas. Por esto es que no solamente las normas legales, sino también las normas de derechos fundamentales entran en consideración como fuente de derechos subjetivos⁹⁴.

1.1.2.2. Normas legales del derecho a la salud en Colombia

A continuación se estudia la legalidad del derecho a la salud en Colombia. Es conveniente observar que desde la teoría del derecho subjetivo las normas jurídicas de derechos fundamentales no se limitan a las legales. Dos razones para sustentar lo anterior: i) la primera de ellas es que según el estudio visto las *normas de derechos fundamentales entran en consideración como fuente de derechos subjetivos*; ii) la segunda es que la legalidad de la salud en Colombia remite a la categoría de servicio público, lo cual de manera evidente incursiona la salud en un sistema de oferta y demanda regido por las leyes del mercado lo que implica el pago de cotizaciones mensuales por los ciudadanos con capacidad económica para ello.

Sin embargo, incluye un aspecto solidario en el cual las personas sin capacidad de pago se benefician de los subsidios a la demanda que contiene el sistema. El sistema jurídico de salud, en su aspecto normativo está conformado por la Ley 100 de 1993⁹⁵ y los Decretos reglamentarios de la misma (es una legislación muy prolija), todo su cuerpo legal constituye el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS).

⁹³ La validez de las normas jurídica es un asunto ampliamente estudiado y debatido.

⁹⁴ Op. Cit. Pág. 12

⁹⁵ Ver I capítulo, Libro Segundo, Ley 100 de 93 (arts.152 a 156).

a. Características del sistema de salud Colombia

Algún sector de la doctrina del país considera que el sistema de salud colombiano, no obstante algunos aspectos financieros regidos por la leyes del mercado, tiene intervención estatal reguladora, y un régimen subsidiado, lo cual constituye en sus términos un modelo económico plural⁹⁶. Debe destacarse que se busca la separación del estado de la prestación del servicio de salud, para ubicarlo como un ente de “modulación” que conlleva el cumplir esencialmente una función de “garante” de los derechos de los ciudadanos y la comunidad⁹⁷. La Ley 100 de 1993, en el articulado del sistema de salud, tiene entre sus objetivos estipulados de forma clara la visión de la salud como un servicio público⁹⁸ prestado principalmente, e idealmente por empresa privada. En materia legal, existen dos regímenes dirigidos a sectores poblacionales específicos: a los que tienen capacidad de pago el régimen contributivo⁹⁹; y a los que no, el régimen subsidiado¹⁰⁰. En cuanto al régimen

⁹⁶ Al respecto ver GERARDO ARENAS MONSALVE, en su obra “El derecho colombiano de la seguridad social”, Legis, Colombia, 2006, Pág. 397: “Los autores del modelo económico y jurídico del sistema de salud le asignan al mismo la denominación de “pluralismo estructurado”. Dicho modelo explicado así por sus comentaristas: “El modelo de pluralismo estructurado aplicado en Colombia considera, en primer lugar, que el abordaje a los sistemas de salud no debe hacerse como una mera colección de instituciones, sino que debe hacerse como un conjunto de relaciones estructuradas entre dos componentes: la población y las instituciones. A su vez, los distintos grupos poblacionales presentan una serie de condiciones que constituyen las necesidades de salud, las cuales, a su turno requieren una respuesta social organizada por parte de las instituciones. En cada sistema, la respuesta se estructura a través de ciertas funciones básicas que las instituciones deben desempeñar a fin de satisfacer las necesidades de salud; dichas funciones son las de producción o generación de recursos, la modulación de sistema, el financiamiento, la articulación y la prestación del servicio, a partir de las funciones básicas de modulación, financiamiento y articulación”. El autor, a su vez cita la obra de Gutiérrez, Sanpedro, Jorge. Diez años de la seguridad social en salud, un punto de vista desde el modelo del pluralismo estructurado. En Diez años del sistema de seguridad social colombiano (Emilio Carrasco, coord.). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 149 y SS.

⁹⁷ La modulación es vista como “la función principal, sin la cual el desarrollo de las otras funciones no es posible”: involucra la función del Estado “donde instituyen reglas de juego para los participantes”. La modulación, entonces, identifica con los objetivos del sistema de salud: garantizar los derechos de persona y de la comunidad. En ese contexto, se asume que el Estado “deber apartarse gradualmente de la prestación directa de servicios para encargarse la modulación estratégica del sistema”. El ministerio tutelar de esa política que es hoy el Ministerio de la Protección Social— debe encargarse de la formulación y desarrollo de esas políticas: “Con la creación del Sistema de Protección Social en la Ley 789 de 2002 se tienen como ejes de política la prevención, aseguramiento y la atención propiamente dicha” GERARDO ARENAS MONSALVE, OP. Cit., Pág. 398.

⁹⁸ Ver artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

⁹⁹ Ley 100 de 1993, Artículo 157 A. “Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley”.

contributivo y subsidiado como reglas legales cada una de ellas tiene un texto jurídico específico, respecto al régimen contributivo se cita la Ley 100 de 1993:

“un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o en un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador¹⁰¹”

El régimen subsidiado de salud es estudiado y analizado por Gerardo Arenas Monsalve.

“Por su parte el régimen subsidiado es “un conjunto de normas que rigen vinculación de los individuos al sistema general de seguridad social en salud cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización subsidiada total o parcialmente, con recursos sociales o de solidaridad” (art. 211). Este régimen fue creado con el propósito de “financiar la atención en salud a las personas pobres y vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotización: (art. 212). La Ley 715 del 2001, aunque conserva la denominación de “régimen subsidiado” (véase por ej: el art. 51), asigna un nuevo nombre a los recursos destinados al mismo: los denomina “subsidios a la demanda” (ver art. 47). Esta denominación pretende significar que con el régimen subsidiado se ha efectuado un cambio en la manera de atender la salud de esta población: se ha cambiado atención hospitalaria prestada directamente por el Estado antes de la Ley 100 (que sería mediante “subsidios a la oferta” del servicio de salud), por un régimen en que

¹⁰⁰ Al respecto cito al tratadista ARENAS MONSALVE: “En la estructura de la Ley 100/93, el origen de los dos regímenes está en idea de la universalidad de la afiliación: Todos los habitantes en Colombia deberán estar afiliados al sistema general de seguridad social en salud, previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con -cursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territorial - (art. 156, b): A la primera modalidad corresponde el régimen contributivo y i - segunda, el subsidiado. En el sistema los dos regímenes coexisten articuladamente, para su financiación y administración (art. 201).” “El derecho colombiano de la seguridad social”, Legis, Colombia, 2006, Pág. 404.

¹⁰¹ Ley 100 de 1993, artículo 202.

la atención de la población en situación de pobreza no se hace directamente sino que el Estado financia los mecanismos para que sean las entidades del sistema de salud las que presten los servicios (es decir, subsidiando la “demanda” de los mismos).”¹⁰²

Existe otro grupo poblacional, los vinculados, que son aquellos ciudadanos sin capacidad económica y contributiva, que por algunas circunstancias no han tenido la posibilidad de acceder al subsidio del sistema, y que de no ser por algunas disposiciones específicas, estarían fuera de toda posibilidad de atención dentro de la estructura de salud que no sea estatal¹⁰³, lo cual es bastante reducido en un sistema en el cual cada vez son más escasas las entidades públicas o que tengan contratos con el estado. Lo anterior viene a significar que los vinculados podrían ser rechazados para su atención por los entes prestadores del servicio público salud. Obsérvese entonces como el alcance de la legalidad positivista restringe el acceso a la protección a la salud de un sector sin capacidad de pago, lo cual puede tener consecuencias negativas, insuperables y desde todo punto de vista injustificables en un estado social de derecho con gobierno democrático. Por eso las teorías tradicionales positivistas del derecho no son recomendables, toda vez que no generan soluciones o alternativas más justas del derecho para los ciudadanos.

1.1.2.3 Normas de derechos fundamentales

En Colombia, el formalismo imperante presenta problemas al reconocimiento de normas que no sean legales, entendiéndose por tales las leyes ordinarias, emanadas del Congreso de la República, o del ejecutivo tratándose de decretos reglamentarios o decretos con fuerza de ley. Pero puede observarse que una norma de derechos fundamentales o principios jurídicos constitucionales colombianos, también genera obligaciones y compromisos al estado y a algunos particulares. Entre las normas de

¹⁰² GERARDO ARENAS MONSALVE, OP. Cit., Pág. 404

¹⁰³ Ley 100 de 1993, artículo 157 B. Personas vinculadas al Sistema.

derechos fundamentales encontramos las normas internacionales, pactos firmados y ratificados por Colombia que por medio del bloque de constitucionalidad forman parte vinculante de la constitución y de los principios orientadores del ordenamiento legal, y los principios o preceptos de la constitución política estatal.

1.1.2.4 Normas de derecho internacional

Los pactos internacionales de derechos humanos pueden ser vinculantes al momento de generar posiciones jurídicas frente al estado, sin embargo esta postura teórica y políticamente genera mucha oposición. Entre los argumentos de aquellos que sostienen que la legislación internacional puede ser fuente de obligaciones respecto de un tercero interesado se encuentran los contenidos ideológicos y prescriptivos de los Principios de Limburgo¹⁰⁴, los Principios de Maastricht¹⁰⁵ los cuales dotan a los estados de criterios de interpretación de los pactos de forma favorable a la protección de los DESC por parte de los tribunales de los estados parte, lo cual se logra invocando la *jurisprudencia* del Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales. Este a su vez puede estar orientada o guiada por estos principios orientadores del PIDESC. Existen además posiciones doctrinales que invocando el principio de la dignidad humana consideran que los DESC pueden ser protegidos con base en la legislación internacional, y esto significa que pueden exigirse a los Estados parte del PIDESC¹⁰⁶. En Colombia, la aplicación de los pactos y tratados

¹⁰⁴ Al respecto ver VICTOR ABRAMOVICH; y CHRISTIAN COURTIS “Los derechos sociales como derechos exigibles” Editorial TROTТА, 2004, Madrid. Págs. 69 y 70. Y, ver ALIRIO URIBE MUÑOZ en el artículo “Exclusión y justicia: una mirada desde los DESC” sostiene que “Los Principios de Limburgo establecen que la parte II del PIDESC impone a los Estados utilizar todos los medios apropiados, legislativos, judiciales, administrativos, económicos, sociales, educativos, eliminación de normas contrarias a la normatividad del pacto, utilización eficaz de los recursos, con el fin de cumplir las obligaciones en él contenidas. El fracaso de un Estado para cumplir con una obligación del Pacto constituye una violación. A veces puede uno concluir que los derechos económicos, sociales y culturales pueden llegar a ser vulnerados de manera parecida a los derechos civiles y políticos; no como consecuencia de la no realización de estos derechos, sino como consecuencia de la adopción de políticas que están directamente orientadas a la supresión de los mismos como podría ser la política neoliberal” Ver Página Web www.fidh.org.

¹⁰⁵ Ver VICTOR ABRAMOVICH; y CHRISTIAN COURTIS “Los derechos sociales como derechos exigibles” Editorial TROTТА, 2004, Madrid. Págs. 69.

¹⁰⁶ La posición de un miembro del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo, una ONG colombiana que muestra su posición abiertamente garantista de los DESC y su exigibilidad a los Estados parte del PIDESC: “Consideramos que los contenidos mínimos de los derechos son plenamente exigibles a los Estados y a la

internacionales se realiza a través de la incorporación de sus disposiciones en el texto constitucional, mediante un valiosa figura constitucional ideada por la Corte Constitucional colombiana y denominada *Bloque Constitucional* y cuyos alcances en materia de aplicación de legislación internacional son bastante eficaces, en el sentido de que los Jueces tiene en él una útil herramienta iusconstitucional, en el evento de que casos específicos lo ameriten.

1.1.2.2 La obligación jurídica

Rodolfo Arango plantea al inicio del estudio de la obligación jurídica que los derechos y las obligaciones no son mutuamente condicionantes¹⁰⁷. Esto significa que pueden existir normas de las que no se deriven *directamente* obligaciones específicas a sujetos determinados (tomamos como ejemplo de ello las normas de derechos fundamentales), pero por vía de interpretación se puede lograr indirectamente la imposición de una obligación¹⁰⁸. Vemos entonces que la obligación indirecta bien

Comunidad de las Naciones independientemente de factores externos como el nivel de desarrollo. Los contenidos mínimos que conforman el Núcleo Esencial de los derechos económicos, sociales y culturales es intangible, absoluto e inalienable y se debe permitir su disfrute a toda persona para garantizar su dignidad humana. Por lo tanto se debe realizar un esfuerzo para buscar el núcleo identificador de esos derechos y propiciar a nivel universal su exigibilidad inmediata. La progresividad solo sería viable para satisfacer elementos adicionales a los contenidos mínimos de los derechos, ejemplo una vivienda lujosa. Si no morigeramos el concepto de progresividad estamos aceptando que se puede posponer el derecho a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, al trabajo u otros derechos fundamentales de las personas inherentes a una vida digna, no se puede aceptar que por los obstáculos que tienen estos derechos y las diferencias económicas de los Estados hagan que esos derechos devengan en simples utopías para millones de seres humanos. Por ello el énfasis en su exigibilidad inmediata y la responsabilidad que deben asumir para garantizar esos derechos no sólo los Estados sino la comunidad internacional. De las normas abordadas citadas se derivan obligaciones claras para los Estados como es que: "actúen tan rápidamente como sea posible", el no "diferir indefinidamente los esfuerzos desplegados para la completa realización de los derechos", el "aumento de los recursos" económicos y de todo orden para su realización, utilización del máximo de los recursos disponibles y la utilización "eficaz" de esos recursos. (...) El administrador del PNUD, M. Janes Gustave Speth, afirmó durante la conferencia anual de las ONG del 8 de septiembre de 1993 (...) Queda claro que la sola positivación de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo, es apenas el punto de partida para alcanzar la realización de esos derechos, su inclusión en Declaraciones, Convenciones, Recomendaciones, o en Constituciones Nacionales, debe ir acompañada de una voluntad política y un compromiso, teniendo en cuenta que la exigibilidad jurídica de estos derechos ciertos e indiscutibles se soporta en una realidad: "la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales, es un problema, no de generación de recursos, sino de asignación de recursos; y como problema de asignación de recursos que es, es un problema político." ALIRIO URIBE MUÑOZ. Exclusión y justicia: una mirada desde los DESC. Ver Página Web www.fidh.org

¹⁰⁷ Arango Rivadeneira, Rodolfo, El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, Págs. 13

¹⁰⁸ De la pregunta de si las obligaciones jurídicas deben ser expresamente consagradas en un enunciado normativo. La respuesta es necesariamente negativa. (...) Las obligaciones jurídicas pueden ser determinadas de

puede no estar consagrada expresamente en una norma, pero puede ser justificada con razones válidas a partir de la misma, dentro de una institucionalidad que considera que en algunos casos es recomendable hacerlo, o que no hacerlo (imponer obligaciones de normas indirectamente) puede tener consecuencias negativas e injustas para un sujeto de derecho.

1.1.2.3. La Posición jurídica

Esta característica es más compleja que las anteriores. La posición es el poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto¹⁰⁹. Rodolfo Arango defiende la existencia autónoma de la posición como elemento integrador del concepto de derechos subjetivo con dos argumentos. El primero es que para la existencia de un derecho no basta la existencia de la norma, ni la de la obligación. El segundo argumento es la importancia política y jurídica que tiene la estructuración de las posiciones jurídicas para los portadores del derecho¹¹⁰. De esta forma se conceptualiza la característica M3 del derecho subjetivo como una posición jurídica, en la cual interés o la voluntad del individuo constituyen las razones que justifican su existencia:

“La ambivalente característica M3 puede formularse más claramente con un concepto unitario, el **de posición jurídica**. El interés o la voluntad del individuo funcionan como "razones" para una posición jurídica.”¹¹¹

1.1.2.3.1 Relación entre posición jurídica y poder jurídico

manera directa o indirecta. Por interpretación una obligación indirecta se sigue del enunciado normativo. Op. Cit. Pág. 13

¹⁰⁹ Op. Cit. Pág. 9.

¹¹⁰ Op. Cit. Pág. 15.

¹¹¹ Op. Cit. Pág. 15.

El poder jurídico es una consecuencia de la posición jurídica, y se materializa comúnmente con la exigibilidad. Significa lo anterior que “Tener” un derecho es condición de su exigibilidad¹¹², pero la exigibilidad, (tal como señala Arango Rivadeneira, es la facultad de demandar) no es condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo¹¹³. Las que si constituyen condición necesaria para los derechos o facultades son las razones o argumentos que lo justifican.

La no exigibilidad o coacción pone en evidencia el carácter primordial que tiene en esta teoría de los derechos sociales el ejercicio argumentativo y dialógico frente al coercitivo, que no desaparece pero se supedita al primero. Ahora bien, el hecho de que el sujeto de derecho no tenga la posibilidad de demandar y exigir la obligación, y que esto no repercuta en la existencia del derecho subjetivo, no controvierte la idea de que en un estado social de derecho un escenario idóneo deba permitir que los ciudadanos tengan instrumentos jurídicos de coacción de sus derechos sociales subjetivos dentro de una institucionalidad y consenso ciudadano adecuado¹¹⁴.

1.1.2.3.2 Posición jurídica y razones válidas

Rodolfo Arango distingue la posición jurídica en sentido lógico, en el contenido, y en el sentido político¹¹⁵. Me detendré en los dos últimos. Desde el contenido, o en sentido sustancial, la posición jurídica en términos de Rodolfo Arango es:

¹¹² Op. Cit. Pág. 17.

¹¹³ Op. Cit. Pág. 17.

¹¹⁴ Un ejemplo de ello es la imposibilidad que tenían los ciudadanos colombianos de exigir por vía de tutela la protección del derecho a la salud, o enfrentaban al hacerlo la negativa del Juez de tutela. Esta situación, fue evolucionando a la par como lo hacía la jurisprudencia constitucional, que actualmente reconoce la protección a la salud en conexidad con el principio de la dignidad humana.

¹¹⁵ Al respecto: “Debe distinguirse entre la posición en sentido lógico (formal), en el sentido de su contenido (sustancial) y en sentido político”. Para leer con más detalle, ver el capítulo I, 1.3.3, 3) referido a la posición jurídica y las “razones válidas”. Arango Rivadeneira, Rodolfo, El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, Pág. 19 y siguientes.

“la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie*¹¹⁶ porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo. En sentido político, una posición significa que el individuo es tomado en serio. Las posiciones jurídicas tienen algo de “adicional” (...) con respecto a las normas y a los deberes porque pueden ser generadas por vía de la argumentación racional a partir de una o varias normas.”

En términos de Rodolfo Arango la posición jurídica de un sujeto de derecho no se restringe a la norma o a los deberes, lo cual es el resultado de que ya no se conciba al mismo sólo como objeto de derecho, en calidad de súbdito, sino como sujeto, en calidad de ciudadano. El “plus” o algo adicional de la posición jurídica que excede a la norma y la obligación, se gana con la argumentación racional de los ciudadanos de los sistemas democráticos¹¹⁷. Esto desde luego ubica la teoría de los derechos estudiada lejos del territorio positivista; es una superación de su legado filosófico y político, implica entender que el derecho como fenómeno social es protagonizado por seres humanos que dotan sus realidades y creaciones (el derecho entre ellas) de sus características, lo cual conlleva reemplazar lo absoluto y verdadero, por lo consensuado, lo pactado.

El derecho objetivo, estático, sin complejidades no existe. Por el contrario, a la par de normas claras se observan aquellas que generan diversas interpretaciones. Y no sólo eso, las diferentes concepciones humanas observan y acatan las normas de diversas formas, incluso combatiéndolas mediante manejo de debates en la opinión pública y las diversas herramientas institucionales (acciones de tutela, de constitucionalidad, propuestas legislativas, etc.). Una visión integral y contemporánea del derecho conlleva aceptar, o al menos comprender que el derecho objetivo se hace realidad,

¹¹⁶ Un derecho *prima facie* es una razón válida para justificar una posición jurídica, que no ha sido reconocida por un Juez como razón suficiente para justificar esta posición.

¹¹⁷ Ver Rodolfo Arango Rivadeneira; El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, Pág. 19 y siguientes.

existe y es eficaz en tanto se materializa como derecho subjetivo, que es su individualización (personalización). La realidad excede la norma, y al deber de cumplirlas (obligación jurídica), y en tanto se trate de procesos jurídicos los derechos subjetivos deben estar institucionalizados y comprender argumentos o razones que respalden y justifiquen su existencia¹¹⁸. Se finaliza por ahora este breve recorrido por el concepto de derecho subjetivo, no sin antes aclarar que en la obra de Rodolfo Arango se analiza la forma y estructura del derecho subjetivo como libertades, y como derechos a algo o competencias, los cuales son conceptos vitales.¹¹⁹

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos subjetivos tienen la estructura M1, M2 y M3. Los derechos fundamentales tienen la estructura M1, M2, M3 y, además la característica, M4. La

¹¹⁸ En este sentido de manera integral se erige el siguiente concepto de derecho subjetivo de RODOLFO ARANGO : "Los derechos subjetivos son todas las posiciones jurídicas que se le pueden adscribir a un enunciado normativo o a una "red de enunciados normativos" por medio de razones válidas". Rodolfo Arango Rivadeneira; El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, Pág. 19 y siguientes.

¹¹⁹ En materia de libertades RA señala que el objeto de las mismas "puede consistir en una acción en una alternativa de acción, lo cual señala que las libertades pueden ser positivas o negativas"; cuando estudia los derechos a algo hace referencia a los derechos positivos y negativos, relativos y absolutos, especiales y generales, señalando que a los derechos generales pertenecen los derechos humanos, que además según su fuente son derechos morales (págs. 25 y 26); respecto a las competencias (que por su importancia considero útil transcribir en buena parte lo que el autor desarrolla) señala que: "Son posiciones jurídicas caracterizadas por el hecho de que un sujeto jurídico puede cambiar la posición jurídica de otro sujeto jurídico, sin que para ello sea necesaria una actuación adicional. El ejercicio de las competencias constituye un acto institucional, es decir, para su ejercicio se dan por sentadas reglas constitutivas. Sin estas reglas (normas de competencia) no sería posible cambiar las posiciones jurídicas mediante actos jurídicos. (Pág. 26) Competencias del ciudadano. Las competencias del ciudadano no deben confundirse con simples permisos, cuya realización no tiene como consecuencia necesaria el cambio de una posición jurídica. Competencias estatales positivas. Las competencias positivas del Estado son creadas por medio de normas de competencia, cuyo cumplimiento no se halla en el ámbito de configuración de los órganos estatales. Las competencias no deben confundirse con el poder fáctico de actuación. Una norma de competencia promueve una actuación del Estado necesaria para el cambio de las posiciones jurídicas de otros. En los casos extremos, el no cumplimiento de una norma de competencias puede llevar a vulnerar derechos fundamentales debido a omisiones estatales. (Pág. 27). Según la concepción liberal clásica, los derechos subjetivos son o libertades o derechos negativos, pero no derechos positivos. Tienen el sentido de dispensar a las personas jurídicas de las obligaciones morales. Esta conceptualización de los derechos subjetivos confunde el contenido del concepto con su alcance y lleva a dos reducciones que no se pueden permitir: (i) la reducción, excluyente de los derechos positivos, de aquellas formas que podrían adoptar los "derechos subjetivos"; (ii) la reducción de la característica conceptual "posición jurídica" (M3) a la característica "norma jurídica" (M1). (i) La reducción de los derechos a libertades y se clasificación como derechos negativos es injustificada, incompleta e induce a error. Es injustificada porque no muestra por qué los derechos subjetivos sólo pueden fundamentarse como derechos de libertad. Es incompleta porque ignora el uso del lenguaje jurídico sobre los derechos al no tener en cuenta el discurso de los derechos a actuaciones positivas o al ejercicio de competencias jurídicas del Estado. Y lleva a conclusiones erróneas porque confunde el contenido del concepto con su alcance. (ii) Las preguntas por la forma y la estructura de los derechos subjetivos tocan su alcance, no su contenido conceptual, una reducción de la posición (M3) a la norma jurídica (M1) tiene como consecuencia que los derechos subjetivos se vuelven superfluos. (Pág. 28)

definición de derecho fundamental que nos presenta Rodolfo Arango esta influenciada por la teoría de derechos fundamentales de Robert Alexy.

El derecho fundamental es un concepto directamente relacionado con la democracia. Esto es muy importante porque va a confirmar el carácter argumentativo y en respaldo de lo democrático de Arango Rivadeneira, y de este trabajo. Considero que es la forma más idónea de trabajar los derechos fundamentales. El concepto de derechos fundamentales de Robert Alexy es amplio y extenso. Los ubica como: “posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”¹²⁰. Al señalar Alexy que los derechos fundamentales no pueden quedar supeditados a una mayoría parlamentaria, indica que tratándose de éstos la jerarquía superior se encuentra en los principios constitucionales. De esta forma, la Constitución se ubica como la fuente por excelencia de derechos fundamentales a la que la Ley ordinaria debe seguir, y que en caso de conflicto entre leyes y constitución, la primacía estará en ésta última.

La característica M4 va a diferenciar el derecho fundamental del derecho subjetivo (en general). Según Rodolfo Arango, M4 es el grado de importancia del mismo. Entonces, en sus términos, el derecho fundamental se compone de las características del derecho subjetivo y de su importancia¹²¹. Aquí es donde volvemos a un concepto ya presentado y es la democracia. En un estado con gobierno democrático, el grado de importancia de los derechos se reconoce en la constitución. Lo que hace importante un derecho es el reconocimiento que le hacen los ciudadanos y el acuerdo de consagrarlo en la constitución, lo cual lo resguardará, incluso aún ante el deseo de una mayoría parlamentaria de quitarle esa categoría.

Otro aspecto que se pregunta Rodolfo Arango es sí la consagración constitucional es un requisito necesario para poder aceptar la existencia de derechos fundamentales, a

¹²⁰ Nota tomada de la obra de Rodolfo Arango Rivadeneira, en el pie de página número 92. Op. Cit. Pág.31.

¹²¹ Rodolfo Arango Rivadeneira Op. Cit. Pág. 31

lo cual se debe responder negativamente, toda vez que no sólo los derechos explicitados en una norma jurídica de forma taxativa (en este caso la constitución política) son a los que podemos categorizar como fundamentales¹²². Ya en el estudio del derecho subjetivo, al analizar la característica M2 se señalaba como por vía de interpretación de normas de derechos fundamentales y de razones válidas podíamos justificar una posición jurídica.

Los derechos fundamentales se pueden clasificar como derechos de prestación y derechos de defensa. Ambas clases de derecho conforman los derechos fundamentales y la exclusión de los derechos de prestación de este grupo hoy se torna injustificada a la luz del derecho constitucional que evidencia en términos de Rodolfo Arango que las acciones positivas fácticas del Estado son necesarias para garantizar incluso las libertades o derechos de defensa¹²³.

Una idea final sobre derechos fundamentales es el papel que el derecho (y su argumentación e interpretación) juega en la justificación de las posiciones jurídicas fundamentales¹²⁴. Aquí se introduce un elemento conceptual que va a ser fundamental en el concepto de los derechos sociales fundamentales posterior, que va a incluir en la estructura de las características de los derechos sociales fundamentales: M5. Este elemento es la relación existente entre la necesidad y urgencia de la protección de la posición jurídica del individuo para la justificación de la misma.

2.1 El derecho fundamental a la salud

La estructura del derecho a la salud se va perfeccionando en la medida en que su concepto se complejiza, también con la característica M4. Del concepto inicial del

¹²² Ver Págs. 30 a 37 de la obra de Rodolfo Arango Rivadeneira.

¹²³ Ver Rodolfo Arango Rivadeneira. Op. Cit., 3) Págs. 36 y 37.

¹²⁴ Idea desarrollada por Rodolfo Arango en la pág. 34, Op. Cit.

derecho subjetivo a la salud, al derecho fundamental a la salud considero que hay un una suma de otra característica de vital importancia, la cual se va a reflejar en la posibilidad de los ciudadanos para argumentar y justificar su posición jurídica dentro del ordenamiento jurídico colombiano. El grado de importancia de la salud dentro del estado social de derecho colombiano, considero que está altamente vinculado con el valor y compromiso de la sociedad con aspectos como la dignidad humana, la solidaridad y el desarrollo de su visión de la democracia y del elemento libertad que es esencial en esta forma de gobierno¹²⁵.

Considero que en un estado constitucional de gobierno democrático los ciudadanos deben tener posibilidades de cumplir el sueño de si mismos, de alcanzar su proyecto de vida individual. Por lo pronto, me ocupo de defender la posibilidad, en un sentido más restringido, de que puedan ser ciudadanos. La denominación de estado social de derechos y de democracia que tiene Colombia así lo exige. Considero que la salud es uno de esos presupuestos materiales de la libertad, en tanto está directamente relacionada con eso que ahora se denomina las capacidades humanas desde la extraordinaria visión de Amartya Sen y Martha Nussbaum: “*Las capacidades humanas constituyen una parte importante de la libertad individual (..) La libertad de llevar diferentes tipos de vida se refleja en el conjunto de capacidades de la persona*¹²⁶”.

El concepto de libertad se entrelaza de manera intrínseca e indispensable con el de dignidad humana que remite a la calidad de vida de los seres humanos como ciudadanos dignos y, en últimas, felices de vivir de su vida, en este sentido comparto el enfoque de la calidad de vida de Amartya Sen y Martha Nussbaum: “*se basa en una visión de la vida en tanto combinación de varios “quehaceres y seres”, en los que la calidad de vida debe evaluarse en términos de la capacidad para lograr funcionamientos valiosos (...)*¹²⁷”. Para los autores anteriormente referenciados “La

¹²⁵ Ver Capítulo I, 1.2.1, acerca de las nociones de libertad positiva y libertad negativa.

¹²⁶ Martha Nussbaum y Amartya Sen, “La calidad de vida”, Fondo de cultura económica, México, 2002, Pág. 58.

¹²⁷ Martha Nussbaum y Amartya Sen, “La calidad de vida”, Fondo de cultura económica, México, 2002, Pág. 56.

riqueza y los bienes primarios o recursos no son tomados como objetos de valor en sí, sino como *medios de vida o medios de libertad*¹²⁸. La salud humana se aprecia entonces como uno de los elementos o presupuestos materiales y emocionales de esa *capacidad humana para lograr funcionamientos valiosos*. La visión tradicional de salud como ausencia de enfermedad evidencia su restringido alcance que además choca con una visión integral de lo humano, de lo digno, y de lo justo y moralmente aceptable para las sociedades y democracias contemporáneas.

En este sentido retornamos a un concepto inicial, el concepto de derecho fundamental de Alexy, desde esta perspectiva el derecho fundamental a la salud se categoriza como la posición jurídica de los ciudadanos de un estado social de derecho por su vinculación directa con la libertad y la dignidad del hombre, por este motivo su otorgamiento o no, no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria. Lo anterior explica de mejor forma porque en materia del derecho a la salud, no podemos circunscribirnos únicamente a la legalidad.

3. DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Los derechos sociales fundamentales conforman una complejidad más desarrollada de los derechos subjetivos con alto grado de importancia¹²⁹. En este punto adquieren una característica M5 que los va a diferenciar de los derechos subjetivos y de los fundamentales en general. Según Rodolfo Arango el plus de los derechos sociales fundamentales en relación con los fundamentales es que *son “derechos de prestación en sentido estricto”*¹³⁰, es decir, *derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado*¹³¹. La característica M5 consiste en el carácter general positivo de los

¹²⁸ Op. Cit. Pág. 58.

¹²⁹ Sostiene RODOLFO ARANGO : “Según su *genus proximum*, los derechos sociales fundamentales son derechos fundamentales, es decir, derechos subjetivos con un alto grado de importancia”. Op. Cit. Pág. 37.

¹³⁰ En este punto RODOLFO ARANGO reseña a Robert Alexy, se recomienda ver la cita número 107 del I capítulo, en la pág.37 de su obra antecitada.

¹³¹ Op. Cit. Pág. 37.

derechos sociales¹³². Sostiene que *el carácter general de derechos sociales fundamentales se refleja en tres planos el del titular del derecho (todas las personas), el de su objeto (un derecho constitucional a una situación fáctica) y el de su justificación (generalidad e indeterminación¹³³)*. Al referirse a los derechos sociales fundamentales y analizar su relación con las normas jurídicas (característica M1), conserva para estos la existencia de DESC a partir de normas explícitas¹³⁴ o interpretadas,

“ (...) los derechos generales positivos o están establecidos explícitamente en disposiciones de derechos fundamentales, o que pueden adscribirse a una disposición de derecho fundamental (M1), que ellos pueden derivarse de obligaciones jurídicas constitucionales indirectas (M2), y (c) que por lo menos uno de esos derechos puede justificarse correctamente en el plano constitucional, es decir, que vale como posición jurídica iusfundamental (M3).”¹³⁵

Referente a la existencia de DESC mediante normas constitucionales interpretadas, sostiene que es posible siempre y cuando la norma jurídica de la que se derive la misma sea el texto constitucional estatal de la sociedad, así, al referirse a los derechos sociales fundamentales adscriptos por vía de interpretación sostiene que los mismos, esto es “requieren, *per definitionem*, una disposición de derecho fundamental explícita que pueda fungir de fundamento jurídico de los derechos sociales fundamentales.”¹³⁶

¹³² Señala RODOLFO ARANGO : “El concepto de los derechos sociales fundamentales se distingue por cinco características: la norma jurídica (M1), la obligación jurídica (M2), la posición jurídica (M3), el grado de importancia (M4) y el carácter general positivo (M5).” Op. Cit. Pág. 38.

¹³³ Rodolfo Arango Rivadeneira, Op. Cit. Págs. 37 y 38.

¹³⁴ Rodolfo Arango Rivadeneira, “Los derechos sociales fundamentales explícitos son aquellos derechos generales positivos que se encuentran establecidos claramente en una Constitución.” Op. Cit. Pág. 40

¹³⁵ Op. Cit. Pág 39 y 40.

¹³⁶ Rodolfo Arango Rivadeneira, Op. Cit. Pág. 41.

Para Rodolfo Arango la interpretación de derechos sociales fundamentales debe realizarse directamente del texto constitucional¹³⁷. Se evidencia en ello el deseo de que su teoría ofrezca un nivel óptimo de seguridad e institucionalidad, que de esta manera queda garantizada frente a los argumentos que no toleran, por una visión estrictamente reduccionista del derecho a las normas legales, la interpretación realizada por el Juez Constitucional en los Estados Sociales de Derecho.

3.1. Normas internacionales de derechos sociales fundamentales en la constitución colombiana. El Bloque de Constitucionalidad

Para Rodolfo Arango las normas de derechos sociales fundamentales deben ser las constitucionales, ya sean explícitas o interpretadas, en el caso de éstas últimas se deben formular de manera coherente con la constitución y argumentadas de forma convincente y válida. Considero que surge un interrogante a resolver: ¿como se articulan los pactos internacionales en derechos humanos y la constitución política colombiana? Ya se ha presentado como respuesta, anteriormente, que mediante el Bloque de Constitucionalidad. En este tema me apoyo en el trabajo realizado por el constitucionalista Rodrigo Uprimny Yepes¹³⁸, quien conceptualiza y analiza las implicaciones del denominado bloque de constitucionalidad como herramienta interpretativa de los jueces constitucionales.

Considera Uprimny Yepes que el “bloque de constitucionalidad hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional (...) esto es, que las normas constitucionales, o al menos supralegales, pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita.¹³⁹”

¹³⁷ Sobre este punto ver la obra citada en la Pág. 41.

¹³⁸ Rodrigo Uprimny en su ensayo: “EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”. Profesor Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Ex Magistrado de la Corte Constitucional.

¹³⁹ Op. Cit.

Lo anterior señala que puede permitirse la interpretación de normas constitucionales de derechos humanos indirectas derivadas de la constitución, y que, los pactos o tratados internacionales ratificados por gobierno colombiano pueden ser orientadoras de la jurisprudencia constitucional que se considera (por la misma corte¹⁴⁰) que orienta una forma correcta de interpretar y analizar el texto constitucional colombiano.

Uprimny Yespes identifica en la Corte Constitucional colombiana una interpretación del derecho que supera el positivismo jurídico y que acepta la existencia de criterios orientadores del derecho de un estado de acuerdo a valores sociales de orden nacional e internacional¹⁴¹.

El bloque de constitucionalidad en términos de este tratadista queda definido como “un intento por sistematizar jurídicamente ese fenómeno, según el cual las normas materialmente constitucionales -esto es, con fuerza constitucional- son más numerosas que aquellas que son formalmente constitucionales -esto es, aquellas que son expresamente mencionadas por el articulado constitucional-¹⁴²”. El estudio del bloque de constitucionalidad en Colombia genera la reflexión de la relación que se da entre su existencia y las democracias, en este sentido Rodrigo Uprimny señala los beneficios de la existencia del bloque en este sentido, y para la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos¹⁴³.

¹⁴⁰ Uprimny indica de forma rigurosa y detallada la línea jurisprudencial en el tema del bloque de constitucionalidad, de las cuales destacamos las siguientes: C-225 de 1995; C-578 de 1995; T-558 de 1999; T-426 de 1992; C-358 de 1997; C-191 de 1998; C-582 de 1999; T-483 de 1999; C-010 de 2000; T-568 de 1999; C-406 de 1996.

¹⁴¹ Uprimny considera, destaca respecto a los textos constitucionales el carácter abierto de los mismos “las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios, que sin estar en la constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia constitución establece que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional” Op. Cit. Pág. 3

¹⁴² Uprimny Op. Cit.

¹⁴³ A este respecto el autor que nos guía considera que “el bloque de constitucionalidad tiene ciertas ventajas y potencialidades democráticas, ya que permite que la constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia”. Op. Cit.

Observa el tratadista referenciado que la Corte ha ampliado su concepción de bloque constitucional en el que se incluyen tratados internacionales señalados en el artículo 93¹⁴⁴ de la constitución política e incluso los aspectos doctrinales que desarrollan los órganos de seguimiento o vigilancia de los derechos humanos, como por ejemplo las recomendaciones del comité del Pidesc. A continuación se cita parte del trabajo con el cual de forma panorámica Uprimny Yepes explica como opera, a través de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, el bloque de constitucionalidad:

“Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias”. (...) Posteriormente, otras sentencias, como la C-582 de 1999, retoman esa misma distinción, de suerte que ésta parece haberse consolidado en la práctica jurisprudencial de la Corte. (...)”¹⁴⁵

En materia de Derechos Humanos (en riesgo de caer en redundancia aclaro que aquí se incluyen los DESC) se observa que la Corte Constitucional incluye en el bloque de constitucionalidad los pactos de derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

“ [el bloque de constitucionalidad en Colombia] ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario, así como la doctrina elaborada por

¹⁴⁴ Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia: “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.”

¹⁴⁵ Uprimny Yepes, Op. Cit.

las instancias internacionales, hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana. Por ejemplo, es claro que hoy en Colombia, conforme a la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional, los convenios de derecho humanitario y gran parte de los otros tratados de derechos humanos, tienen rango constitucional, y hacen parte del bloque en sentido estricto. Igualmente es claro que la jurisprudencia de las instancias internacionales, como la Corte Interamericana o el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, tiene una cierta fuerza jurídica interna, en la medida en que constituyen pautas relevantes sobre la interpretación de los derechos constitucionales. Esa evolución representa un avance notable en la consolidación de una cultura jurídica de los derechos humanos en el país, sobre todo si comparamos la actual situación con la práctica jurídica existente antes de 1991, cuando los jueces negaban cualquiera fuerza jurídica a los tratados en la materia¹⁴⁶.

Lo anterior señala pautas para la interpretación del texto constitucional colombiano, no agregando normas, sino aplicándolos de acuerdo a los lineamientos constitucionales.

Considero que los tratados internacionales de derechos humanos ofrecen la posibilidad de guiar la interpretación constitucional en Colombia, mediante el bloque de constitucionalidad y entre ellos, tiene lugar el PIDESC que consagra además el derecho a la atención básica en salud, es decir, consagra el derecho a la salud. Y además de lo anterior contribuye a que la estructura de un derecho subjetivo a la salud en Colombia sea conveniente.

3.2. Obligaciones en derechos sociales fundamentales

Reconoce Rodolfo Arango las obligaciones de derechos sociales fundamentales directas e indirectas. *Las obligaciones jurídicas indirectas son aquellas que pueden*

¹⁴⁶ Op. Cit.

*obtenerse un “enunciado normativo” mediante interpretación*¹⁴⁷. El respeto y la aceptación de la interpretación de los jueces constitucionales no es cosa distinta al reconocimiento que la humanidad desde el siglo XIX hasta la contemporaneidad ha avanzado, y la justificación de la vida en sociedad ha superado el contrato social. El desarrollo del pensamiento humano desde mi perspectiva conlleva aceptar que las normas jurídicas existen para el bien del hombre, no sólo como justificación del estado que se consolida como ficción encarnada por los mismos hombres que lo dinamizan. Considero que los valores que orientan la vida en sociedad son aquellos que la sociedad libre y autónomamente decide, guiados y orientados por los principios internacionales de la contemporaneidad, en los cuales la vida humana, su dignidad, y la solidaridad se constituyen como ejes de la vida en sociedad.

3.3. Estructura del derecho social fundamental a la salud

Luego de evidenciar la discusión histórica y vigente sobre el contenido mínimo, máximo o intermedio de los derechos sociales fundamentales¹⁴⁸, se inicia el análisis de la estructura de los derechos sociales fundamentales, y en nuestro caso, del derecho social fundamental a la salud. Rodolfo Arango considera que el derecho social fundamental tiene la forma de un derecho a algo¹⁴⁹. Lo anterior va a determinar la estructura tripartita del derecho a la salud. Una estructura tripartita de un derecho social fundamental contiene: a) portador o titular del derecho; b) obligado u obligados; y c) objeto u objetos del derecho¹⁵⁰. Desde la teoría en estudio en la cual salud se conceptualiza como un derecho social fundamental, éste tiene una característica adicional a los derechos fundamentales en general. Esta característica adicional o plus es el carácter general positivo a acciones fácticas del estado. Rodolfo Arango

¹⁴⁷ Rodolfo Arango Rivadeneira; El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, Pág. 41.

¹⁴⁸ Ver páginas 53 y 54 de la obra de Arango Rivadeneira

¹⁴⁹ RA obra citada, pág. 55

¹⁵⁰ RA simboliza de forma analítica la estructura del derecho social fundamental con un titular, un obligado, y un objeto del derecho así: DabG. Ver I capítulo: 2.3.2 en “El concepto de derechos sociales fundamentales”, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, Pág. 55.

especifica que el carácter general de los derechos sociales fundamentales se manifiesta en tres dimensiones: en los titulares del derecho, en el objeto que es el derecho a una acción fáctica, y, finalmente, en la justificación.

Considero que una definición del derecho a la salud desde esta teoría debe estructurarse así: el derecho a la salud es la facultad o poder de un ciudadano (contribuyente, beneficiario, subsidiado o vinculado¹⁵¹) de exigir (M1)¹⁵²; a una EPS, ESE, IPS, EPS`S (ARS) o un Ente Territorial, una prestación consistente en suministrar atención médica (tratamiento médico terapéutico o quirúrgico, medicamentos o cualquier prestación de salud en general) (M2)¹⁵³; necesaria para, a) mantener el estado de salud; o, b) recuperar el estado saludable de un individuo, que padece estado de enfermedad o síntomas evidentes de contraerla (M3); porque su consagración constitucional (en la que se incluyen las normas internacionales vigentes por medio del bloque de constitucionalidad) consagran que el bienestar físico, emocional, y calidad de vida de sus ciudadanos es primordial para la protección de los principios de libertad y dignidad humana, en el Estado social de derecho (M4), lo cual implica que una falta de reconocimiento de la posición del sujeto (afiliado, vinculado, beneficiario, subsidiado) y la negación injustificada de la prestación de salud requerida ocasiona un daño inminente (grave estado de salud) para el individuo, lo cual va contra los principios consagrados en la Constitución Política de Colombia, por lo cual no debe ser permitido por la sociedad colombiana (M5).

Se observa como el elemento argumentativo, y los principios y valores de la sociedad hacen parte del concepto mismo del derecho a la salud, lo cual es un logro importante en la teoría de los derechos sociales que orienta este trabajo. Es muy importante para esta definición presentada el evitar que el sujeto por cualquier motivo vea mínimamente afectada la perturbación de su estado de salud, de forma tal que se llegué a poner en peligro su vida.

¹⁵¹ Titulares del derecho social fundamental a la salud.

¹⁵² Primer plano donde se manifiesta la generalidad del derechos social fundamental en cuanto a sus titulares

¹⁵³ Segundo plano donde se manifiesta la generalidad del derechos social fundamental en cuanto a sus titulares

3.3.1. Titulares del derecho a la salud en Colombia

Arango Rivadeneira sostiene que los titulares de los derechos sociales fundamentales son exclusivamente los individuos, esto es, son derechos individuales¹⁵⁴. Lo anterior se afirma luego de presentar la pregunta sobre la eventual titularidad de grupos humanos sobre derechos sociales fundamentales. El carácter individual de la exigencia de los derechos sociales fundamentales se deriva de su carácter subjetivo:

“los derechos sociales fundamentales se encuentran adscritos al concepto de los derechos subjetivos; los derechos subjetivos son un tipo de derechos del individuo, y los titulares de los derechos sociales fundamentales son individuos, entonces los derechos sociales fundamentales son derechos individuales¹⁵⁵ (...) Que alguien tenga derecho a la alimentación, al trabajo, a la vivienda, a la educación, etc., significa que se encuentra en la posición jurídica de exigir una acción positiva específica a otro. Esta estructura de los derechos sociales fundamentales se deriva del concepto de derecho subjetivo, es decir, de la posición jurídica de un sujeto de derecho dentro de un orden jurídico, con respecto a la cual es posible dar razones válidas y suficientes.¹⁵⁶”

Rodolfo Arango en seguimiento de la teoría jurídica y de justicia de Ronald Dworkin distingue de forma exitosa los derechos sociales fundamentales de las metas, con base en la fuerza lograda por vía argumentativa de los ciudadanos sobre sus posiciones jurídicas, lo cual se traduce en una individualización de los derechos, como

¹⁵⁴ Op. Cit. Pág. 59.

¹⁵⁵ Op. Cit. Pág. 60.

¹⁵⁶ Op. Cit. Pág. 61.

prueba evidente de que el estado se toma en serio a sus ciudadanos¹⁵⁷. De no hacerlo, las metas políticas no serían más que contenidos lingüísticos o símbolos políticos despojados de eficacia, y de compromiso estatal.

“voy a distinguir los derechos de las metas, concentrándome en el carácter distributivo de las proposiciones sobre derechos y la fuerza que semejantes proposiciones tienen en la argumentación política¹⁵⁸ (...) La fuerza, esto es, el peso de la afirmación respectiva dependería, entonces, de en qué medida la afirmación alcanza para la individualización de una posición jurídica. Así, a una afirmación debería atribuírsele mayor peso en la medida que contribuya a tal individualización. Ello se sigue del principio de tomar en serio al individuo¹⁵⁹”

Considero que es acertada la argumentación de la individualidad de los derechos sociales fundamentales, y además de ello es conveniente, para una teoría de los mismos, observarlos como esas metas políticas individualizadas. En este punto, Rodolfo Arango inicia el análisis de la relación existente entre los derechos subjetivos y los individuales.

1.1.2.3.1. La relación entre derechos subjetivos e individuales

Sobre este punto Rodolfo Arango considera fundamental la distinción entre derechos subjetivos e individuales¹⁶⁰. No son conceptos sinónimos¹⁶¹. Esta diferencia obedece a que no sólo los individuos tienen derechos¹⁶². Tratándose de derechos sociales

¹⁵⁷ RODOLFO ARANGO Op. Cit. citando la obra Los Derechos en serio de R. Dworkin. “Un derecho (...) es una meta política individualizada”. Pág. 62. “Una meta es una finalidad política no individualizada”, pág. 63.

¹⁵⁸ RODOLFO ARANGO cita a R. Dworkin. Op. Cit. Pág. 62.

¹⁵⁹ R.A Op. Cit. Pág. 62.

¹⁶⁰ Ver R.A Op. Cit. Pág. 70.

¹⁶¹ RODOLFO ARANGO considera que “entre los subjetivos y los derechos individuales no existe una relación de identidad sino una relación de subordinación”.

¹⁶² Ver R.A Op. Cit. “(...) se concibe al individuo concibe (sic) como titular exclusivo de derechos. Se trata con esto de una falacia naturalista, porque una característica contingente (aquí el hecho de ser una persona física o natural)

fundamentales los mismos corresponden a individuos y son exigibles por ellos. Según Rodolfo Arango “Los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos modernos son más o menos individualistas. Ellos dan por sentados la dignidad y el respeto del individuo. Esto denota su carácter liberal.”¹⁶³. Considero que el, aquí defendido, carácter individualista de los derechos sociales también puede ser un buen argumento a favor de los mismos, teniendo en cuenta que el liberalismo, con sus principios de respeto y dignidad del individuo son razones esenciales para no negar las posiciones jurídicas de los ciudadanos que solicitan prestaciones derivadas de derecho sociales, en nuestro, del derecho a la salud. Esto a su vez se convierte en el principal argumento para rebatir el carácter colectivo de los derechos sociales. Se cita a Rodolfo Arango.

“A la inversa, los derechos que pueden ejercerse individualmente, no son derechos colectivos. Este es el caso de los derechos sociales fundamentales.”¹⁶⁴

3.3.1.1. Individuos titulares del derecho social fundamental a la salud en Colombia

La Ley 100 de 1993 clasifica los titulares del derecho a la salud teniendo en cuenta su capacidad de pago, y su autonomía. Son parámetros neoliberales de mercado y se constituye en el objetivo primordial de la ley de salud al señalar que todos los habitantes deberán estar afiliados al sistema posteriormente a su entrada en vigencia. De acuerdo a lo anterior los sujetos con capacidad de adquisición y activos laboralmente son aquellos que pueden y deben ser afiliados. Aquellos que debido a su dependencia económica, o su no vinculación a una relación de trabajo no tienen

se toma como si fuera una característica necesaria del derecho subjetivo. (...)El titular de un derecho es quien se encuentra en una posición jurídica que puede ser justificada mediante razones válidas y suficientes. (...) Los derechos individuales, es decir, los derechos del individuo, son una subclase de los derechos subjetivos; Esto significa que la existencia de derechos individuales no es una condición necesaria sino únicamente suficiente para afirmar la existencia de los derechos subjetivos. (Pág. 71) Para resumir, todos los derechos individuales son derechos subjetivos, pero no todos los derechos subjetivos son derechos individuales. Los titulares de derechos subjetivos pueden, pero no tienen que ser individuos. (Pág. 72)

¹⁶³ R.A Op. Cit. Pág. 70.

¹⁶⁴ R.A Op. Cit. Pág. Pág. 81

acceso a la cotización mensual y tiene un vínculo sanguíneo o civil con otro individuo afiliado, este puede favorecerlo y convertirlo en su beneficiario, porque la ley lo permite, y salvo algunas restricciones como un pago adicional de cuota moderadora. Cito textualmente, a continuación, las definiciones elaboradas por el experto en seguridad social colombiana Gerardo Arenas.

a. Afiliados

Son aquellos sujetos que formalmente están incluidos en el sistema legal de salud. Y aquellos que tienen un plan obligatorio de salud (POS) que incluye tratamientos, medicamentos y prestaciones de salud en general. Puede afirmarse que son los sujetos protegidos directamente por un sistema de salud.

“Los afiliados: se denominan afiliados en el sentido genérico las personas que tienen derecho acceder el sistema de salud. En ese sentido, la ley señala que todos los habitantes “deberán estar afiliados al sistema” (art. 156, b). En un sentido más específico afiliado es el sujeto que tiene una relación directa con entidad administradora del sistema, para distinguirlo de los beneficiarios que integran su núcleo familiar. En este último sentido, que es el más preciso, la ley define dos tipos de afiliados específicos, según el régimen al cual pertenecen (art. 157): Los afiliados mediante régimen contributivo que son “las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago”; y los afiliados mediante el régimen subsidiado, que son “las personas sin capacidad de pago es decir, “la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana”¹⁶⁵.

1. Afiliados cotizantes

Los afiliados cotizantes son aquellos contribuyentes que tienen capacidad de pago y suscriben un contrato de prestación de servicios de salud con sus Empresas

¹⁶⁵ Ver al tratadista GERARDO ARENAS MONSALVE, en su obra “El derecho colombiano de la seguridad social”, Legis, Colombia, 2006, Págs. 427 y 428.

Promotoras de Salud seleccionadas –EPS-, por tal motivo reciben el nombre de cotizantes¹⁶⁶. Son los clientes de mercado de salud del sistema de salud colombiano.

“Son afiliados al régimen contributivo¹⁶⁷, como cotizantes, los siguientes grupos de personas: a) todos los nacionales o extranjeros, residentes en Colombia, vinculados mediante contrato de trabajo que se rija por normas colombianas, incluidas las personas que prestan servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país; b) los servidores públicos; c) los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos, tanto del sector público como del privado; d) los trabajadores independientes, los rentistas, los propietarios de empresas y, en general, todos los residentes en el país sin vínculo laboral público o privado, con ingresos iguales o superiores a dos salarios mínimos y e) los cónyuges o compañeros (as) permanentes de las personas exceptuadas del sistema de seguridad social según la Ley 100 (art 279). Los miembros del grupo familiar del cotizante se consideran beneficiarios del sistema de salud (D. 806/98, art. 26).”¹⁶⁸

Posición jurídica de los afiliados cotizantes. La posición jurídica es uno de elementos más importantes del concepto de derecho subjetivo. En el derecho a la salud la posición jurídica va a variar dependiendo de si el ciudadano se es contribuyente, afiliado, o, beneficiario; o vinculado. Existen condiciones fácticas diferentes e incontrovertibles que van a exigir diferencias de tratos, justificadas, al momento de

¹⁶⁶ Op. Cit. “Los afiliados al régimen contributivo, al conformar la población económicamente activa del país, constituyen un sector de la población que está plenamente identificado en las estadísticas oficiales. En efecto, si se trata de asalariados de los sectores público y privado, figuran en las nóminas de las entidades empleadoras; los pensionados figuran también en las nóminas respectivas de las entidades pagadoras y, si se trata de trabajadores independientes, figuran en las declaraciones tributarias. En segundo lugar, los aspectos operativos del régimen se facilitan, en cuanto los empleadores descuentan directamente las cotizaciones de los asalariados y las trasladan a las EPS respectivas a través de mecanismos de autoliquidación. Los independientes, por su parte, establecen una relación directa con la EPS a la cual se afilian y el recaudo de la cotización es previo a la prestación de los servicios de salud.” Pág. 443.

¹⁶⁷ Ver GERARDO ARENAS MONSALVE, Op. Cit. El régimen contributivo se financia principalmente con las cotizaciones obligatorias pero también contribuyen a la financiación de los servicios los pagos adicionales por planes complementarios y los pagos moderadores. Como su nombre lo indica, el régimen contributivo se financia principalmente con los aportes o cotizaciones que deben efectuar los afiliados. Con cargo a las cotizaciones de los afiliados, éstos y sus beneficiarios tienen derecho a un conjunto de servicios de salud que se denomina plan obligatorio de salud, cuyas características serán precisadas en su momento. Pág. 429

¹⁶⁸ Op. Cit.

exigir a los diferentes obligados, prestaciones derivadas del derecho a la salud. Se detallan los sujetos cotizantes del sistema de salud. En el esquema que se ha presentado del derecho a la salud, los cotizantes, son el sector que deberán desarrollar argumentos para su derecho subjetivo a la salud de forma muy distinta a la de los vinculados y subsidiados, porque en principio a ellos, como a vinculados y subsidiados, se les debe aplicar legalidad del derecho a la salud.

Aquí es donde la teoría de los derechos subjetivos se puede materializar de forma más concreta. La existencia de condiciones formales de derechos sociales se puede mirar a partir de las posibilidades jurídicas y las entidades o instituciones, que fácticamente pueden permitir la protección del derecho a la salud en Colombia. Considero que es mediante la jurisdicción constitucional que se materializa el derecho social fundamental a la salud. Así, la constitución política, la Corte constitucional, y la acción de tutela y los jueces constitucionales de tutela permiten la posibilidad de reparar, en casos concretos, las fallas que se presentan en el servicio público a la salud.

La Constitución política Colombiana es el texto en donde se consagran los principios, valores y criterios de interpretación de las normas legales que rigen el servicio público a la salud. La Corte Constitucional como tribunal de control constitucional, verifica el cumplimiento del derecho a la salud en casos específicos, y controla la constitucionalidad de las normas que regulan su servicio. La Acción de tutela como acción constitucional es la herramienta ciudadana que materializa el control constitucional, el mecanismo de accesibilidad de los ciudadanos a las demandas en salud.

Una forma inicial de mirar la falta de capacidad económica para activar la protección estatal constitucional del derecho a la salud pareciera invitar a escoger a vinculados y subsidiados. Sin embargo, considero que es más adecuado e integral elegir a los afiliados que no tienen Planes adicionales de salud –PAS- y vinculados, porque son ellos los que al no tener posibilidad de tratamientos médicos no contemplados por el

POS, (los primeros) y ningún acceso (los segundos), son más vulnerables a estar desprotegidos en su derecho a la salud. Esto incluye como sujetos de protección especial por parte del derecho a la salud a: i) los afiliados que carecen de un plan adicional de salud que les permita acceder a tratamientos no contemplados en plan obligatorio de salud; y, ii) los vinculados.

Un afiliado al sistema de salud, sea cotizante, beneficiario o subsidiado, tiene derecho a un plan de servicios de salud, señalados taxativamente por el Consejo Nacional de Seguridad Social. Los vinculados tienen ninguno, sólo en eventos de accidentes de tránsito y catástrofes naturales, son atendidos de urgencia, a cargo del FOSYGA, subcuenta de eventos catastróficos. El principal problema de las demandas de tutela es la solicitud de tratamientos no POS e incluso POS¹⁶⁹. De considerable importancia es también el incremento de las tutelas que piden la protección del derecho a la salud a la Corte Constitucional. Considero que es un indicador significativo de que la legalidad del servicio de salud tiene deficiencias para la garantía de la salud de los individuos, quienes deben acudir a la instancia constitucional para la materialización del derecho a la salud.

Se indica por la Defensoría del Pueblo que de 1999 al 2005 las acciones de tutelas que reclamaban protección del derecho a la salud crecieron aproximadamente un 280%. Esta institución considera que de este elevado número de tutelas se puede inferir una repetida violación del derecho a la salud, lo cual podría llevar a la declaración de un *estado de cosas inconstitucional en salud*¹⁷⁰.

2. Los afiliados beneficiarios

¹⁶⁹ En estudio realizado por ámbito jurídico, con datos suministrados por la Defensoría del Pueblo, se informa que del 100% de las tutelas que buscan protección del derecho a la salud, (en el período 2003-2005) el 56,4% solicitaba tratamientos POS, el 29,7% servicios no POS, y el 13,3 POS y NO POS. Ver *Ámbito Jurídico*, Año X, No.235, edición del 8 al 21 de octubre de 2007. Colombia, Págs. 18 y 19.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

Los beneficiarios, son afiliados que gozan de los beneficios de los cotizantes, salvo por un pago adicional por todos los servicios prestados denominados cuotas moderadoras. La prestación de la atención médica depende del pago previo de la cotización mensual del cotizante, y de la cuota moderadora.

“b) Los beneficiarios: la ley fijó como criterio que el plan obligatorio de salud es de cobertura familiar y señala que “para estos efectos, serán beneficiario del sistema él (o la) cónyuge o el compañero o la compañera permanente de afiliado cuya unión sea superior a dos años, los hijos menores de 18 años de cualquiera de los cónyuges, que hagan parte del núcleo familiar y que dependan económicamente de éste, los hijos mayores de 18 años con incapacidad permanente o aquellos que tengan menos de 25 años, sean estudiantes con dedicación exclusiva y dependan económicamente del afiliado. A falta del cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, la cobertura familiar podría extenderse a los padres del afiliado no pensionados que dependan económicamente de éste” (art. 163).”¹⁷¹

3. Afiliados subsidiados

Constituyen el sector que recibe la solidaridad de los contribuyentes. En teoría deben ser subsidiados de un régimen de salud de mercado la población más pobre y vulnerable del país de las áreas rural y urbana.

“los afiliados mediante el régimen subsidiado, que son “las personas sin capacidad de pago es decir, “la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana”. ”¹⁷²

¹⁷¹ Ver GERARDO ARENAS MONSALVE, en su obra “El derecho colombiano de la seguridad social”, Legis, Colombia, 2006, Pág. 428.

¹⁷² Op. Cit.

Considero que ocupan un papel muy importante en la teoría del derecho subjetivo a la salud, porque ellos son los sujetos que ocupan mayor número de posiciones jurídicas que se pueden derivar de las normas del derecho social fundamental a la salud. Aclaro algo, no considero que los afiliados contribuyentes no tengan posiciones jurídicas que ameriten razones validas que posteriormente sean reconocidas por los jueces, o la institucionalidad colombiana, tal es el caso que se presenta cuando necesitan servicios POS (negados) o no POS.

4. Los vinculados

Por sus condiciones socioeconómicas tienen derecho a ser incluidos en el régimen subsidiado, sin embargo, no lo son, por las deficiencias mismas del sistema en cuanto a su capacidad de cobertura, de organización y financiación. Esto va a tener consecuencias directas y muy importantes en la estructuración y justificación de las posiciones jurídicas derivadas de las normas derechos fundamentales a la salud.

c) Los vinculados: la ley denominó participantes vinculados a “aquellas personas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado¹⁷³.” (art.157, b). En el lenguaje de la Ley 715, estas personas se describen como “población pobre no cubierta con subsidios a la demanda”.¹⁷⁴

3.3.2. Los obligados del derecho social fundamental a la salud

¹⁷³ “De todas maneras, la Ley 100 concibió la ampliación de cobertura como un proceso gradual, de modo que contempló dos tipos de sujetos: los afiliados al régimen subsidiado, que son las personas debidamente inscritas y con derechos de el sistema y, los vinculados, es decir, las personas que teniendo derecho al régimen subsidiado, no son aún beneficiarias de éste.” Op. Cit. Págs. 479 y 480.

¹⁷⁴ Ver GERARDO ARENAS MONSALVE, en su obra “El derecho colombiano de la seguridad social”, Legis, Colombia, 2006, Pág. 428

Para Rodolfo Arango la obligación de los derechos sociales fundamentales es otro aspecto de gran importancia a analizar. En la discusión se plantea la posibilidad de que los responsables sean el Estado, y los particulares. Considera que la obligación material, su responsabilidad directa está directamente relacionada con la norma jurídica, y la obligación jurídica. Su tesis sobre los obligados de los derechos sociales fundamentales indica que sólo el Estado puede ser el responsable de los mismos.

“Mi tesis afirma que el Estado es el exclusivamente obligado de los derechos sociales fundamentales. Debido a razones pragmáticas y normativas, los particulares están descartados como obligados directos de los derechos sociales fundamentales.”¹⁷⁵

El derecho a la salud en Colombia está radicado como responsabilidad que recae directamente en el Estado colombiano. La dinámica de acción es muy compleja pues se involucra al sector público, al privado, y los ciudadanos como individuos. A continuación se estudia la fundamentación de la tesis de Rodolfo Arango de la responsabilidad estatal de los DESC en el Estado.

En primer lugar considera que la universalidad de los DESC es una característica común de estos con los derechos humanos¹⁷⁶. “Los derechos sociales fundamentales son del individuo contra todos.”¹⁷⁷ Observa Rodolfo Arango que la universalidad de los DESC no se ve disminuida por el hecho de que el obligado sea sólo el Estado, y considera que éste es el obligado primario.

“La universalidad del titular no se pierde en la transformación de los derechos sociales humanos en derechos sociales fundamentales. Tan sólo del lado de los obligados, la universalidad es limitada por razones pragmáticas, en tanto que el

¹⁷⁵ Rodolfo Arango Rivadeneira; El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, Pág. 91.

¹⁷⁶ Los derechos sociales humanos comparten con los derechos generales positivos, o sea, los derechos sociales fundamentales, la universalidad del titular. Op. Cit. Pág. 91.

¹⁷⁷ Op. Cit. Pág. 91

Estado es visto como el obligado primario para posibilitar la realización de los derechos sociales fundamentales.”¹⁷⁸

Según el análisis de Rodolfo Arango, al interior del estado como obligado de los derechos sociales fundamentales entran en consideración el legislador, el ejecutivo y la administración de justicia. Realiza un estudio individual de cada uno de ellos, en lo cuales verifica su facultad de asumir la exigibilidad de algún DESC. Realizamos su análisis desde el derecho a la salud.

3.3.3. El legislador en derecho social fundamental a la salud

Para Rodolfo Arango la posibilidad de exigir al legislador acciones positivas concretas en materia de DESC es difícil de estimar si se mira como ese poder individual de pedir las.

Es dudoso si el legislador puede ser obligado a acciones positivas a favor de titulares concretos de derechos fundamentales. La vinculación de la legislación a los derechos fundamentales (artículo 1, inciso 3 de la Ley Fundamental) apoya tal tesis, puesto que los derechos fundamentales exigen una actividad mínima por parte del legislador para poder realizarse en la práctica. No obstante, un sector importante de la doctrina disputa que el individuo pueda exigir judicialmente acciones positivas al legislador. Los derechos sociales fundamentales son, según esta concepción, “normas no vinculantes” o “mero derecho objetivo”, mas no derechos subjetivos.’ Pese a ello, en casos extremos, la doctrina del derecho público.¹⁷⁹

3.3.4. El ejecutivo en derecho social fundamental a la salud

¹⁷⁸ Op. Cit. Pág. 91

¹⁷⁹ Op. Cit. Pág. 95

Es más accesible la posibilidad de determinar la exigencia de derechos sociales fundamentales del gobierno y los distintos entes de su administración pública. En materia de salud es evidente este aspecto, sobre todo en lo que respecta a la Entidades Promotoras de Salud, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, y otro tipo de entidades que a continuación se detallan. En este caso se entiende que hay particulares que también prestan funciones públicas, especialmente cuando en Colombia, particularmente, el Estado ha delegado gran parte de la prestación de los servicios públicos básicos de asistencialidad (educación, salud, construcción de vivienda, sistema vial y de carreteras y los servicios públicos domiciliarios).

“Por esto la administración también entra en consideración como obligada de los derechos sociales fundamentales. Pero la vinculación a los derechos fundamentales no sólo vale para las autoridades administrativas. También se extiende a particulares que ejercen funciones.”¹⁸⁰

Al referirse Rodolfo Arango al caso del derecho a la salud, en el cual el Estado ha delegado en particulares la función de prestar el servicio público de salud,

“Esto vale en especial en el campo de la salud y la educación. Pero en el caso de los particulares que ejercen funciones públicas, no se trata de particulares obligados de derechos sociales fundamentales. Los prestatarios particulares de funciones públicas son titulares de la autoridad o poder estatal y, como tales, deben ser clasificados como “organismos estatales”.¹⁸¹

Obligados de los entes del gobierno colombiano en el derecho social fundamental a la salud. Entre los cuales se destacan: El Ministerio de la Protección Social, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS), la Superintendencia Nacional de Salud, el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), las Entidades Promotoras de

¹⁸⁰ Op. Cit. Pág. 97.

¹⁸¹ Op. Cit. Pág. 98.

Salud (EPS), las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), las Empresas Sociales del Estado (Ese), los Entes Territoriales: Departamentos, Municipios y Distritos.

a. El Ministerio de la Protección Social

Es el que coordina, ejecuta, controla y dirige la protección social en Colombia. La protección social busca la disminución de la vulnerabilidad de los ciudadanos, y el aumento de su calidad de vida.

“El Ministerio tiene como “objetivos primordiales la formulación, adopción, dirección, coordinación, ejecución, control y seguimiento del sistema de la protección social establecido en la Ley 789 de 2002” (D. 205/03, art. 1°). El sistema de la protección social se define en la Ley 789 como “el conjunto de políticas públicas orientadas a disminuir la vulnerabilidad y a mejorar la calidad de vida de los colombianos, especialmente de los más desprotegidos. Para obtener como mínimo el derecho a la salud, la pensión y al trabajo”¹⁸².

En materia de salud diseña programas enfocados a la prestación de servicios de salud con calidad.

“En salud, los programas están enfocados a permitir que los colombianos puedan acceder en condiciones de calidad) oportunidad, a los servicios básicos”¹⁸³

El Ministerio de protección social, si bien tiene responsabilidades claras y directas en la política de salud, por regla general no va a tener relación o contacto directo con los

¹⁸²Ver GERARDO ARENAS MONSALVE, en su obra “El derecho colombiano de la seguridad social”, Legis, Colombia, 2006, Pág. 404 y 405.

¹⁸³ Ibidem.

ciudadanos, sino sólo en lo referente al direccionamiento, administración, control de gestión del sistema de salud. Lo cual, de cualquier forma, implica que se le pueden hacer exigencias directas en este campo.

b. Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA)

Su función es esencial y fundamental para el funcionamiento del sistema de la salud y del derecho a la salud. Se hace referencia al derecho a la salud, porque es precisamente mediante la operatividad en general del FOSYGA que se materializa la solidaridad del sistema (subcuenta de solidaridad). Es el instrumento jurídico y legal, que permite la realización de las órdenes de las sentencias judiciales que reconocen de forma definitiva las posiciones jurídicas de los ciudadanos en situación de desventaja y vulnerabilidad. Presento el análisis realizado por Arenas Monsalve.

“tendrá por objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos y la solidaridad del sistema cubrir los riesgos catastróficos y los accidentes de tránsito y demás funciones complementarias (art 156 1). Para el cumplimiento de estas finalidades la ley define al fondo como una cuenta sin personería jurídica ni planta de personal propia adscrita hoy al Ministerio de la Protección Social que se maneja por encargo fiduciario (art 218). El fondo tiene cuatro subcuentas independientes en la forma que se indica a continuación (Arts. 219 a 223). **1.** Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo el régimen Contributivo se financia con los ingresos por cotizaciones a través de una unidad de medida per capita que se denomina unidad de pago por capitación” cuya descripción detallada se hará mas adelante. Los recursos que financian la compensación en el régimen contributivo provienen de la diferencia entre los ingresos por cotizaciones y el valor de las unidades de pago por capitación. La subcuenta de compensación es la encargada de manejar esas diferencias. **2.** Subcuenta de solidaridad para la financiación del régimen subsidiado el sistema de salud cuenta con recursos propios dentro de los cuales esta subcuenta contribuye

a la cofinanciación la Ley 100 (art 221) señala las fuentes de financiamiento de esta subcuenta y dentro de tales recursos se tiene un punto de la cotización del régimen contributivo y los aportes del presupuesto nacional definidos en la ley. **3.** Subcuenta de promoción de la salud esta subcuenta tiene por finalidad financiar las actividades de educación información y fomento de la salud y de prevención de la enfermedad Se financia con un punto de la cotización del régimen contributivo y los aportes del presupuesto nacional definidos en la ley. **4.** Subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito: en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, acciones terroristas y catástrofes naturales, los afiliados al sistema de salud tienen derecho a los servicios medicoquirúrgicos e indemnizaciones, que se financian a través de esta subcuenta, con recursos del seguro obligatorio de accidentes de tránsito y otros aportes del presupuesto nacional.”¹⁸⁴

c. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS)

Las EPS constituyen en Colombia uno de los obligados a garantizar el servicio público y el derecho a la salud, porque es un ente encargado de suministrar el objeto del mismo. Se encargan de garantizar el POS, que es el conjunto de bienes, productos y servicios necesarios para mantener el estado de salud de los individuos, recuperarlo en caso de que sea necesario, o evitar el estado de enfermedad inminente en caso de que el mismo sea detectado con antelación.

“Las entidades promotoras de salud (EPS) son las que administran el sistema (...) son: “responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudos cotizaciones” y deben “organizar y garantizar directa o indirecta la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados” (L. 100, art. 177).”¹⁸⁵

d. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS)

¹⁸⁴

¹⁸⁵ Ver Op. Cit. Págs. 410 a 414.

La IPS como prestadoras directas de servicios de salud a los usuarios, son un eslabón esencial en la protección del derecho social fundamental a la salud, pero a la vez pueden constituirse en los entes que de forma directa también lo vulneran en seguimiento de la legalidad del servicio público a la salud. Son de público conocimiento las escenas colombianas deplorables en las cuales se impide la entrada de individuos en condiciones de urgencia de atención médica, por ser vinculados o sisbenizados con restricciones de servicios.

“Las instituciones prestadoras de servicios de salud —conocidas como las IPS— se definen en la ley como: “entidades oficiales, mixtas, privadas comunitarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas (L. 100, art. 156, i).”¹⁸⁶

e. Las Empresas Sociales del Estado (ESE)

Las ESE comparten responsabilidades, beneficios y deberes con la IPS, ya hemos visto que constituyen una modalidad especial de las mismas, con regímenes especiales. Considero que el beneficio de las ESE como prestadoras del servicio público de salud es que no son particulares y su responsabilidad es directa, lo cual genera tanto a los ciudadanos, como a las mismas ESE mayor compromiso social. Son una categoría especial de entidad pública descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o consejos para prestar servicios de salud de forma directa por entes territoriales.

“Una modalidad especial de IPS, cuando la prestación de servicios de salud se efectúa en forma directa por la Nación o entidades territoriales, la constituyen las denominadas Empresas Sociales del Estado —ESE—. Tales entidades:

¹⁸⁶ Ver Op. Cit. Págs. 415 y 416.

“constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o consejos según el caso...” (L. 100, art. 194). Este tipo de instituciones fue contemplado en la Ley que regula la estructura de la administración pública: la Ley 489 de 1998 clasificó a las empresas sociales del Estado dentro de los organismos y entidades del sector descentralizado por servicios (art. 38), y las definió así: “Las Empresas sociales del Estado, creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud, se sujetarán al régimen previsto en la Ley 100 de 1993, la Ley 344 de 1996 y en la presente ley en los aspectos no regulados por dichas leyes a las normas que las complementen, sustituyan o adicionen” (art. 83).”¹⁸⁷

f. Los Entes Territoriales: Departamentos, Municipios y Distritos

No obstante el carácter público, y constitucional del derecho a la salud, su consagración positiva como servicio público (lo cual desde mi punto de vista no debe ser un argumento para no consagrar el derecho a la salud, y, en algunos casos específicos, el derecho social fundamental a la salud, de carácter subjetivo¹⁸⁸.) incide negativamente en el imaginario de los ciudadanos. Por ello se tiende a olvidar que la salud, si bien no ya de toda la población, al menos la de que es pobre y vulnerable debe ser responsabilidad directa del estado, en general, y de sus entes territoriales en particular.

“Aparte de las funciones de la Nación y del hoy Ministerio de la Protección Social, la Ley 100 amplió la órbita de competencias en salud a nivel territorial, de modo que: corresponde a los departamentos, distritos y municipios, funciones de

¹⁸⁷ Op. Cit. Págs. 416 y 417.

¹⁸⁸ Un argumento en contra del derecho fundamental a la salud es la categoría que se le ha dado de servicio público. Pues bien, en un contexto democrático y de sociedades autónomas de libre determinación y autorregulación, es posible, razonar y decidir que un bien específico, sea denominado o categorizado como servicio público o como derecho fundamental. Las razones de peso para estipular el derecho a la salud como derecho fundamental se estudiarán en el III capítulo.

dirección y organización de los servicios de salud pública y la oferta de servicios de salud para garantizar la salud pública y la oferta de servicios de salud por instituciones públicas por contratación de servicios o por el otorgamiento de subsidios a la demanda” (art. 174 inc. 2°). La ley faculta además a las entidades territoriales de los niveles seccional distrital y local para crear consejos territoriales de seguridad social en salud para asesorar a las direcciones en la formulación de planes y proyectos de salud (art. 175).¹⁸⁹

3.4. OBJETO DEL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD

El objeto del derecho social fundamental a la salud, varía de acuerdo a su titular y su obligado. Es uno de los aspectos de mayor complejidad de este derecho. “El objeto del derecho fundamental coincide con el objeto de la norma jurídica -que por su parte se equipara con el objeto de la obligación jurídica-. Existe una simetría entre ambos objetos (...)”.

Considero de vital importancia una adecuada interpretación de la cita anterior de Rodolfo Arango. Debe recordarse que las normas jurídicas de derechos fundamentales no se corresponden exclusivamente con las legales. La norma jurídica por excelencia de derechos sociales fundamentales es la constitución, la cual, como ya se estudio incluye el PIDESC. Por ello, la obligación de los DESC no es meramente legal. No se limita a los diferentes planes a los que tienen derechos contribuyentes, subsidiados y vinculados.

La existencia de un derecho social a la salud implica que, en casos de necesidad, urgencia o posibilidad de un daño injustificado a cualquiera de estos titulares del derecho a la salud, los obligados deben responder, incluso cuando ello exija la inaplicación de una norma legal, como el Plan Obligatorio de Salud, en el caso de los contribuyentes, o del POSS en caso de los subsidiados, o la atención de urgencia en el caso de accidentes, para los vinculados.

¹⁸⁹ Op. Cit. 420 y 421.

Rodolfo Arango plantea que “El objeto de un derecho fundamental son aquellas acciones u omisiones de otro que constituyen el contenido de una norma de derecho fundamental y de la obligación jurídica fundamental”. En el caso de la salud, para su protección se requerirán acciones, por ello el derecho a la salud es un derecho eminentemente prestacional, por regla general. Esto confirma la naturaleza social del derecho a la salud, mirado desde su objeto.

“En tal caso, se trata de un derecho de defensa, propio de la tradición liberal. Pero cuando el derecho fundamental necesita la acción de un otro para su realización, entonces el objeto del derecho fundamental es una acción. En tal caso, se trata de un derecho de prestación, típico de la tradición socialista¹⁹⁰.”

Para Rodolfo Arango el derecho social fundamental exige acciones fácticas¹⁹¹ del estado, que en el caso del derecho a la salud, estará, en principio debido a la organización del SGSSS a cargo de los obligados.

“las acciones fácticas como las acciones normativas del Estado entran en consideración como medios para el cumplimiento de los derechos sociales fundamentales, mientras la obligación de garantía permanece como correlativa al derecho positivo general.”¹⁹²

3.4.1. Objeto legal de los obligados en el servicio público a la salud en Colombia

El objeto legal de los obligados del derecho a la salud en Colombia, que en principio se identifica con el objeto del servicio público a la salud, está delimitado en la Ley positiva colombiana. De esta forma la Ley impone prestaciones en salud taxativas a

¹⁹⁰ RODOLFO ARANGO Op. Cit. Pág. 108.

¹⁹¹ Los derechos sociales fundamentales son derechos generales a una acción fáctica. El derecho general a una acción fáctica define un estado que debe alcanzarse fácticamente. RODOLFO ARANGO Op. Cit. Pág. 110.

¹⁹² RODOLFO ARANGO Op. Cit. Pág. 110.

los obligados del derecho a la salud: **a)** El Ministerio de la Protección Social; **b)** el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (CNSSS); **c)** la Superintendencia Nacional de Salud; **d)** el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA); **e)** las Entidades Promotoras de Salud (EPS)¹⁹³; **f)** las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS)¹⁹⁴; **g)** las Empresas Sociales del Estado (ESE); **h)** los Entes Territoriales: Departamentos, Municipios y Distritos¹⁹⁵.

3.4.2. Aspectos específicos del objeto del derecho social fundamental a la salud

El objeto del derecho social fundamental a la salud no tiene simetría con el del objeto legal del servicio público a la salud. Un derecho social fundamental a la salud exige que de acuerdo a la situación fáctica del titular del derecho a la salud, los obligados asuman como acción positiva estatal el suministro de una prestación de salud necesario. Esto, en algunos casos va a demandar la inaplicación de la disposición legal para dar prioridad a la norma jurídica constitucional. En este caso, tal como lo señala la teoría del derecho subjetivo a la salud, se atenderán las necesidades de salud del individuo sujeto de la posición jurídica, que deben traducirse en hechos objetivos, en necesidades claras del individuo que en caso de no ser satisfechas van a ocasionar algo que Rodolfo Arango ha llamado un daño individual inminente.

¹⁹³ “El plan obligatorio de salud del régimen contributivo. Como se ha explicado, el plan obligatorio de salud (POS o POS-S) es el conjunto de servicios de salud y reconocimientos económicos a los que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al régimen contributivo, para cuya garantía están comprometidas las entidades promotoras de salud (D. 806/98, art. 7°).” Op. Cit.

¹⁹⁴ Asumirá el objeto de la administradora de salud que la contrate.

¹⁹⁵ A los Entes territoriales corresponde entre otras prestaciones en salud el PAB. “El plan de atención básica. El plan de atención básica (PAB) está definido en la Ley 100 como: “aquellas intervenciones que se dirigen directamente a la colectividad o aquellas que son dirigidas a los individuos pero tienen altas externalidades, tales como la información pública, la educación y el fomento de la salud, el control de consumo de tabaco, alcohol y sustancias psicoactivas, la complementación nutricional y planificación familiar, la desparasitación escolar, el control de vectores y las campañas nacionales de prevención, detección precoz y control de enfermedades transmitidas como el sida, la tuberculosis y la lepra, y de enfermedades tropicales como la malaria” (art. 165). La norma señala que se trata de un plan de carácter gratuito y obligatorio, financiada con recursos fiscales y los provenientes de los entes territoriales. La reglamentación (D. 806/98, arts. 4° y 5°) precisa que este plan es responsabilidad del Gobierno Nacional y los entes territoriales, y para su ejecución puede contratarse con entidades promotoras o prestadoras, cajas de compensación, empresas solidarias de salud o con la comunidad.”Op. Cit.

Considero importante citar las observaciones realizadas por el Comité Pidesc de Naciones Unidas:

“MOTIVOS DE PREOCUPACION

18. Preocupa al Comité que el 43% de la población colombiana no esté cubierta aún por la seguridad social. El Comité observa que el Estado Parte no ha ratificado todavía el Convenio N° 102 de la OIT sobre la seguridad social (norma mínima), 1952.

(...)

26. Preocupa al Comité el hecho de que se hayan reducido los subsidios estatales para cuidados médicos, lo que hace todavía más difícil el acceso a los servicios de sanidad, sobre todo en las zonas rurales en las que la cobertura médica es ya mucho más limitada que la de las zonas urbanas. El Comité observa también que la reducción de los subsidios tiene consecuencias perjudiciales para las mujeres y las comunidades indígenas.”¹⁹⁶

La salud en la teoría de Rodolfo Arango Rivadeneira. Análisis y desarrollo.

El objeto del derecho social fundamental a la salud es aquello que hay que hacer para evitar la violación de las condiciones de bienestar físico y emocional que conforman la salud del ser humano. A partir de las condiciones objetivas de cada individuo, aquellas que se caractericen por la necesidad de urgencia en su satisfacción, darán paso a la conformación de derechos *prima facie*, si existen argumentos a favor de su consolidación respaldados por normas de derechos fundamentales.

Rodolfo Arango analiza el caso del derecho a la salud dentro de su teoría de los derechos sociales fundamentales. Considera que la misma tiene aplicación en el caso del derecho al tratamiento médico en caso de urgencia.

¹⁹⁶ Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países en América Latina y el Caribe (1989-2004). Págs. 81 y 82.

“Las condiciones de los derechos sociales fundamentales pueden verse cumplidas en el derecho al tratamiento médico en caso de urgencia.”¹⁹⁷

Del estudio jurisprudencial del derecho a la salud realizado por Rodolfo Arango se evidencia como por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha ido estructurando la protección del derecho a la salud en Colombia. Estructura la labor de la Corte Constitucional en cinco funciones.

“(i) definitiva del derecho fundamental salud y sus obligaciones correlativas; (ii) de protección especial a personas o grupos en situación de marginación o discriminación; (iii) delimitación y coordinación de los niveles constitucional y legal; (iv) de constitucional de la formulación y ejecución de las políticas públicas cuanto puedan afectar derechos fundamentales; (y) de integración social mediante el respeto a los principios, derechos y deberes constitucionales.”¹⁹⁸

Respecto a la tesis que las características del derecho a la salud se cumplen todas en el caso de la atención en casos de urgencia, considero que es además de correcta, muy adecuada. Sin embargo, creo conveniente incluir a la situación de urgencia, unos criterios de identificación del mismo que contribuyan a un adecuado ejercicio del uso práctico de la teoría de derechos sociales fundamentales de Rodolfo Arango, el uso de la teoría, en aplicación del principio de subsidiariedad

Criterios de Identificación del derecho social fundamental a la salud colombiano:

1. Se cumplen todas las características M1, M2, M3, M4, y, M5.
2. Los obligados de derecho a la salud, son aquellos que señala el SGSSS
3. Los sujetos por excelencia del derecho a la salud son los afiliados que carecen de PAS y los vinculados al SGSSS.

¹⁹⁷ Op. Cit.

¹⁹⁸ Arango Rivadeneira, Op. Cit. Pág. 219.

La conexidad del derecho a la salud.

En el derecho a la salud en Colombia, debido a la enorme tradición positivista y formal, que históricamente ha primado sobre lo sustancial, su protección por vía de tutela no fue en principio exitosa, salvo para el caso del derecho a la salud de los niños. La Corte ideó una herramienta teórica muy valiosa que ha sido trascendental dentro de la garantía del derecho a la salud colombiano: la conexidad del derecho a la salud con otros derechos que sí tienen la categoría de fundamentales, y dentro de ellos principalmente el derecho a la vida.

CAPITULO III

MÉTODOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA VULNERACIÓN Y LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL A LA SALUD EN COLOMBIA

En este capítulo nos ocupamos del concepto amplio del derecho subjetivo a la salud, orientados por el concepto de derecho subjetivo en general. Los objetivos de este capítulo son: (i) explicar el concepto bien desarrollado de derecho subjetivo a la salud; (ii) estudiar algunos aspectos de su justiciabilidad en Colombia; y, (iii) convencer al auditorio colombiano de la conveniencia de concebir el derecho a la salud como social y subjetivo, lo cual nos llevará a realizar un ejercicio argumentativo y contra argumentativo de los derechos sociales como fundamentales.

Un concepto amplio de derecho subjetivo, fortalece el contexto democrático en que se sitúan los derechos sociales, y las instituciones constitucionales que las estructuran. Analizaremos la “justiciabilidad” del derecho a la salud, en tanto, es a través de los jueces de tutela que el derecho subjetivo a la salud que desarrollamos en este parte del trabajo se materializa en sujetos de derecho, en ciudadanos colombianos.

1.0. El concepto bien desarrollado de derecho subjetivo

Para Arango Rivadeneira un concepto bien desarrollado del derecho subjetivo, amerita su ampliación a un lenguaje que, a diferencia del analítico, sea más accesible por los ciudadanos de una sociedad. Es necesario que en el plano del derecho constitucional, los individuos cuenten con herramientas argumentativas para que sea posible la materialización de los derechos sociales que se consagraron en la Constitución Política Colombiana y cuya adquisición jurídica es difícil debido a la considerable oposición ideológica que existe respecto a este tipo de garantías, por un

amplio sector de la sociedad. Para ello se fortalece este aspecto con lo que se denomina la primera parte del concepto bien desarrollado de derecho subjetivo, que busca fortalecer la estructura que ya se estudio en capítulo anterior¹⁹⁹.

La segunda parte conceptual de derechos sociales en estudio, consiste en la identificación de los métodos y criterios para identificar su vulneración. A la indeterminación en la forma de identificar la vulneración de derechos sociales, se le puede atribuir gran parte de la responsabilidad en el alto grado de grado de desprotección en esta clase de derechos. Hacer menos vulnerables los derechos sociales, puede contribuir en buena medida a fortalecerlos.

1. 1. Primera parte del concepto de derecho subjetivo

Un “concepto bien desarrollado de derecho subjetivo”²⁰⁰ tiene la siguiente estructura, por un lado un concepto de tres niveles y, por otro, los criterios para garantizar su uso efectivo²⁰¹. La primera parte del concepto desarrollado de derechos subjetivo es un concepto conformado por tres niveles analíticos, esto es tres elementos integradores que lo conforman son: 1. La posición normativa; 2. Las razones válidas (los argumentos que buscan reconocimiento); y, 3. Las razones válidas y suficientes.

¹⁹⁹ RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA, El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, pág. 299.

²⁰⁰ RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA, El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, pág. 297.

²⁰¹ Un gráfico del mismo se muestra así:

1. Concepto (**a.** Posición normativa; **b.** Razones
válidas; y **c.** Razones válidas y suficientes
o exigibilidad jurídica)

Concepto bien desarrollado de derecho subjetivo-----

2. Criterio dual contra la indeterminación. **a.** Condiciones Objetivas: **i)** Urgencia; **ii)** Necesidad de algo.
b. .No reconocimiento injustificado: **i)** razones de justificación; **ii)** razones de injustificación.

1.1.1 La posición normativa

La posición normativa como nivel conceptual, desde una óptica más amplia, tiene en cuenta, principalmente, tres elementos. En primer lugar, el discurso que explica, defiende o justifica la posición de un individuo, dentro de un sistema jurídico²⁰² y respecto a otros sujetos, incluyendo al Estado.

En segundo lugar, la posición normativa, atiende que la persona humana se ubica en una situación deóntica, dentro de un sistema normativo, esto tiene como consecuencia que se ubica en una dimensión que obliga a una o varias personas titulares de una o varias obligaciones entre si y esto las obliga a hacer o abstenerse de algo. Esta multiplicidad de obligaciones, abstenciones, situaciones, son respaldadas por razones cuya validez depende de su juridización. Y dentro de un sistema jurídico pueden existir multiplicidad de razones jurídicas que los sujetos de derechos pueden escoger motivados por considerarlas las más adecuadas. Sin embargo, no son razones definitivas, sólo son posibles razones que podrán ser escogidas, o no. Así las cosas, los derechos, al mirarse como posiciones normativas, son derechos *prima facie*²⁰³, es decir, el resultado de convertir en normas (principios, leyes, decretos) unas razones válidas para los ciudadanos.

En tercer lugar, surge el cuestionamiento sobre que tipo de justificación respalda adecuadamente la posición normativa, esto es, sobre los criterios de validez que sustentan su vida jurídica y filosófica. Así, las posiciones normativas son el resultado del proceso de imputación a razones válidas realizado por seres humanos que conforman una sociedad nacional, o internacional. Considero que los hombres decidimos a que razones válidas imputar como posiciones normativas. En palabras de Arango Rivadeneira: “somos nosotros mismos [los seres humanos, T.D.] cuando nos comprometemos moralmente [quienes nos otorgamos mutuamente los derechos,

²⁰² RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA, El concepto de derechos sociales fundamentales, Primera edición en español, Legis, Bogotá 2005, pág. 299.

²⁰³ Op, Cit. pág. 301.

T.D.] no Dios o la naturaleza”. En términos muy generales, puede decirse que es el hombre mismo, su sentido de lo humano, el criterio de validez por excelencia del derecho.

1.1.2. Razones válidas

Las razones válidas son el fundamento jurídico y moral de los derechos *prima facie*. Son razones para las posiciones normativas, que buscan su reconocimiento²⁰⁴. Pero para saber específicamente a que razones válidas imputamos un status deóntico, necesitamos conceptualizarlas.

Arango Rivadeneira distingue entre los criterios de validez formal y material para las posiciones normativas. Un criterio formal se sustenta en “razones morales, éticas, pragmáticas (...) cuando cumplen con determinadas condiciones formales”²⁰⁵, por ejemplo, (cita el autor referenciado) las reglas y principios del discurso práctica general. Un criterio material atiende a limitaciones o restricciones, que por una o otra circunstancia se considere vital. Se recomienda por este tratadista, los criterios formales, en tanto son más sensibles a la individualización de los derechos²⁰⁶. Destaco la conveniencia de está posición, en tanto es la particularización de un derecho lo que va facilitar su realización concreta.

Se distingue, también, entre validez moral y validez jurídica para justificar una posición normativa. Las demandas de los hombres, sus necesidades, constituyen la base de derechos morales. Esto no los hace coextensivos a los derechos jurídicos. Sin embargo, en este sentido los derechos humanos constituyen una categoría especial de derecho (una subcategoría de derecho subjetivo, al igual que los

²⁰⁴ Ver Arango Rivadeneira, Op. Cit. Pág. 301

²⁰⁵ Ver Arango Rivadeneira, Op. Cit. Pág. 303

²⁰⁶ Cifra Ibid.

derechos fundamentales y los legales)²⁰⁷, en tanto que tienen un carácter moral, pero están a su vez, consagrados en declaraciones y convenios internacionales, de ésta forma, “los derechos humanos (...) presionan su reconocimiento como derechos constitucionales fundamentales”²⁰⁸.

También hay diferenciación entre razones legales y constitucionales, a este respecto, se debe determinar el tipo de reglas que justifican derechos fundamentales. Aquí es importante el tema de la libertad individual, tanto positiva como negativa. Y surge el interrogante sobre el tipo de normas que a favor de la libertad de un individuo, pueden limitar la libertad de otro, aunque sea indirectamente.

De igual manera ocurre con el principio de igualdad de trato, y también sus excepciones. Se considera que son las normas constitucionales, y los argumentos iusfundamentales los que intervienen primordialmente en la discusión y constitución de razones válidas²⁰⁹.

Se puede concluir que las razones válidas se configuran como uno de los niveles analíticos del concepto de derecho subjetivo, son los argumentos jurídicos con fundamento moral y reconocimiento nacional e internacional con que los seres humanos justificamos ante un auditorio específico la estructuración en posición normativa de las emociones, intereses o necesidades que tengamos para la vida en sociedad, de acuerdo a los principios o valores que elijamos como prioritarios para la convivencia. Pero lo que las hace válidas es el reconocimiento institucional que se les haga como derechos.

²⁰⁷ Op. Cit. Pág. 330.

²⁰⁸ Op. Cit. Pág. 305.

²⁰⁹ Ver Op. Cit. Págs. 305 a 307.

1.1.3. Razones válidas y suficientes

El tercer nivel analítico del concepto del derecho es la exigibilidad jurídica o las razones válidas y suficientes justificadas para el reconocimiento de derechos y su exigibilidad. Surge la necesidad de establecer este elemento dentro del concepto de derecho subjetivo porque las razones válidas son tan sólo derechos ‘prima facie’ es decir, no definitivos²¹⁰. Y no son definitivos porque cuando el juez tiene que decidir sobre su aplicación, pueden surgir conflictos entre diferentes razones válidas para su aplicación y es cuando de la mano del principio de proporcionalidad, éste, entra a ponderar y a buscar una solución razonable y justa al caso. De esta forma una razón válida pasa de esa categoría de derecho ‘prima facie’ a ser una razón válida suficientemente justificada y en consecuencia exigible dentro del sistema jurídico colombiano.

2.0. Segunda parte del concepto de derecho subjetivo

La segunda parte del concepto de derecho subjetivo es la referida a los criterios para reconocer la violación del derecho, o criterios establecidos para su uso efectivo. Es necesaria esta segunda parte conceptual para reconocer cuando se está violando el derecho social que hemos reconocido y argumentado válida y justificadamente como tal. Arango Rivadeneira manifiesta que con ella se busca inmunizar los derechos en contra de su indeterminación y de esta forma en contra del no reconocimiento de su violación. Esta segunda parte del concepto nos enseña los métodos para establecer la vulneración de derechos sociales.

Detenernos en los métodos de vulneración de derechos sociales en general, y el de la salud, en particular, nos exige, previamente, conceptualizar los métodos para establecer la vulneración de derechos de libertad, teniendo claridad acerca de cada uno de los métodos para detectar la vulneración de derechos, se establecerán las diferencias entre uno y otro.

²¹⁰Ver Op. Cit. Págs. 305 a 307.

2.1. Método tradicional para establecer la vulneración de derechos, el modelo liberal

Se inicia con el método para establecer la vulneración de derechos de libertad, porque para los juristas y filósofos siempre ha sido más fácil su identificación, considero que por tradición histórica y política²¹¹. Los derechos liberales tienen, por regla general, la particularidad de exigir el no hacer algo, a los obligados a respetarlo. En ese sentido un ciudadano en un Estado que garantiza el derecho a la vida, exige a éste y a los miembros de la sociedad la obligación correlativa de su derecho, esto es no vulnerar su vida o no ponerla en peligro. Se observa, como las actitudes que se exigen para el cumplimiento efectivo del derecho a la vida son abstenciones de los sujetos que se relacionan con otro en una dimensión deóntica. Por esta razón, a los derechos liberales se le denomina derechos negativos, porque, en principio pareciera que generan a los obligados a su cumplimiento obligaciones de abstención.

Desde luego esta es una perspectiva muy particular de concebir estos derechos. Actualmente un importante sector doctrinal coincide en afirmar que los derechos liberales, al igual que los sociales generan al Estado obligaciones de hacer y exigen un relevante costo par su protección. Existe un mayor análisis respecto a lo que demanda la garantía de una abstención. La garantía de esa abstención, implica muchas acciones del Estado, y con grandes costos.

Para Arango Rivadeneira la forma tradicional de estructurar los derechos negativos, a su vez, facilita el reconocimiento de su vulneración. Toda vez que la violación de un derecho parece ser causada por un acto concreto que simultáneamente infringe el deber de abstención. Entonces para identificar cuándo un derecho liberal está siendo vulnerado, y quien lo está vulnerando, hay que identificar la ocurrencia de un acto no permitido y al sujeto que lo realiza.

²¹¹ Ver capítulo primero, aparte 3.0., 3.1.

2.2. Métodos para establecer la vulneración de derechos sociales fundamentales

En cuanto a los derechos sociales, estos por regla general, para su cumplimiento, procuran imponer obligaciones prestacionales a los sujetos, es decir el deber de hacer algo. Por eso se reconocen como derechos positivos, y el método para identificar su vulneración es diferente a la de los derechos liberales.

Esta diferencia de métodos no significa la posibilidad de uno y la imposibilidad del otro. Tan sólo nos enseña que la labor requiere pasos diferentes, y que es posible identificar la vulneración o puesta en peligro tanto de derechos sociales como de liberales. En principio la diferencia entre uno y otro método consiste en que para identificar la vulneración de un derecho negativo tenemos que identificar acciones y para identificar la vulneración de un derecho positivo tenemos que identificar omisiones.

Se ha dicho que los derechos positivos tienen obligaciones correlativas de hacer algo, lo que genera los problemas de saber como ha de cumplirse la obligación positiva y quien está obligado a su cumplimiento. Pareciera, en principio de enorme dificultad la labor de responder a los anteriores interrogantes. A manera de ejemplo supongamos que la constitución señala el derecho de todo colombiano a no tener hambre, para resolver como ha de cumplirse esta obligación positiva y quien está obligado a su cumplimiento, tendríamos realizar un ejercicio bastante riguroso. Observamos así que, tal como plantea el autor que estudiamos, respecto a los derechos sociales fundamentales, “La indeterminación de su contenido y de su titular se comunica al reconocimiento de su violación”.

Si se tratara solamente de un ejercicio académico aceptaríamos el reto de resolver estos interrogantes, pero la desprotección de los derechos sociales amerita que de forma oportuna y pronta aprendamos a resolver el problema de su indeterminación y la del reconocimiento de su violación. Rodolfo Arango enseña que “El reconocimiento

de la violación de derechos positivos depende de condiciones objetivas que eliminan la indeterminación del contenido del derecho (o de la obligación correlativa) y del titular de la obligación”²¹².

2.2.1. Criterio dual para contrarrestar la indeterminación

Es importante, cuando de detectar vulneraciones de derechos positivos se trata, situarnos en la dimensión de los derechos constitucionales, y reconocer que ninguna de las categorías de derechos (positivos o negativos) son absolutas, y que ambas, en términos generales, generan acciones y abstenciones correlativas de otros sujetos, incluyendo al Estado. Es por ello que la ponderación del Juez Constitucional se convierte en la herramienta para sopesar los casos específicos, las condiciones individuales que ameritan, o no, adoptar una razón como válida y suficiente para amparar derechos sociales fundamentales. La estructuración de criterios objetivos es la forma de orientar a los sujetos que deben identificar y, en algunos casos, reestablecer la vulneración de derechos sociales fundamentales.

2.2.1.1. Condiciones objetivas

Las condiciones objetivas a través de las cuales identificaremos la vulneración del derecho social fundamental son: 1. El daño inminente, y 2. El no reconocimiento injustificado de una razón válida y suficiente para una para una posición normativa definitiva. Se estudiarán cada una de ellas.

2.2.1.1.1 El daño individual inminente en el derecho

Aquí se ubica la clave para resolver el problema de la indeterminación del contenido del derecho positivo. Los derechos, para su efectiva protección requieren la realización de su objeto. Los derechos sociales, como ya se estudió, tiene un carácter positivo general, implican acciones positivas del Estado. Por ello, hay que detectar

²¹² Ver Op. Cit. 309 a 329

omisiones para identificar su vulneración. En esto Arango señala con claridad respecto a la vulneración de los derechos sociales: “Lo requerido para la realización del derecho corresponde con lo que hay que hacer para evitar su violación²¹³”. Esto ubica en un papel importante como condición objetiva a la omisión.

Se considera que las omisiones pueden ser causa suficiente de daño, al igual que las actuaciones, y para identificar cuándo es así, hay que analizar la urgencia de la situación. Esto se logra imaginando lo que podría suceder si la necesidad básica del ciudadano no es satisfecha, a sabiendas que de esa insatisfacción puede sobrevenir un daño considerable (incluso fatal) para el sujeto. Aquí entra en juego un concepto determinante para los derechos positivos: la omisión como causal de configuración de responsabilidad de un daño.

La urgencia es un excelente indicador objetivo de la necesidad de satisfacer una necesidad básica. Está directamente relacionada con la inmediatez e inminencia con que se debe proteger un derecho en un individuo. En este sentido la urgencia de la situación al construirse sobre datos ciertos y verificables de lo que necesita un individuo para que no le sobrevenga un daño, es ‘un estado objetivo de cosas²¹⁴’. Por ello se considera que la urgencia de la situación activa el principio de subsidiariedad²¹⁵ de los obligados a garantizar la posición jurídica de un individuo. También la urgencia, puede justificar la desigualdad de trato en una relación, en este sentido, el trato diferenciado, se justifica en tanto no tenerlo, genera consecuencia que atentan contra los principios del sistema constitucional “un trato igual llevaría a consecuencias fácticas contrarias al orden constitucional (daño individual injustificado)²¹⁶”.

²¹³ Arango Rivadeneira. Op. Cit. Pág. 311

²¹⁴ Arango Rivadeneira. Op. Cit. Pág. 311

²¹⁵ Arango Rivadeneira. Op. Cit. Pág. 316

²¹⁶ OP. Cit, Págs. 317 y 318.

2.2.1.1.2. El no reconocimiento injustificado de una razón válida y suficiente para una posición normativa definitiva

La teoría de la urgencia y el daño inminente es un primer paso para contrarrestar la indeterminación de un derecho social. Sin embargo, no resuelve totalmente el problema de la indeterminación de la obligación de hacer del derecho. Establecer el obligado a realizar la acción necesaria, urgente, para evitar un daño, también es esencial. Para ello, nos detendremos en la inicial indeterminación de la titularidad de la obligación de un derecho social, y se revisará su otra condición objetiva. Ésta consiste en el no reconocimiento injustificado de una razón válida y suficiente para una posición normativa definitiva.

La labor consiste en establecer cuándo un sujeto está directamente o indirectamente obligado a una prestación de hacer. Si hay disposiciones legales claras que adjudiquen responsabilidades, ésta es la solución inicial. Sin embargo, ésta se hace más compleja cuándo hay varios obligados a un derecho.

Para ayudar a establecer quien el obligado a una prestación vamos a asirnos del principio de subsidiariedad y de la teoría de la urgencia de la situación. La urgencia de la situación amerita que deba asignarse a alguien la responsabilidad prestacional de un derecho en específico, toda vez que si así no hace, alguien sufrirá un grave perjuicio. El principio de subsidiariedad implica que si el principal directo a responder por una obligación no está en capacidad de hacerlo, el Juez podrá declarar a un responsable subsidiario que puede ser, por ejemplo, la familia o el estado.

La omisión es injustificada cuando un sujeto teniendo la obligación de cumplir una prestación necesaria para evitar un grave daño a un individuo, aún en carácter subsidiario, no lo hace. Este actuar es condición suficiente para declarar por parte de un Juez la vulneración del derecho por el sujeto obligado a la prestación positiva. Teniendo claridad del concepto de derecho subjetivo y de los criterios para objetivar

las condiciones para determinar su vulneración, es posible que por vía judicial se protejan los derechos sociales fundamentales.

El no reconocimiento de una posición normativa, tal como ya se ha planteado, puede estar justificado o no. El no reconocimiento es injustificado cuando se cumplen dos condiciones:

i. El principal obligado incumple con su obligación

Aquí se aprecia la disparidad que puede darse entre un ordenamiento legal y el constitucional, cuando no hay coherencia entre ellos, por algunas circunstancias -que pueden ser políticas-. Y también se observa un espacio fáctico para los principios constitucionales. Si para una prestación social se asigna un responsable directo, y se guarda silencio sobre un eventual incumplimiento, debe el sistema jurídico designar un responsable subsidiario para evitar que un eventual daño pueda producirse. En materia de derechos sociales, el obligado subsidiario es el Estado. Y la encargada de tal designación es la rama judicial, los Jueces, que Arango Rivadeneira señala como la encargada del control del proceso de realización de los derechos fundamentales²¹⁷.

Se observa entonces como ante el incumplimiento de una prestación de derecho social, por su obligado legal, los Jueces pueden designar, en razón del principio de subsidiaridad un responsable constitucionalmente, como controladores del proceso de cumplimiento de derechos sociales. Cabe advertir que esta designación del subsidiario responsable está sujeta al estudio del caso, y de las condiciones fácticas, de urgencia y necesidad del individuo.

²¹⁷ OP. Cit, Págs. 335 y 336.

ii. La negativa del obligado subsidiario, pese a la existencia fáctica y jurídica de posibilidades de acción amenaza con causar un daño inminente al titular del derecho

Se ha visto que el obligado legal puede incumplir sus obligaciones prestacionales de garantizar las posiciones jurídicas de derechos sociales. Esta negativa no debe marcar el límite en la consecución de la posición jurídica si el titular del derecho carga con amenaza de un daño inminente, siempre que existan posibilidades jurídicas y fácticas de protegerlo. Lo que debe analizarse, además de las razones por las cuales incumple el obligado principal, es la situación del sujeto portador del derecho, las consecuencias que generaría en su integralidad, en su vida. Y que la consecuencia si es contraria al orden constitucional, no debe permitirse. Ese es el compromiso de los estados democráticos, no permitir lesiones a sus principios constitucionales. A sus ciudadanos.

En materia del derecho a la salud colombiano, las EPS²¹⁸ al afiliarse a los contribuyentes del sistema, los cotizantes, adquieren el compromiso legal (no constitucional) de suministrar el Plan Obligatorio de Salud -POS-. Si al afiliado le sobreviene un estado de enfermedad que exija un tratamiento no contemplado en el POS, surge el problema del obligado a la protección del individuo en este caso. El obligado legal tiene, en principio, el argumento de ley, que ésta no lo obliga. La primera condición objetiva se cumple: el obligado legal, incumple. Sigue la revisión de la valoración de las consecuencias que tiene en el individuo el no suministro del tratamiento.

Si las consecuencias son dañinas para el ciudadano, por principios constitucionales de protección a la salud, dignidad e integralidad del ser humano, un Juez debe ordenar que el funcionario de salud (puede ser un particular que ejerce funciones públicas como la EPS) inaplique la ley (POS), por ser en este caso contrario al sistema constitucional (inconstitucional) y suministre el tratamiento, a cargo del Fondo

²¹⁸ Empresa promotora de salud – EPS.

de Solidaridad y Garantía -FOSYGA-, y con respaldo financiero de la subcuenta de compensación del régimen contributivo²¹⁹, es decir a cargo del obligado subsidiario en Colombia: el Estado.

En materia de verificación de vulneración al derecho a la salud debe existir un serio control del Juez para establecer la condición de urgencia y necesidad del individuo. Si se comprueba que tiene medios económicos propios, como un plan adicional de salud²²⁰ (P.A.S) que contemple el suministro del tratamiento solicitado, pues, no sería injustificada la negación de la prestación, los principios constitucionales no estarían en peligro. En este punto, deben coincidir la urgencia y la necesidad manifiesta del individuo, un verdadero peligro de daño inminente. Sobre esto nos detendremos con mayor detalle, posteriormente, en el estudio del principio de subsidiariedad.

Una vez estudiados los criterios de identificación de vulneración de derechos sociales, se estudiarán algunos aspectos de la justiciabilidad del derecho a la salud en particular, y de los derechos sociales, en general.

3. JUSTICIABILIDAD DE DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales está relacionada con su protección por parte de la rama judicial del Estado. Esto conlleva que los encargados de revisar y controlar fácticamente el cumplimiento los derechos sociales, su fundamentalidad, vulneración y exigibilidad en el caso específico, son los jueces. En el caso de Colombia, estos jueces son los de tutela, quienes con la Corte Constitucional como tribunal de cierre conforman la Jurisdicción Constitucional.

²¹⁹ En el caso de ser un subsidiado, la responsable será la EPS'S, con respaldo del FOSYGA y con recargo a la subcuenta del régimen subsidiado. Y en el caso de los vinculados a cargo de la subcuenta de riesgos catastróficos.

²²⁰ Tipos de P.A.S.: i) Planes de atención complementaria en salud, ii) Medicina prepagada, iii) Póliza de salud.

La teoría de derechos sociales como derechos subjetivos que orienta este análisis, estudia este aspecto de manera rigurosa²²¹. Aquí me dedico sólo a un problema relacionado con la misma, que considero de gran importancia para el derecho a la salud²²²: el principio de subsidiaridad.

Finalmente me dedicaré a un breve ejercicio argumentativo que tiene como objetivo mostrar la difícil tarea de los Jueces Constitucionales colombianos, en el proceso de control de los derechos sociales. Es una selección de 'razones válidas' a favor y en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales, que se contraponen en su escenario jurídico y político.

3.1. Principio de subsidiaridad

La justiciabilidad de los derechos sociales es un proceso complejo. Se distinguen varios problemas de gran relevancia²²³. El cognoscitivo, uno metodológico y otro funcional. El problema cognoscitivo de los derechos sociales apunta a resolver su adquisición por vía de interpretación constitucional, y se detiene en el estudio de la relación entre derechos, normas y mercados. El problema metodológico de los derechos sociales se refiere a que su contenido sea determinable por un Juez, para efectos de protegerlos de vulneraciones. Finalmente el problema funcional se dedica a analizar las competencias que legislativo y judicial tienen en materia de derechos sociales.

Detallando elementos de la justiciabilidad de derechos sociales se realiza un estudio analítico de la titularidad y los obligados de derechos sociales, y se analizan las condiciones formales y materiales de los derechos sociales. Las condiciones formales de los derechos sociales se refieren a las posibilidades jurídicas y fácticas del Estado

²²¹ Ver Arango Rivadeneira Op. Cit. Págs. 119 a 235.

²²² Al señalar el valor que tienen estos principios para el derecho a la salud, no se resta mérito a su pertinencia para los otros derechos sociales.

²²³ Op. Cit. Pág. 119.

de hacer algo por alguien, así, al dejar de hacerlo pone a la persona en peligro con su omisión de manera injustificada, y transfiere a ésta el derecho a una acción fáctica positiva del Estado²²⁴.

Las condiciones materiales de los derechos sociales fundamentales señalan que quien demanda una acción estatal tiene que encontrarse en un estado de necesidad que atente gravemente contra su libertad y su igualdad en la sociedad, la teoría de derecho subjetivo lo describe en los siguientes términos:

“Quien hace valer un derecho a una acción fáctica positiva del Estado tiene que encontrarse en una situación de necesidad que anule o afecte gravemente su libertad y su igualdad reales.”²²⁵

El problema de la libertad y la igualdad, y el énfasis que se hace en que éstas sean reales, es uno de los temas más relevantes para el sistema jurídico colombiano. Aquí se presentan colisiones entre el componente jurídico y político del Derecho. La tradición liberal y moderna da por sentado, que los seres humanos son libres e iguales por razones iusnaturales y porque así aparece consagrado en textos jurídicos constitucionales. Un Estado Social de Derecho es consciente de la distancia que hay entre el papel y la realidad, debe preocuparse por asegurar libertad e igualdad reales a sus ciudadanos, por hacer que los derechos consagrados en su texto constitucional sean asequibles²²⁶. Por ello la teoría de derechos sociales como derechos subjetivos detalla con especial interés las condiciones materiales de los derechos sociales. Una consecuencia de la existencia de condiciones materiales para la exigencia de derechos sociales es el principio de subsidiaridad.

²²⁴ En este sentido señala Arango Rivadeneira: “si el Estado tiene la posibilidad jurídica y fáctica de hacer algo, pero deja de hacerlo y tal omisión, en las circunstancias concretas, amenaza sin justificación con dañar a una persona, entonces existe el derecho de tal persona a una acción fáctica positiva del Estado”. Op. Cit. Pág. 154.

²²⁵ Op. Cit. Pág. 155.

²²⁶ Aquí me guío por lo desarrollado en lo referente a las condiciones materiales de los derechos sociales de Arango Rivadeneira, Op.Cit. Pág. 155.

El principio de subsidiaridad establece que el Estado tiene la obligación de *actuar positivamente*²²⁷ cuándo una persona se encuentra en circunstancias fácticas que amenazan su libertad e igualdad, específicamente cuándo de cumplen las condiciones formales y materiales de los derechos sociales fundamentales.

La subsidiaridad contempla que la participación estatal para interferir en un individuo se da de manera excepcional. Esto evidencia que el Estado es un responsable secundario del individuo, no principal. El Estado interfiere con acciones fácticas en la vida ciudadano cuándo éste se encuentra en circunstancias materiales y formales que lo ameritan.

Desde el pensamiento filosófico jurídico de Habermas y Kant, con gran tradición liberal, no se comparte la subsidiaridad, aún en el carácter secundario del Estado. Sus razones apelan a la autonomía del individuo en su máximo nivel, lo cual implica que el Estado no debe interferir en la libertad del individuo ni siquiera en condiciones de necesidad urgente e inminente, que le amenazan con daños injustificados a la luz de un ordenamiento constitucional y democrático de la actualidad. Frente a la posición Kantiana y Habermasiana, Rodolfo Arango se pregunta sobre el destino de aquellas personas que, por algunas circunstancias, no pueden defenderse ante los retos de la vida, considerando que esta visión liberal puede sacrificar a aquellos que no pueden ayudarse a sí mismos.

“¿Pueden abandonarse a su suerte las personas que fácticamente no pueden defenderse ante los retos de la vida? Desde una perspectiva jurídica, Kant y Habermas parecen responder a esa pregunta afirmativamente, puesto que dicha obligación positiva pertenece a la esfera de la ética, no a la del derecho. Kant rechaza el recurso al Estado, ya que parte de la idea de hombres autónomos, sanos, adultos y fuertes, y concibe la ayuda al necesitado como un deber ético, el deber de beneficencia, que forma parte del deber de amar a los demás. Tomando el mismo rumbo, Habermas se expresa exclusivamente a favor de la autonomía del

²²⁷ Op.Cit. Pág. 156.

individuo porque teme a las consecuencias negativas del paternalismo estatal. Pero de ese modo, ambos autores sacrifican a los recién nacidos y a las personas que no pueden ayudarse a sí mismas”.²²⁸

Para Habermas y Kant, quienes tienen entre sus prioridades de trabajo filosófico erigir la autonomía individual del ser humano frente al Estado, parecieran olvidar que el Estado es el resultado de la asociación humana, y que también puede ser un instrumento para fortalecer y construir autonomía y libertad, sobre todo cuando en el período previo a la distribución de bienes y cargas existen condiciones materiales que pueden atentar contra la libertad del hombre e impedir su autonomía, que no han sido resultas, incluso de forma mínima. Esto nos lleva a mirar los derechos sociales como un *mínimo social* a cargo del Estado en la dimensión jurídica, y no como la *ayuda social*, que está en principio en cabeza de los ciudadanos en el plano de ético (impuestos, subsidios, cargas económicas) y que se estructura a partir de la justicia distributiva a cargo del legislador²²⁹.

Arango Rivadeneira considera que ante la existencia de seres humanos en serias condiciones materiales de necesidades que deben ser satisfechas con urgencia (y que no hacerlo existiendo posibilidades jurídicas y fácticas del Estado, sería injustificado y vulnerador del sistema constitucional y democrático), no sólo los individuos son los obligados, sino el Estado como representante de la comunidad.

“No sólo el individuo, sino el Estado como representante de la comunidad normativa está obligado a actuar de un modo positivo fáctico frente al individuo en situaciones de emergencia.”²³⁰

²²⁸ Op.Cit. Pág. 318.

²²⁹ Op.Cit. Pág. 318, 319 y 342 a 347.

²³⁰ Op.Cit. Pág. 318.

Es conveniente poner de presente la idea, que la subsidiaridad es un deber Estatal excepcional, y que por ello, en ningún momento pretende poner en peligro el primer lugar que ocupa el individuo y su autonomía, sobre la sociedad y el Estado.

“El hecho de que el Estado sólo sea un obligado secundario responde a la primacía del ser humano sobre la estructura social y a la primacía de la sociedad civil frente al Estado. Ni la una ni la otra pretenden sustituir a la persona en el esfuerzo por desarrollarse autónomamente. En especial, el Estado sólo debe intervenir cuando la capacidad de actuar por parte del individuo se agota o se torna inadecuada ante una situación concreta.”²³¹

Para objetivar el estado de inminente necesidad que activa el principio de subsidiaridad estatal, se estudiarán los tipos de condiciones materiales que pueden tenerse en cuenta, los cuales son: **i)** factores físicos o psíquicos, y, **ii)** factores económicos.

i) Factores físicos o psíquicos

Como estos factores encontramos las desventajas físicas y síquicas que limitan al individuo en sus capacidades²³². En este asunto es muy importante el aporte del Nóbel de economía Amartya Sen, quien sostiene que para poder concebir la libertad humana se necesitan unas condiciones materiales de derechos sociales, y desarrollo de las capacidades de cada individuo.

ii. Factores económicos

Se refiere a la falta de medios materiales²³³, y a las dificultades económicas en la que se ven involucrados los individuos como consecuencia de la inclusión de las necesidades básicas fundamentales en el sistema de oferta y demanda.²³⁴

²³¹ Op.Cit. Pág. 157.

²³² Op.Cit. Pág. 157.

²³³ Ver Arango Rivadeneira, quien además referencia a Hart y a Tugendhat, Capítulo III b), pág. 163 a 167.

²³⁴ *Ibidem*.

Se considera que la falta de medios económicos en los individuos impide en gran medida el ejercicio de los derechos fundamentales. Mucho más en un contexto globalizado en el cual son las reglas de libre mercado las que marcan pautas respecto a la oferta e inclusión de los ciudadanos en la adquisición de servicios públicos básicos. Esto ubica en un gran estado de desventaja a la población pobre y vulnerable. Debe recordarse como enseña Arango Rivadeneira que “El libre mercado requiere de competidores sanos, fuertes, y constantes”²³⁵. Es por ello que los que no tienen éstas características antecitadas, con gran dificultad tendrán acceso a bienes básicos, que hoy por hoy son ofertados como productos que deben adquirirse con dinero, tales como la salud, educación, vivienda, alimentación, entre otros.

Las situaciones de emergencia, que como su nombre lo indica son un estado excepcional, deberían ser realmente una excepción en términos estrictos. Cuando en un Estado las situaciones de emergencia ya no son excepcionales sino una constante, pues cabe la pregunta que se plantea Arango Rivadeneira sobre si en tales circunstancias realmente existe un estado constitucional moderno.

Daremos paso al estudio de argumentos que se enfrentan en Colombia respecto a los derechos sociales. Considero que es una manera de acercarnos y conocer gran parte de los inconvenientes fácticos para la materialización de esta clase de derechos.

3.3 Razones a favor y en contra de los derechos sociales fundamentales en Colombia

Este análisis busca mostrar y responder a los argumentos estructurados por un sector de la opinión colombiana, en contra de que la corte constitucional ampare derechos sociales tales como la seguridad social (principalmente salud), vivienda, mínimo vital

²³⁵ Op. Cit. 163.

y móvil, tanto en su ejercicio de control de constitucionalidad, como por vía de tutela²³⁶.

Se han seleccionado algunos artículos de miembros que pertenecen o pertenecieron al Banco de la República. La razón de la escogencia es, tal como se apreciará cuando los leamos detenidamente, que presentan críticas a agudas a las decisiones de la Corte, y a la Corte misma. Es conveniente la aclaración, que datan de la primera década de la existencia de la Corte Constitucional en Colombia, cuando aún, era difícil la comprensión y aceptación de un control de constitucionalidad al ordenamiento jurídico colombiano.

Proviendo las críticas seleccionadas, de economistas, sus argumentos y crítica son principalmente económicos y financieros, así, analizan las incidencias en la situación fiscal colombiana de algunas tendencias de jurisprudencia de la Corte Constitucional en la protección de los Derechos Sociales, económicos y culturales.

Sin embargo, se considera, que el argumento de las repercusiones fiscales de las sentencias de la Corte Constitucional, y las de tutela, no puede plantarse independientemente de otros, que si bien no apuntan directamente a incidencias económicas, son trascendentales para su entendimiento.

Los argumentos contrarios a la labor de la Corte Constitucional seleccionados, se pueden esquematizar como se detallan a continuación, obedecen a una interpretación personal de los artículos que posteriormente son especificadas, en la medida en que los vayamos estudiando: a) la complejidad del texto constitucional repercute en las decisiones 'despóticas' de sus magistrados, interpretaciones que, además, cambian con la frecuencia suficiente para generar un ambiente institucional de incertidumbre que en nada ayuda al desarrollo económico del país; b) ilegitimidad de los magistrados de la Corte Constitucional por no ser funcionarios de elección popular; c)

²³⁶ En materia de acción de tutela es menester recordar que todos los Jueces de la República, en ejercicio de esta acción son Jueces de Tutela, así entonces, no es un status exclusivo de la Corte Constitucional y ello implica que las críticas no se dirigen sólo al tribunal de cierre en materia constitucional.

incidencia negativa de las sentencias constitucionales en la situación y estabilidad financiera de Colombia; y, d) actitud paternalista de la Corte Constitucional que contribuye a la ‘incapacidad’ sempiterna de sus ‘favorecidos’.

La labor de la Corte Constitucional en Colombia ha sido, y es, objeto de innumerables y variadas críticas por un sector, todo dentro del contexto de inestabilidad política, jurídica, social y naturalmente constitucional, que tradicionalmente ha caracterizado nuestro estado²³⁷. Este sector crítico de la labor de la Corte en asuntos de derechos sociales está conformado principalmente por economistas y financistas, algunos de ellos, miembros de la Junta Directiva del Banco de la República de Colombia.

3.3.1 Consecuencias de la ‘Textura abierta’ del texto constitucional

Este primer argumento, ataca no sólo la labor de la Corte, sino su objeto de estudio, esto es la constitución política. Se afirma que la textura abierta del texto constitucional facilita la arbitrariedad de los jueces, lo cual incide directamente en la inseguridad jurídica de las relaciones políticas y económicas del país y afecta, en últimas, el tan anhelado bienestar social y económico de los ciudadanos. Se considera que responsabilidad de la inseguridad jurídica del país se debe a la Constitución Política, por ser un texto complejo. Se cita lo afirmado por Salomón Kalmanovitz:

“La complejidad de la Constitución hace posible que la Corte continúe constitucionalizando sin tener que consultar de nuevo al pueblo, abriendo la

²³⁷ Nada se gana desconociendo la tradición caótica y conflictiva de nuestro estado, el cual aunque desde sus inicios se configuró como una república, sin que tal denominación se reflejara en la realidad social. Muchos académicos han realizado desde siempre avisos de la inutilidad del derecho para contribuir por sí sólo a construir realidades. En Colombia se ha desarrollado una capacidad increíble para transplantar sistemas y normas jurídicas y el constitucionalismo y toda la teoría de derechos humanos ha sido incorporada a nuestra legislación. Sin embargo, en palabras del historiador Indalecio Lievano Aguirre, señalaba la incertidumbre que aún nos acompaña como proyecto de nación: “*La República no constituyó, pues, una primera palabra pronunciada sobre la nada del caos originario, sino un nuevo y magnífico escenario, lleno de posibilidades, en el cual habría de continuar la vieja controversia entre los poderes de la riqueza y el ideal de la justicia que mantiene abiertas, para todos, las puertas de la nacionalidad y sus beneficios. Con la tremenda eficacia perturbadora de los problemas no resueltos, este conflicto repercute todavía, con todas sus consecuencias, en nuestra época.*” LIEVANO AGUIRRE, Indalecio; “*Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia*”; Intermedio editores, 2002. Bogotá, Colombia. Pág. 22.

posibilidad para que los magistrados ejerzan el despotismo sobre el lecho de la confusión.”²³⁸ (...) “La justicia constitucional colombiana se ha aproximado al escenario donde se ideologizan los fallos, donde se cuestionan los derechos de propiedad de los acreedores, y los organismos del estado se ven asediados por usuarios apoyados por la primera Corte Constitucional en sus exigencias, la Corte se convirtió así en una fuente de inseguridad para todos los agentes.”²³⁹

Argumento que, en el mismo sentido, comparte Sergio Clavijo²⁴⁰:

“En la medida en que las leyes y las interpretaciones Constitucionales se alteren con frecuencia y en su esencia, no solo resultará difícil para dichos funcionarios acometer tareas que puedan perdurar en el tiempo, sino que les será igualmente dispendioso conseguir el apoyo empresarial interno y externo para que el país pueda crecer de forma ordenada y se mejore el bienestar de todos los colombianos. La tarea básica del desarrollo económico y social en Colombia ha estado seriamente amenazada debido a la llamada “inestabilidad jurídica”, agravada por el activismo de la Corte Constitucional que ejerció durante los años 1991-2000. Dicha corte Constitucional decidió alterar la interpretación de Leyes sancionadas años atrás y acomodar a diversos artículos de la Nueva Constitución de 1991 principios de carácter populista, entendidos como aquellos que ordenan incrementar el gasto público sin atender sus negativos efectos macroeconómicos.”

Aquí se invoca por los analistas económicos el principio de seguridad jurídica, como requisito indispensable para el funcionamiento del mercado y consecuentemente del desarrollo económico que permita el sostenimiento del costo de las necesidades básicas de los ciudadanos.

²³⁸ Salomón Kalmanovitz, miembro de la Junta Directiva del Banco de la República: “*Formas de pensar jurídicas y económicas*”. Pág. 2, formato PDF.

²³⁹ Cfr. *Ibidem*. Pág. 4.

²⁴⁰ Miembro de la Junta directiva del Banco de la República: “*Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000*”. Pág. 2, formato PDF.

Considero que problema de la complejidad de la Constitución Política no es una consecuencia derivada tanto de su carácter político -que lo tiene- como de su naturaleza lingüística. La constitución es un texto escrito que por el sólo hecho de ser creación humana comunicativa que va a ser leída, será susceptible de ser interpretada de varias formas. Todos los textos, en mayor o menor medida, son complejos y susceptibles de diversas interpretaciones.

El problema de interpretación de los textos jurídicos es común a todos ellos y no exclusivamente de la constitución. Pero no sólo el proceso hermenéutico demanda dificultades, todo el proceso jurídico desde su creación es complejo: los debates en el congreso para la elaboración de la ley, cargados naturalmente, de un alto e inherente componente político y la dispendiosa labor de las comisiones redactoras donde la ubicación de las comas, puntos, y las palabras mismas a usarse, son objeto de amplio debate; las comisiones ejecutivas para reglamentar normas, con las suficientes presiones políticas que no pueden desconocerse. Cuándo los textos han sido proferidos, viene luego la labor interpretativa, que es labor de todos los ciudadanos.

Es importante señalar que la labor interpretativa de las leyes no es exclusiva de los jueces. A diario, las relaciones humanas se basan en interpretación de normas, pasando el asunto a manos de jueces en la medida en que surgen diferencias de interpretación o problemas, pero, mientras tanto, las relaciones sociales se circunscriben a interpretaciones o referencias de las personas, ciudadanos comunes. Los funcionarios y empleados públicos a diario trabajan interpretando textos legales, para ello basta con el ejercicio de imaginar a los funcionarios de ministerios, oficinas públicas, entes administrativos, policías de tránsito, y naturalmente jueces.

Tampoco es un acto exclusivo de los trabajadores estatales, las empresas privadas diariamente hacen uso de manuales de instrucción, reglamentos de trabajo, guías empresariales, en donde el común denominador es la interpretación que de estos textos hacen los empleados privados.

Volviendo al escenario judicial, los problemas de inferencia de textos jurídicos tampoco son exclusivos de los Magistrados de la Corte Constitucional, todos los Jueces de la República trabajan a diario interpretando legislación en materia comercial, civil, penal, laboral, de familia, derechos humanos, sin perder de vista las reglamentaciones que a la vez regulan las actuaciones de ellos y de sus empleados disciplinariamente. Se pueden citar las ideas de Alf Ross: “Es erróneo creer que un texto puede ser tan claro que es imposible que suscite dudas en cuanto a su interpretación”²⁴¹.

Dado que el Derecho es lenguaje, y, que el lenguaje necesita ser necesariamente interpretado y decodificado, la actividad jurídica y sobre todo la actividad judicial debe estar estructurada en función de la interpretación. Ahora bien, la inevitable vaguedad de las palabras, nos convierte a todos, los que nos comunicamos con un mismo idioma, como interpretes diarios de nuestros códigos comunicativos y siempre dentro de esta hermenéutica, existe nuestra voluntad, sino clara y manifiesta, al menos tácita de lo que entendemos, o lo que queremos entender de lo que leímos, escuchamos, conversamos. Así como, entendemos lo que queremos entender, o lo que nuestro nivel de cultura, y todo lo que nos conforma nos lo permiten. Y el juez, humano, al igual que nosotros, palabras más, palabras menos, hace lo mismo, solo que el tiene que justificar y responder por su decisión.

El problema entonces, a nuestra manera de ver, no es que la Constitución Política sea un texto complejo, porque todos los textos jurídicos son complejos: el código civil colombiano, el código contencioso administrativo, el código del menor. Muchos decretos que existen en nuestro ordenamiento legal no son la prueba más fehaciente de claridad normativa. El problema real es que en un estado constitucional, en la jerarquía de intérpretes, los magistrados de la Corte Constitucional están en la cúspide, siempre que se trate de casos que involucren derechos humanos o principios

²⁴¹ ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*, traducción de Genaro Carrió, Editorial universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994, Pág 130.

constitucionales. Son el tribunal de cierre del ordenamiento jurídico colombiano, porque en un estado constitucional el caudal legal, todo, se subordina a la Constitución Política, es decir, los Magistrados de la Corte Constitucional tienen la última palabra. Esto último constituye el verdadero problema, en tanto no existe consenso ni la cultura constitucional, para comprenderlo.

Considero que otro aspecto relevante es que a los economistas la relación entre principios y reglas que se configura a partir del control de constitucionalidad en Colombia a partir de 1991 es de difícil asimilación. Considero que aquí se materializa la influencia de la tradición legalistas de tradición francesa que se ha inculcado a las anteriores generaciones. La materialización de principios constitucionales de forma directa, por disposición de un Juez constitucional que tiene facultades, incluso de declarar que una ley aprobada por el legislativo sea inconstitucional, es de un alto costo ideológico.

Por eso, se observa, además, que se ataca a miembros de la corte en un período específico, a los seres humanos que la conformaban, sus ideas, de no ser así, no se hablaría de una 'primera' y 'segunda' corte. Son argumentos ad-hominem, los cuales, no tiene validez argumentativa, sino meramente retórica.

La Corte Constitucional Colombiana es una sola, existirán, eso sí, variaciones o evoluciones del precedente jurisprudencial a lo largo de la historia nacional, y esas fluctuaciones conceptuales, políticas y filosóficas en momentos determinados serán objetos de aceptaciones o críticas de la sociedad, ese es el fenómeno histórico común al cual pertenece Colombia. Es importante establecer que la racionalidad y parsimonia o conservadurismo que le piden a la corte constitucional, no es más que la solicitud de implantación de un sistema weberiano²⁴² de justicia, el cual, no puede negarse, puede

²⁴² El derecho desde la teoría de Marx Weber, se configura como una herramienta para alcanzar el desarrollo de las sociedades, y también para explicar y sostener la existencia del capitalismo. Esto dio vida al movimiento denominado derecho y desarrollo. Lo pertinente, para este trabajo, es señalar que el derecho como instrumento para el desarrollo de las sociedades implica la existencia de un sistema jurídico racional, autónomo y estable, para que exista más confianza en los operadores del mercado, y así se generará la riqueza necesaria para el crecimiento económico y el cambio social.

darse en materia de jueces ordinarios y legales, pero no tratándose de tribunales constitucionales, ni de jueces de tutela. Porque los tribunales constitucionales tienen por fin, no preservar la legalidad, sino velar porque la ley sea constitucional. Y lo anterior significa que los jueces constitucionales tienen la facultad de declarar que una ley deja de existir o debe ser modificada porque es inconstitucional. Eso es lo que exige la rótula democrática que ostentamos.

En cuanto al fenómeno de la hiperlegislaci n que se le adjudica a la expedición de la Constitución de 1991, es importante recordar que la inflación legislativa es una herencia del sistema jurídico codiguista francés transplantado a las colonias de España, Colombia entre ellas. Siempre la hemos tenido, con el natural aumento que el devenir histórico conlleva, adjudicarla a la expedición de la última carta política colombiana no es acertado, ni corresponde a la realidad.

La inestabilidad constitucional se adjudica a la posibilidad de que la corte constitucional revise los asuntos que los ciudadanos consideren que deben revisarse y que tengan fallas de constitucionalidad. Lo anterior no es equivalente a la existencia de un inestabilidad jurídica, porque de ser así, equivaldría esto a decir que todos los estados con cortes de control constitucional, esto es, estados constitucionales, son inestables, esto va en contravía de todo lo que la historia y la doctrina nos han enseñado referente a un estado constitucional. Tal como lo plantea Manuel José Cepeda Espinosa: "lo que ha hecho la Corte es garantizar, en aras de la seguridad jurídica, que las reglas básicas del juego que est n en la Constitución se cumplan así ello implique que reglas inferiores a la Constitución sean invalidadas"²⁴³.

La seguridad jurídica en un estado constitucional debe mirarse desde la constitución y no desde las leyes inferiores, y siempre con la coherencia de estas últimas respecto a

²⁴³Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado de la Corte Constitucional, expresidente de esta corporación; "Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo", XXVII jornadas colombianas de derecho tributario.

las primeras, porque es en las reglas constitucionales en donde reposan los principios democráticos de la sociedad.

3.3.2 Ilegitimidad de los magistrados de los magistrados de la Corte Constitucional

Otro argumento, de vital importancia, es atacar la legitimidad de los Magistrados de la Corte Constitucional, porque no son elegidos popularmente, lo cual al entender de estos economistas, limita sus facultades, señalando la inferioridad de su alcance en comparación con la de los funcionarios elegidos popularmente. Debe observarse que en el fondo, es un ataque al control constitucional. Se ataca la legitimidad de la corte porque no ha sido elegida directamente por el pueblo. Así mismo se da a entender que los funcionarios que no han pasado por un proceso de elección no deben tomar decisiones fundamentales y desequilibrantes para la sociedad a la que pertenecen, se cita al respecto:

“Se puede concluir en esta sección que la primera corte fue inconsciente de la limitación presupuestal y que afectó tanto la tributación como el gasto público, lo que en una democracia deben pasar por el tamiz de la política. No es legítimo que sea la justicia, los funcionarios no elegidos, los que tomen decisiones fundamentales y desequilibrantes en estas delicadas materias”.²⁴⁴

Es importante poner de presente que este argumento ya fue analizado por el constitucionalista Rodrigo Uprimny, estudio en que nos basamos. Señala el autor referenciado que el argumento bajo análisis es uno de los más difíciles de contestar, porque “remiten a discusiones filosóficas y jurídicas muy complejas. En efecto, esta objeción se funda, en el fondo, en una aplicación, al campo económico, de la llamada “dificultad contramayoritaria” (...) con la cual se ha querido impugnar la legitimidad del

²⁴⁴ Kalmanoviz; Op. Cit.

control constitucional en todos los campos”²⁴⁵. Uprimny Yepes responde al argumento de la ilegitimidad de los Jueces constitucionales con una ‘defensa clásica’ tomada del constitucionalismo clásico norteamericano, específicamente en el *Federalista No 78* de Hamilton y de la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Marbury Vs. Madison* de 1803²⁴⁶, y dos argumentos contemporáneos, a su entender, más convincentes.

A continuación se intenta hacer una síntesis de lo expuesto por el profesor Uprimny. Los argumentos clásicos, son: a) en las democracias la constitución es la norma suprema, luego, alguien debe garantizar la sujeción de las normas inferiores a esa norma superior, ese alguien debe ser el tribunal constitucional, no el legislador ni el jefe de estado, por cuanto la constitución busca limitar los órganos políticos; b) en relación con lo anterior, es necesario asegurar un gobierno limitado, porque en el evento de no existir una norma superior, el parlamento no tendría límite; y, c) la constitución contiene los mandatos del pueblo, mientras que los legisladores son sólo sus representantes. “Por ende, el tribunal constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas”²⁴⁷.

El autor citado realiza un análisis crítico de estos argumentos, en donde indica sus aspectos vulnerables, aunque reconoce la vigencia de los mismos. Los argumentos contemporáneos del control constitucional, “reposan (...) sobre dos ideas elementales, pero profundas y complementarias: los “defectos” y las “paradojas” del principio de mayoría, y la importancia de los derechos fundamentales en las sociedades contemporáneas”. Esto indica, por un lado, que la democracia no puede mirarse como una dictadura de las mayorías, porque eso riñe con la naturaleza

²⁴⁵ Rodrigo Uprimny. Construyendo democracia. *“Control Constitucional, política económica y derechos sociales”*; Mesa de Promoción y Defensa de la Constitución de 1991; Santa Fé de Bogotá, Colombia. 1999. Pág. 112.

²⁴⁶ Op. Cit. Pág. 113.

²⁴⁷ Op. Cit. 113

democrática misma. Es así como “existen algunas cosas que no pueden ser decididas por el principio de mayoría, pues si lo permitimos, corremos el riesgo de que ese principio se anule a sí mismo, por cuanto una mayoría ocasional trataría de autoperpetuarse en el poder, modificando las reglas de los procesos electorales, o imponiendo el silencio a sus oponentes”²⁴⁸.

3.3.3 Gobierno de mayorías protegido de las mayorías, la paradoja democrática:

“La democracia y el principio de mayoría, si quieren ser funcionales y perdurar, deben entonces admitir que no deben tocar ciertos puntos, a saber, aquellos que definen el proceso democrático. Por ello, como dice sugestivamente un analista, si la democracia quiere preservar sus manos -esto es, subsistir como democracia- debe atarse un poco las manos, esto es, aceptar que las reglas del juego democrático quedan sustraídas del debate democrático. Y esto es lo que explica los pactos constituyentes, la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias, así como la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad”²⁴⁹

Pues bien, si existen asuntos específicos que no pueden ser decididos porque tocarían, pondrían en riesgo, o vulnerarían las reglas democráticas esenciales, significa que son reglas que deben ser protegidas, custodiadas, guardadas por alguien de la mayoría. Ese alguien, cualquiera en que la sociedad delegue la guarda de la democracia, tiene la función más trascendente del sistema, conservar sus reglas, su existencia, su autoconservación.

“ese garante del cumplimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente pretende controlarlas; debe ser un órgano

²⁴⁸ Ibidem.

²⁴⁹ Op, Cit.

independiente, esto es, algo parecido a un Tribunal Constitucional, sin importar el nombre que se le de”²⁵⁰

En Colombia el garante de la constitución, el texto político que contiene los principios democráticos y humanos que nos rigen, es la Corte Constitucional. “Y, por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático”²⁵¹

Otro aspecto importante a analizar, de este argumento realizado por Kalmanovitz, es la forma en como está planteado.

“No es legítimo que sea la justicia, los funcionarios no elegidos, los que tomen decisiones fundamentales y desequilibrantes en estas delicadas materias”²⁵²

Es conveniente recordar que en nuestra estructura estatal, existen funcionarios que cumplen funciones importantes y democráticas que tiene facultades trascendentales, como el Procurador General, supremo director del ministerio público, quien es elegido por el senado, de terna integrada por candidatos del presidente y tiene entre sus facultades desvincular del cargo al funcionario público (aunque haya sido elegido popularmente) que incurra en las causales que lo ameriten (artículo 277 de la CP).

El contralor general es elegido por el congreso de terna integrada por candidatos presentados por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, y el Consejo de Estado, puede incluso exigir la suspensión inmediata de funcionarios mientras culminan las investigaciones o los respectivos procesos disciplinarios o penales.

²⁵⁰ Op. Cit.

²⁵¹ Op. Cit.

²⁵² Kalmanovitz; Op. Cit.

Los ministros de gobierno deciden de forma trascendental múltiples asuntos y no son elegidos por el pueblo directamente, al igual que los miembros de la junta directiva de la banca central, sino directamente por el Presidente de la República. No se considera que sus funciones sean ilegítimas por la forma en que el pueblo, en la Constitución Política, ha decidido que sean designados. Se concluye este argumento con una cita de Luigi Ferrajoli, realizada por Rodrigo Uprimny:

“aunque los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. El control judicial de constitucionalidad tiene entonces una amplia justificación democrática.”²⁵³

3.3.4 problemas financieros de las sentencia de la Corte constitucional

Se cuestiona con este argumento, en últimas, la imposibilidad de satisfacer las necesidades sociales de un país, con recursos limitados, como Colombia. Además, se insiste en la falta de formación y conocimiento de asuntos económicos de los abogados (Jueces, y Magistrados de la Corte en específico).

Se finaliza con una catastrófica visión de las consecuencias del triunfo de los argumentos de justicia social de los abogados: el estado sucumbirá.

“Los abogados no entienden que el gasto público se hace posible con los impuestos de los ciudadanos sino que éste obedece a un principio abstracto de justicia social y triunfan sus argumentos, entonces el Estado carecerá de la más elemental base material y sucumbirá.”²⁵⁴

²⁵³ Uprimny; Op. Cit.

²⁵⁴ Kalmanovitz, Op. Cit

La primera parte del argumento, referente a la dificultad que constituye para los Jueces el estudio de asuntos económicos, debe manifestarse que la Corte se asesora de peritos, al igual que lo hacen todos los jueces de la república, así como los economistas elaboran proyectos de ley con ayuda de juristas, y los mismos legisladores se asesoran de expertos en materias específicas. Es importante, además, señalar que en Colombia las sentencias con implicaciones económicas, hacen parte de la historia nacional:

“(...) el primer hecho olvidado es que las sentencias con implicaciones económicas, de inexequibilidad o con condicionamientos, no son fruto de la Constitución de 1991. Existen desde hace más de noventa años y desde entonces han despertado controversia.”²⁵⁵

Viene a bien recordar a los economistas que los asuntos públicos no son exclusividad de un sector específico, aunque se requieran conocimientos profesionales, especialmente en los asuntos que interesan a toda la sociedad. No se necesita ser economista para que un asunto específico nos parezca injusto e inconstitucional, ni para estar facultados a pedir al Tribunal Constitucional su estudio. Además, la decisión de su inconstitucionalidad o no obedecerá a un cuidadoso estudio, que puede contar con la asesoría de peritos, en caso de que sea necesario.

Cada vez que la Corte Constitucional estudia un asunto, es porque los ciudadanos se lo han solicitado. Desde Sócrates se diferenciaron entre los asuntos públicos y privados, siendo los primeros aquellos asuntos morales de la sociedad en los que cualquier ciudadano puede opinar. La corte decide asuntos de constitucionalidad, aquello que para nosotros como sociedad es justo y en consecuencia de ello hace parte de nuestro sistema constitucional. Ahora, pareciera, que los economistas pretenden crear un pseudo status ético-social en donde existen determinados asuntos en los que pese

²⁵⁵ Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado de la Corte Constitucional, expresidente de esta corporación; “Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”, XXVII jornadas colombianas de derecho tributario. Pág. 2.

a repercutir en la vida de todos los ciudadanos el pueblo no tiene derecho a opinar por tratarse de exclusivos asuntos económicos.

En cuanto a las repercusiones económicas de las sentencias de la Corte Constitucionales en sí, se cuestiona su labor específicamente en cuanto a los costos de las decisiones que protegen derechos sociales. Ese es el sentido de señalar que el principio de justicia social de los Magistrados, si desconoce la naturaleza del gasto público de la nación, tendrá consecuencias nefastas para el país. Aquí lo que se interpreta es el criterio que las decisiones que protegen derechos sociales de los ciudadanos, no tiene respaldo presupuestal y, tarde que temprano, se llegará a una situación muy difícil en materia económica. Entonces, parece entenderse, del argumento de los economistas, si el presupuesto es limitado, los derechos sociales de los ciudadanos deben esperar a que las condiciones económicas mejoren, y el Estado esté en capacidad asumir el costo social de la nación. Mientras tanto los derechos sociales de los colombianos, sus derechos humanos, no debieran ser protegidos.

Se considera que la idea antecedente, puede ser cuestionada, por varias razones que se analizarán. El Magistrado de la Corte Constitucional colombiana, Manuel José Cepeda Espinosa ha estudiado este tema, las cuales retomamos en su mayoría, su criterio deja ver la preocupación respecto a la forma en como se mira la protección de los derechos humanos de los ciudadanos en sociedades pobres, en la medida en que no es cuestión de costo económico solamente:

“No deja de ser preocupante que algunas voces le pidan a la Corte que si defender la Constitución llega a tener un costo económico, cierre los ojos y deje pasar la violación. ¿En qué lugar del mundo una Corte Constitucional ha sostenido que los derechos sólo serán garantizados si su protección no cuesta nada? Una cosa es reconocer que obviamente los recursos son escasos y existen restricciones presupuestales, y otra cosa bien distinta es admitir que los derechos sean violados para ahorrar recursos económicos. La Corte ha reconocido lo primero en múltiples fallos, pero no ha admitido lo segundo. Es que una estadística negativa no da

licencia para violar derechos, así como una sentencia no borra la dura realidad de la escasez de recursos. El problema es más complejo y la Corte ha tenido en cuenta los elementos que lo hacen tan difícil.”²⁵⁶

Ahora, mirando con detenimiento la situación del país, no debe definirse como inexistencia de recursos económicos. Hay que señalar que hay pocos bienes y hay decidir como repartirlos. La situación actual de Colombia ha mostrado la preferencia por la protección de los derechos fundamentales negativos (libertad negativa). Sin embargo, tales derechos, quizás por su denominación, derechos de abstención del Estado, crean la imagen de no tener costo alguno, cosa bastante alejada de la realidad. Imaginemos solamente cuánto cuestan a la nación los comicios electorales y todo el despliegue de seguridad que este requiere, el de sostenimiento del aparato militar para garantizar la libre circulación, las cifras son voluminosas:

“las libertades básicas tienen una dimensión prestacional que exige gasto público. El ejemplo obvio, en Colombia, es la protección militar de las carreteras para que las personas puedan viajar por Colombia. La libertad de movimiento no consiste solamente en que las autoridades se abstengan de obstaculizar la circulación de las personas. El goce efectivo de la libertad de movimiento requiere de un Estado capaz de crear y mantener las condiciones mínimas de infraestructura y seguridad para circular. Y eso, cuesta dinero. Por eso un libro clásico sobre el tema intitulado el “Costo de los derechos”, de Stephen Holmes - profesor de Georgetown - y Cass R. Sunstein - profesor de Chicago- lleva como subtítulo - “por qué la libertad depende de los impuestos” (The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W.W. Norton & Company. New York. London, 1999). El propósito básico del libro es mostrar cuánto cuesta mantener un Estado con la capacidad institucional de proteger la libertad, no los derechos sociales y económicos que ahora está de moda colocar en la picota pública. La dicotomía entre derechos de libertad -que

²⁵⁶ Manuel José Cepeda Espinosa, Magistrado de la Corte Constitucional, expresidente de esta corporación; “Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”, XXVII jornadas colombianas de derecho tributario. 18, 19 y 20 de febrero de 2004. Pág. 9

supuestamente no cuestan dinero- y derechos socioeconómicos -que sí cuentan- es artificiosa. Por eso, el primer capítulo de este libro se denomina: “Todos los derechos son positivos”, o sea, todos los derechos cuestan y su goce efectivo depende en alguna medida del gasto público. ¿Cuánto cuesta, en Colombia, proteger el derecho a la vida? ¿Cuánto vale garantizar la libertad física? Mucha plata.”²⁵⁷

En cuánto a la seguridad jurídica necesaria para disminuir los costos de transacción, es menester resaltar que la misma es labor, principalmente, de los jueces ordinarios y su tribunal de cierre: la Corte Suprema de Justicia. Es más, los casos que llegan a la Corte Constitucional son una minoría incomparable frente a la multiplicidad de los asuntos que los jueces municipales, del circuito y magistrados de tribunales deciden a diario. Y cuyas repercusiones son más numerosas e importantes. El argumento no puede centrarse exclusivamente en los magistrados de la Corte Constitucional.

Sin embargo, continuando con el tema de la seguridad, ya se estudio anteriormente la importancia de proteger los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos como mecanismo de garantía de la dignidad humana y la libertad requeridos para que puedan ejercer su ciudadanía. Las sociedades en donde los estados no están garantizando la dignidad humana y libertad positiva de sus asociados, la democracia está presentando fallas en su funcionamiento, y, nada indica que el panorama pueda mejorar. Es así como debe empezar a mirarse la dignidad y libertad positiva de todos los ciudadanos como un instrumento de conservación del sistema democrático. Porque, de no ser así, lo que sucumbirá, probablemente, será la democracia y todo lo que depende de ella.

3.3.5 Heteronomía de los pobres, paternalismo de la Corte, un asunto de minoría de edad colombiana

²⁵⁷ Cifr. Ibid.

Se finaliza con el argumento, a nuestro parecer, más profundo, el telón de fondo de todos los anteriores (como también lo afirma Kalmanovitz), en la medida en que es una idea expresa, la menos de las veces, pero inconscientemente activa en el imaginario colectivo del país.

Es a la vez el argumento que debate con la idea que se muestra al inicio de este trabajo. Aquí se parte de la base, por quien lo plantea, de que la autonomía se exige, no se garantiza. Se culpa de la heteronomía de los ciudadanos pobres al paternalismo de los magistrados. Se habla de los pobres porque se señala que hay un grupo de privilegiados de la corte: que no son más que los desprotegidos, esos que Ralws denomina los menos desaventajados. Es un argumento que merece para sí mismo, un análisis superior al que se le puede brindar en este espacio. Se cita a Kalmanovitz:

“hay un problema más de fondo que es el paternalismo de la corte constitucional, que protege a sus escogidos, los tutela y los vuelve entes pasivos que no tienen que recurrir a la política para garantizar la defensa de sus intereses sino a los jueces. Confirma su estatus de menores de edad, sometidos a la voluntad de gobiernos malos y de magistrados buenos. (...) se requieren ciudadanos más autónomos y organizados, magistrados que no sean paternalistas, que sean más técnicos y menos caritativos, que interpreten la constitución en forma más racional y menos dogmática, considerando que el logro de los derechos sociales es una tarea que debe adelantarse pero que puede tomar tiempo”²⁵⁸.

Al principiar el trabajo se planteó que reconocer a los derechos positivos como fundamentales del hombre, y por tanto esenciales para una vida digna que garantice a cada ser humano el ejercicio de su ciudadanía, tiene un alto costo ideológico, más que económico, nos referíamos a este aspecto.

Ya se ha plantado, que los derechos de libertades clásicas pueden ser tan costosos como los sociales, incluso más. Sin embargo, aún se sigue viendo, a los primeros,

²⁵⁸ Kalmanovitz; “*Formas de pensar jurídicas y económicas*”. Pág. 9, formato PDF.

como una necesidad, y, a los segundos, como un gasto, el gasto social, un rubro inmerecido por quienes en vez de ganarse las cosas y participar en la contienda política, prefieren la pasividad, la minoría de edad y la protección de los jueces. Ese es el núcleo central del argumento, dar a los pobres es seguir consintiendo su pasividad.

Naturalmente, aquí no se está discutiendo la seguridad social, la vivienda digna, el mínimo vital y móvil, o la educación, de quienes tienen capacidad de cotizar o costearse sus necesidades básicas, sino la de quienes no la tienen.

Cuándo se hace referencia a los protegidos de la corte se alude a los pobres y miserables (quienes viven en condiciones de miseria) y quienes en cifras actuales constituyen casi la mitad de la población.

¿Hasta que punto, debe seguir mirándose la pobreza de la mayoría de los ciudadanos como problema y un gasto, tal como se ha venido haciendo? Se considera que el costo ideológico al que nos referimos al inicio, es la negativa al interrogante anterior.

El principio de dignidad de los ciudadanos es imprescindible, tanto o más, que el de seguridad, porque de nada vale una sociedad segura con ciudadanos indignos, y consecuentemente sin posibilidad alguna de gozar de la autonomía que les permita ser verdaderos ciudadanos. Cuando la sociedad colombiana, y el Estado en su representación, garantice plenamente la autonomía de los ciudadanos, esto es, sus derechos positivos y negativos, su libertad de opinión, tanto como la alimentación, la salud y la educación para que realmente puedan hacerlo, sólo entonces podrá exigírseles un ejercicio activo de su ciudadanía, y la correspondiente participación en política, no antes.

A los seres humanos se les debe garantizar la autonomía, no exigírsela. La ubicación del estado colombiano, en un contexto globalizado, en el que se supone la humanidad comparte lugares comunes y pactos universales, incluye la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los derechos humanos. En ese sentido, Colombia ha

aceptado un compromiso universal de cumplirlos, y eso implica gestionar los recursos necesarios ello. De la mano del compromiso universal adquirido por el Estado, ha estado la labor de la Corte Constitucional, guardando los principios constitucionales y los derechos humanos:

“la importancia que la Corte le ha asignado al principio del estado social de derecho fundado en el trabajo y la solidaridad. La segunda es la trascendencia que la Corte le ha dado al principio de dignidad humana que irradia toda la Carta de Derechos y que ha sido un referente permanente del control constitucional, así en algunos casos ello sea tan solo implícito.”²⁵⁹

Ser una democracia contemporánea exige el respeto por los derechos humanos, aunque hipotéticamente la mayoría de los ciudadanos se opusiera a ello, porque hacen parte de esas reglas del juego que no deben discutirse, tal como lo señaló el tratadista Uprimny Yepes. Por ello, al principio de la vida es sagrada, debe sumársele la vida digna es sagrada. Ronald Dworkin, citado por Uprimny señala:

“Los derechos constitucionales, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aún cuándo la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar”²⁶⁰

Finalmente, si tal como señala el exmagistrado de la Corte Constitucional ante citado²⁶¹, y siguiendo el pensamiento de Dworkin, los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es claro que estos

²⁵⁹ Manuel Cepeda; Op. Cit.

²⁶⁰ Uprimny Yepes; Op. Cit

²⁶¹ Rodrigo Uprimny

derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías”²⁶².

Comentarios finales

La fundamentación del derecho a la salud como fundamental busca justificar, y en lo posible convencerlos, de la importancia de considerar el derecho a la salud como derecho social fundamental

Para ello nos respaldamos en la hoy denominada y ya ampliamente desarrollada, teoría de la argumentación, en general, y de la argumentación jurídica, en particular.

Saber que es, en últimas, lo que logra persuadir o convencer a los seres humanos frente a las decisiones que deben tomar, o lo que los lleva a aceptar las decisiones que otros han tomado y que puedan o no afectarles, o incluso las serias repercusiones que ello genera en las Democracias y Estados Sociales de Derecho contemporáneos, es uno de los fenómenos más complejos a estudiar dentro del campo de la interpretación y la argumentación en el derecho, se involucran en el mismo ejes comunes y permanentes como la racionalidad humana, el lenguaje y el fenómeno del poder, entre muchos otros.

Un trabajo de fundamentación de un derecho social en Colombia encuentra un gran respaldo teórico en la teoría de derechos sociales como derechos subjetivos. Las teorías objetivas, positivistas, se enfrentan cada día más ante la incertidumbre que cada caso en específico las condiciones de urgencia e inminente necesidad les genera.

Aspectos Históricos

²⁶² Rodrigo Uprimny. Construyendo democracia. *“Control Constitucional, política económica y derechos sociales”*; Mesa de Promoción y Defensa de la Constitución de 1991; Pag. 115. Santa Fé de Bogotá, Colombia. 1999.

El proceso de consolidación de los DESC, en general, y la salud, en particular, ha recorrido un largo trayecto.

En la antigüedad se carecía de categorización jurídica. Existía una muy naciente y casi superflua reglamentación del ejercicio de la medicina. El primer cambio sustancial lo encontramos en la modernidad. Es en este momento histórico donde se desarrollan los avances muy significativos para el desmonte del Absolutismo y en eso fue primordial una concepción de los derechos de hombre de alto componente iusnaturalista. Las revoluciones liberales tuvieron como cartas de triunfo declaraciones de derechos en donde la libertad, propiedad e igualdad eran valores primordiales.

Con posterioridad viene la crisis del Siglo XX. Se inicia una etapa de concientización de las necesidades de condiciones fácticas y materiales de la libertad y la igualdad. Se empieza a erigir el estado social de derecho, que tiene como pretensión disminuir las desigualdades e inequidades sociales.

En Europa se inicia el proceso de conformación del estado de derecho democrático y constitucional fue un proceso escalonado en el cual primero se conformo la estructura de Estado de Derecho, con posterioridad se democratizó y luego se inicio el proceso de trabajar contra las desigualdades sociales. Sin embargo, es sólo con el Estado constitucional que los derechos humanos y la dignidad del hombre conforman la estructura antropológica del Estado, en términos de Peter Haberle.

La situación de los derechos sociales en Colombia es difícil y ha sido muy ardua, con una tradición jurídica formalista y con legado legalista, la protección y materialización de los DESC ha tenido un proceso en constante evolución, pero lento. A partir de 1991, con la Constitución Política de ese año, los derechos fundamentales se consagran de manera expresa. Los derechos sociales se constitucionalizan, aunque no adquieren carácter fundamental.

Estructura del derecho a la salud como social, fundamental y subjetivo a partir de la teoría de derechos sociales de Rodolfo Arango Rivadeneira

Para Arango Rivadeneira los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos con alto grado de importancia y carácter positivo general. Esto significa que la salud, desde esta teoría se puede definir a la **salud como un derecho subjetivo con alto grado de importancia y carácter positivo general**. Si la teoría de DESC reposa en el concepto de derechos subjetivos, se hace necesario aclarar el concepto de derecho subjetivo.

Derecho subjetivo en su sentido más estricto se entiende como el poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo. Según esta definición es posible distinguir tres características del derecho subjetivo: a) una norma jurídica; b) una obligación jurídica de otro derivada de esta norma; y c) un poder jurídico para la consecución de intereses propios reconocidos al sujeto, es decir, una posición jurídica.

La Norma jurídica, es para Arango Rivadeneira, citando a Robert Alexy: *desde un punto de vista semántico norma es lo que se expresa con un enunciado normativo. Todo enunciado normativo puede formularse mediante una oración deontica, con la que se declara que una acción es ordenada, prohibida o permitida. Una norma expresada por un enunciado normativo es una norma jurídica cuando su cumplimiento puede ser forzado por el poder estatal legítimo. Un derecho subjetivo presupone al menos una norma jurídica válida. La validez de la norma jurídica es condición necesaria más no suficiente de la existencia del derecho subjetivo. Ahora surge la pregunta: ¿ que tipo de norma jurídica se usa para la determinación de un derecho subjetivo?*

Se señala que en la literatura jurídica se discute acerca de si la norma jurídica que es condición necesaria para la existencia de un derecho subjetivo debe tener carácter

exclusivamente legal, porque implica la obligación correlativa de otro. Se hace este cuestionamiento referente al carácter, porque se sostiene también, por parte de algunos teóricos que la libertad del individuo sólo puede estar ser limitada con fundamento en una ley general. Sin embargo, Arango Rivadeneira critica esta idea, y por su parte sostiene que *las normas de derechos fundamentales sirven de base a los derechos subjetivos y a las obligaciones objetivas. Por esto es que no solamente las normas legales, sino también las normas de derechos fundamentales entran en consideración como fuente de derechos subjetivos.* Es así como de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales se pueden derivar derechos subjetivos y la correspondiente exigencia y obligación que este concepto comprende.

La obligación jurídica. Arango Rivadeneira crítica la tesis de correlatividad entre derecho subjetivo y la obligación jurídica. Sostiene que la misma sólo es válida dentro de un orden jurídico estrictamente privado, en el que a cada obligación le corresponde un derecho y viceversa. La razón para afirmar lo anterior es que en un orden jurídico que incluye normas de derecho público es posible encontrar obligaciones jurídicas que imponen deberes a las autoridades sin que por ello exista un derecho subjetivo en cabeza de los beneficiarios a exigir el cumplimiento de los mencionados deberes, como es caso de las normas que adoptan políticas generales de fomento.

Siendo este el panorama afirma que los derechos y obligaciones no son mutuamente condicionantes. A continuación se sostiene que las obligaciones jurídicas no tienen que expresarse necesariamente en un enunciado normativo, esto nos señala que las obligaciones jurídicas pueden ser determinadas de manera directa o indirecta.

La posición jurídica. Arango Rivadeneira antes de entrar a analizar la posición jurídica responde a la posible objeción que puede hacerse al concepto de posición jurídica, consistente en que es superfluo hablara de posiciones jurídicas, en tanto el concepto de obligación jurídica hace innecesario el concepto de derecho subjetivo. Para responder a esta eventual objeción usa dos argumentos: primero, afirma que la obligación jurídica y la norma jurídica no son condiciones que basten para la

existencia de un derecho; segundo, la mención de posiciones jurídicas es para los sujetos jurídicos, es decir para los portadores del derecho, de decisiva importancia política y jurídica.

La posición jurídica es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida prima facie porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones (razones válidas y suficientes) que hablan a favor del individuo, esto es través de una argumentación racional. El no reconocimiento injustificado de la posición jurídica del individuo ocasiona un daño inminente al sujeto de derecho, que no es coherente con la integridad del sistema jurídico de un estado social de derecho.

El trabajo apoya su validez en la teoría que considera el derecho social fundamental como derecho subjetivo²⁶³. El derecho *subjetivo* a la salud, se considera, resuelve algunos problemas de la aplicación del derecho *objetivo* a la salud²⁶⁴ imperante en Colombia.

Un argumento que se defiende es: *sólo en la medida en que el derecho a la salud (un derecho social), se independice del derecho a la vida (un derecho liberal), adquirirá la autonomía necesaria para ser exigible como derecho social fundamental*. De hecho, la corte constitucional colombiana ya desarrolló parte del trabajo, que aquí sólo se pretende finalizar, cuando señaló que el derecho a la salud en el caso de los niños se constituía en un derecho autónomo. Ya existen razones para un derecho a la salud autónomo para los niños, se considera que deben elaborarse otras para que el derecho se extienda al resto de los ciudadanos. La única crítica que se realiza a la excelente estructuración de la corte es que se remite en uno de sus apartes al derecho a la vida, lo cual, no obstante, ha sido muy útil para la protección de la salud en nuestra realidad social. Se considera un ejercicio interesante desligar

²⁶³ Cfra Ibidem.

²⁶⁴ Problemas como la vulneración del derecho a la igualdad, cuando por vía de tutela se le concede, a unas sí y a otros no, protección del derecho a la salud a personas con afecciones de salud similares, pero con condiciones económicas distintas

teóricamente derecho a la salud y derecho a la vida, lo cual tendría como consecuencia la autonomía del último, *status* ontológico que se defiende.

La conexidad existente entre el derecho a la salud y el derecho a la vida es real y clara. No se pretende negar tal vínculo, ni refutarlo; tal misión constituiría un absurdo. No obstante la evidente relación entre salud y vida, y los consecuentes derechos que los contienen, se considera que el parentesco tiene consecuencias desafortunadas cuando se incluye la vida en la exigibilidad del derecho a la salud.

La remisión al derecho a la vida (para proteger el de la salud) es uno de los argumentos que la Corte constitucional inicialmente usa para proteger la salud en Colombia, por vía de tutela, para aquellas personas que por algunas circunstancias específicas²⁶⁵ veían limitada la exigencia a su derecho. Posteriormente se observaría un avance al encontrar remisiones al derecho a la dignidad humana. La dignidad humana si constituye, desde esta perspectiva, un componente adecuado para respaldar la elaboración de la estructura ontológica del derecho a la salud. La elaboración de los argumentos para apoyar la anterior afirmación hace parte de los objetivos de la investigación. Se puede afirmar, entonces, que la vida respecto al derecho de la salud es condición necesaria pero no suficiente de su garantía.

La salud debe ser un derecho autónomo

La salud como derecho fundamental, consagrado como tal en el Bloque de Constitucionalidad colombiano (PIDESC) es autónomo y como tal puede ser reconocido en la jurisprudencia constitucional colombiana sin necesidad de acudir a la conexidad con otros derechos, pero principalmente sin acudir a la conexidad con el derecho. Se entiende por autónomo aquel derecho social, acerca del cual existen razones válidas que lo hacen fundamental, sin acudir a las que sustentan la existencia de otros derechos fundamentales liberales, o incluso sociales. Dada la situación de desconocimiento del carácter fundamental de la salud y la intención de acudir a la

²⁶⁵

conexidad, desde mi perspectiva es más beneficioso para el derecho a la salud que se conecte con los principio de dignidad y libertad humana. La razón para ello es que creo que conectar la salud y la vida, es reducir la primera a un plano estrictamente garantista de la existencia biológica.

Considero que los seres humanos nos merecemos la oportunidad de apostarle al argumento de que la existencia por sí misma no nos satisface. Reducir la protección constitucional a la salud, sólo cuando está en evidente peligro la vida humana, es reducir la vida humana a la simple existencia biológica. Si se protege la salud, sólo cuando está en peligro la vida humana, en últimas lo que se está protegiendo es la vida misma. En Colombia se ha venido protegiendo la salud humana desconociendo el derecho el derecho a la salud, porque lo que subyace en la conexidad con la vida, es la tradición liberal imperante, vitalista, y biologicista. El punto de vista biologicista de la salud no es coherente con la idea de calidad de vida que debe irradiarse desde la constitución política de un país. Cito la importante opinión de Sen respecto a la relación entre calidad de vida y salud:

“Se puede pensar que la medicina, enfocada de manera adecuada sólo en la salud humana definida en términos del funcionamiento biológico, tiene derecho a enseñarnos algo en lo referente a temas sociales más generales sobre la calidad de vida. Creo que es justo decir que la mayoría de los trabajos sobre ética médica en las últimas dos décadas ha rechazado la opinión de Kass[266] acerca de que el único fin adecuado de la medicina es la salud, definida en términos naturalistas, biológicos, y a la estructura ética para la toma de decisiones en los tratamientos médicos que parecería implicar. (...) Necesitamos ver ahora la forma en que la opinión alternativa, más amplia, de los fines de la medicina que deben orientar la toma de decisiones en los tratamientos médicos influye en la comprensión de la calidad de vida²⁶⁷”.

²⁶⁶ León Kass (1985) citado por Dan Brock en La calidad de vida (...)

²⁶⁷ NUSSBAUM, Martha y SEN, Amartya, “La calidad de vida”, México. Fondo de cultura económica, 2002. Pág. 143.

Además de ello desconoce las observaciones del Comité Pidesc de las Naciones Unidas, y las preocupaciones sobre la situación de la salud en Colombia:

“Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos²⁶⁸”.

Como reflexión final sobre los DESC considero aunque que no fueron estipulados como fundamentales en la Constitución Política de 1991, eso no les quita el reconocimiento que le ha dado una colectividad de estados, en sus pactos y tratados internacionales. Luego entonces, también parece que en Colombia lo que ocurre, es que no obstante el reconocimiento internacional de fundamental del derecho a la salud se omitió tal designación, ello no obsta para restarle el carácter de fundamental, por el contrario, hace más difícil la protección de la salud en Colombia.

²⁶⁸ Pidesc (preámbulo)