VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DEL MISMO.

Resumen

El presente artículo decanta por la VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD analizado desde la perspectiva de los términos que rige el trámite judicial para la protección de este derecho fundamental, enfocado a determinar por medio de análisis normativos la amenaza de la dignidad humana a los ciudadanos y residentes en el país, los cuales cuentan con una afectación de la salud y requieren de una atención medica de manera oportuna, eficaz y de carácter prioritario.

Se hará un estudio de las actuaciones que deben realizar los interesados para que su derecho a la salud sea garantizado mediante la acción de tutela de acuerdo al decreto 2591 de 1991, como se debe proceder cuando se realiza el incidente de desacato por el no cumplimiento de lo ordenado por el juez en el fallo de tutela y cuál es el termino para que se imponga la sanción sobre quienes recae la responsabilidad. De igual manera se estudiara la ley 1755 de 2015 por el cual se regula el derecho fundamental a la petición.

Se llevara a cabo un repaso jurisprudencial y de los tratados internacionales relacionando las características esenciales en la motivación de los fallo de tutela emitidos por la corte constitucional tales como la sentencia T 760 de 2008 y los derechos que pretenden proteger y garantizar los tratados internacionales uno de estos seria la convención americana sobre los derechos humanos.

Con este artículo se pretende analizar el problema del porqué una norma que fue creada con el objetivo de proteger amenaza con la vida de los ciudadanos que se encuentran en un estado de debilidad manifiesta por cuestiones de salud (sentencia 277 de 2020). De este modo se espera como resultado de esto, unas reflexiones en materia de políticas públicas que generen un cambio drástico en la inmediatez del trámite judicial para la garantía del derecho fundamental a la salud.

Palabras claves: vulneración, derecho a la salud, acción de tutela, derecho fundamental.

Abstract

This article opts for the VIOLATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH analyzed from the perspective of the terms that govern the judicial process for the protection of this fundamental right, focused on determining through normative analysis the threat of human dignity to citizens and residents in the country, who have a health affectation and require medical attention in a timely, effective and priority manner.

A study will be made of the actions that the interested parties must carry out so that their right to health is guaranteed through the guardianship action according to decree 2591 of 1991, how to proceed when the incident of contempt is carried out due to non-compliance with what was ordered by the judge in the guardianship ruling and what is the term for the sanction to be imposed on those who bear responsibility. In the same way, Law 1755 of 2015, which regulates the fundamental right to petition, will be studied.

A review of jurisprudence and international treaties will be carried out, relating the essential characteristics in the motivation of the guardianship rulings issued by the constitutional court such as sentence T 760 of 2008 and the rights that international treaties seek to protect and guarantee, one of these would be the American convention on human rights.

This article intends to analyze the problem of why a norm that was created with the objective of protecting threatens the lives of citizens who are in a state of manifest weakness due to health issues (judgment 277 of 2020). In this way, it is expected as a result of this, some reflections on public policies that generate a drastic change in the immediacy of the judicial process for the guarantee of the fundamental right to health.

Keywords: violation, right to health, protection action, fundamental right

Introducción

Desde la perspectiva del derecho fundamental a la salud resulta relevante para el Derecho constitucional que partiendo de los principios fundamentales de la constitución nacional de 1991, esta centra sus principios en la dignidad humana y la prevalencia del interés general. Respecto del asunto pertinente de este artículo, la actual constitución política de Colombia estableció más protección de los derechos fundamentales a ciudadanos colombianos y a quienes permanecen dentro del territorio nacional. No obstante el derecho fundamental a la salud pretende ser protegido mediante la acción de tutela, proceso judicial en el que el un juez de la republica de acuerdo a los requisitos exigidos en este trámite verifica si se está vulnerando o no el derecho fundamental a la salud emitiendo fallo de tutela.

La vulneración del derecho constitucional fundamental a la salud se evidencia en el trámite procesal para el reconocimiento del mismo en razón de que nuestro sistema judicial considera pronto un término de 10 días hábiles para amparar la petición del derecho a la salud mediante la Acción De Tutela que antes de ser instaurada por regla general el ciudadano interesado debe radicar un derecho de petición el cual tiene un término de 15 días hábiles para ser respondido por la entidad de salud a la que se le ha solicitado lo requerido por el interesado para mejorar o tratar sus patologías médicas de acuerdo a lo determinado en el artículo 14 de la ley 1755 de 2015, término que se extiende si la entidad de salud accionada en el fallo de tutela no realiza lo ordenado por el juez dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo para suministrar lo requerido por el accionante. El término adicional por el tiempo de 10 días más partiendo de la fecha de la radicación del incidente de desacato y posteriormente 10 días más para que los representantes de la entidad de salud sean sancionados con hasta 6 meses de cárcel y una sanción pecuniaria de 20 SMMLV de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 del decreto de ley 2591 de 1991 a causa de la negligencia de la atención y petición del accionante. . Por lo anterior, el término para imponer la sanción a quienes les recae la responsabilidad de proteger el derecho fundamental a la salud es muy amplio.

A contrario sensu si iniciamos el trámite judicial para el reconocimiento y protección del derecho fundamental a la salud con la acción de tutela con medida provisional (artículo 7 del decreto 2591 de 1991) este trámite judicial debe ser fallado en un término de 48 hora a partir de la interposición de la misma en el despacho judicial en la que ha sido radicada,

posteriormente con la negativa de la entidad accionada se iniciará el mismo proceso de los términos a partir de la radicación del incidente de desacato.

Con todo lo anterior, el grado de vulneración del derecho fundamental a la salud surge de tres presupuestos teniendo en cuenta los términos judiciales para su garantía y protección, siendo estos los siguientes:

- **¿LA PROTECCION EN EL TÉRMINO JUDICIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD ES DEFICIENTE?**

- **¿EXITE LA INEFICACIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA?**

- ¿**AL FINAL DEL PROCESO QUE PRETENDE LA PROTECIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD, ESTE ES GARANTIZADO?**

1. **Alcances jurisprudenciales y normativos respecto la garantía del derecho fundamental a la salud, respecto de los plazos procesales.**

La naturaleza especial del Estado social de Derecho se caracteriza por asegurar el respeto, la garantía y la realización integral de los derechos humanos, protección que se establece en el artículo 2 de la constitución nacional el cual rige los fines esenciales del estado que se fundamentan en la garantía efectiva de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución, además de ello las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, en su honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, el artículo 23 que precisa el derecho de petición como la cualidad de toda persona para presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivo general o particular, el articulo 49 el cual decreta que la atención de la salud es un servicio público a cargo del estado conforme a los principios de eficacia, universalidad y solidaridad, el artículo 50 que trata los derechos de los niños a la protección o seguridad social por parte del estado, la sentencia T 010 de 2019 manifiesta la especial protección constitucional dirigida los niños, escenario en el cual, se debe propender porque el derecho fundamental a la salud sea garantizado de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita, y finalmente el artículo

86 que determina la ACCION DE TUTELA, mecanismo en el que toda persona tendrá 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 o de los particulares, los tratados internacionales de los derechos humanos que establecen la responsabilidad de los Estados a respetar las obligaciones y los deberes que se asumen en virtud del derecho internacional de respetar, proteger y realizar los derechos humanos.; los fallos, las declaraciones y las interpretaciones de la corte constitucional que generan fuerza vinculante para los nuevos fallos en relación a la protección del derecho fundamental a la salud tal como la SENTENCIA T-104/10.

Determinando el DERECHO A LA SALUD COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL, expresando de la misma manera que el derecho a la salud debe protegerse conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. La acción de tutela protege el derecho fundamental a la salud en su dimensión de acceso a los servicios en salud que se requieren con necesidad, en condiciones dignas.

La sentencia c 313 de 2014 la cual trata el proyecto de ley estatutaria sobre derecho fundamental a la salud determina para el asunto del artículo de investigación puntos fundamentales:

1. La garantía del derecho fundamental a la salud mediante la acción de tutela no quebranta el procedimiento del trámite.

2. La garantía del derecho fundamental a la salud surge desde la consagración misma del Estado Social de Derecho.

3. El estudio de esta sentencia se fundamentó en el proyecto de la ley estatutaria 209 de 2013 y 267 de 2013 la cual buscaba garantizar y proteger el derecho a la salud mediante la creación de mecanismos para el reconocimiento de este derecho fundamental el análisis de la corte respecto del articulado de la ley estatutaria es el siguiente:

> "el derecho a la salud no tienen reparo, advirtiéndose que una interpretación amplia del acceso a la salud con miras a la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación, recuperación y paliación; implica también el acceso a las facilidades, establecimientos, bienes y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel de salud"

Estimo importante resaltar que diferentes conceptos desarrollados por la ley en mención buscaban una real participación de los ciudadanos como afectados o interesados en asuntos de salud. Por otro lado, considero necesario recalcar que en cuanto a la autonomía de los profesionales de la salud, su garantía de poder emitir con toda libertad su opinión profesional con respecto a la atención y tratamiento de sus pacientes son actuaciones importantes y necesarias en la aplicabilidad del sistema de salud.

El precepto contenido en el artículo 22 de la ley estatutaria 209 de 2013 el cual consagra la obligación de crear una política incentivando la investigación y generación de nuevos conocimientos en salud, de modo que el Estado deberá establecer una serie de actividades encaminadas a que el servicio de salud sea prestado a toda la población en manera integral y de alta calidad al momento de su práctica se consideran obsoletas puesto que constitucionalmente no se ha logrado la cobertura del 100 % de la población en el país con el fin de que estas sean beneficiarias del servicio de la salud resultan fines vacíos debido a que la finalidad principal no ha cumplido su objetivo.

Finalmente el concepto final de la corte constitucional en cuanto al trámite del proyecto de Ley Estatutaria No. 209 de 2013 de Senado y 267 de 2013 Cámara por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud cumplía con los requisitos suficientes para su aprobación.

Otro alcance normativo es el internacional el cual se evidencia en los siguientes tratados:

- <u>DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:</u>
  ARTÍCULO 25:

1. 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 asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 1959:

PRINCIPIO 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño

- PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS SOCIALES Y CULTURALES:

Artículo 12

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.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

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

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

- CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

2. Preceptos legislativos que conllevan a la vulneración del derecho fundamental a la salud con base en los términos que rige el sistema judicial para su protección.

La vulneración del derecho fundamental a la salud se evidencia en los siguientes preceptos legislativos:

La tutela, según el artículo 86 superior, debe entenderse como una acción jurídica procesal de rango constitucional y de carácter judicial, instituida para la defensa de los derechos fundamentales cuando sea que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Esta acción podrá instaurarse por cualquier persona, en todo momento, lugar y ante cualquier juez, siempre que no exista otro medio ordinario de defensa judicial que sea eficaz, excepto cuando concurran situaciones que le puedan configurar al accionante un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela podrá ejercerse como mecanismo transitorio (Diego León, 2018, página 30)

En concordancia con lo anterior, el decreto 2591 de 1991 en su artículo 8 establece: "La tutela como mecanismo transitorio. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado."

Es decir, que La acción de tutela procede como mecanismo transitorio cuando se evidencia que las condiciones de vulnerabilidad y de sujeto de especial protección constitucional del accionante requieren la necesaria e inminente intervención del juez constitucional para salvaguardar con medidas de ejecución inmediata (corte constitucional, sentencia T 087/ 2018)

El artículo 52 del decreto 2591 de 1991 determina la sanción a la que se exponen las partes que no acaten las ordenes expedidas por el juez en el fallo de tutela.

"Desacato. La persona que incumpliere una orden de un juez proferida con base en el presente decreto incurrirá en desacato sancionable con arresto hasta de seis meses y multa hasta de 20 salarios mínimos mensuales, salvo que en este decreto ya se hubiere señalado una consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar."

Este precepto legislativo vulnera el derecho fundamental a la Salud teniendo en cuenta el termino judicial para que los accionados o partes del proceso judicial sean sancionadas por no acatar la orden judicial, es decir, al momento de expedirse el fallo de tutela los accionados tienen 48 horas para dar cumplimiento a la orden de no ser así el afectado debe realizar el incidente de desacato y radicarlo en el despacho judicial en el que se expidió el fallo de tutela, así las cosas, el despacho cuenta con 10 días hábiles más aparte de los establecidos para dar el fallo de tutela. Iniciado el trámite de práctica de pruebas entre las partes justificando su desacato a la orden judicial el juez sanciona o no a la parte accionada.

Ley 1751 de 2015 la cual tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección.

"Artículo 4o. Definición de Sistema de Salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud."

"Artículo 5o. Obligaciones del Estado.

El Estado es responsable de respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud; para ello deberá:

a) Abstenerse de afectar directa o indirectamente en el disfrute del derecho fundamental a la salud, de adoptar decisiones que lleven al deterioro de la salud de la población y de realizar cualquier acción u omisión que pueda resultar en un daño en la salud de las personas;

b) Formular y adoptar políticas de salud dirigidas a garantizar el goce efectivo del derecho en igualdad de trato y oportunidades para toda la población, asegurando para ello la coordinación armónica de las acciones de todos los agentes del Sistema;

c) Formular y adoptar políticas que propendan por la promoción de la salud, prevención y atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas, mediante acciones colectivas e individuales;

d) Establecer mecanismos para evitar la violación del derecho fundamental a la salud y determinar su régimen sancionatorio;

e) Ejercer una adecuada inspección, vigilancia y control mediante un órgano y/o las entidades especializadas que se determinen para el efecto;

f) Velar por el cumplimiento de los principios del derecho fundamental a la salud en todo el territorio nacional, según las necesidades de salud de la población;

g) Realizar el seguimiento continuo de la evolución de las condiciones de salud de la población a lo largo del ciclo de vida de las personas;

h) Realizar evaluaciones sobre los resultados de goce efectivo del derecho fundamental a la salud, en función de sus principios y sobre la forma como el Sistema avanza de manera razonable y progresiva en la garantía al derecho fundamental de salud;

i) Adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población;

j) Intervenir el mercado de medicamentos, dispositivos médicos e insumos en salud con el fin de optimizar su utilización, evitar las inequidades en el acceso, asegurar la calidad de los mismos o en general cuando pueda derivarse una grave afectación de la prestación del servicio."

Artículo 6o. Elementos y Principios del Derecho Fundamental a la Salud.

El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados:

a) **Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) **Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) **Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) **Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos.

Así mismo, el derecho fundamental a la salud comporta los siguientes principios:

a) **Universalidad.** Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) **Pro homine.** Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

c) **Equidad.** El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

d) **Continuidad.** Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e) **Oportunidad.** La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

f) **Prevalencia de derechos.** El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus

derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;

g) **Progresividad del derecho.** El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

h) **Libre elección.** Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;

i) **Sostenibilidad.** El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

j) **Solidaridad.** El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

k) **Eficiencia.** El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

l) **Interculturalidad.** Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;

m) **Protección a los pueblos indígenas.** Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias

cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n) **Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.** Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

PARÁGRAFO. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección.

"Al analizar los principios, se procedió a revisar el de universalidad y, encontró la Corte que tenía asidero constitucional dado su reconocimiento específico en el artículo 49 de la Carta, la comprensión de la expresión "*efectivamente*" resulta predicable de todos los elementos necesarios del derecho, esto es, de la oportunidad, integralidad, continuidad, entre otros.

El principio *pro homine* fue declarado exequible dada su relevancia como cláusula hermenéutica para la interpretación de los derechos fundamentales.

En cuanto al principio de equidad se dijo que tenía asidero constitucional y tras revisar la jurisprudencia se observó que la expresión *mejoramiento de salud de las personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección*, implica un deber del Estado de adoptar políticas pública dirigidas específicamente a mejorar la prestación del servicio en todas las fases que involucra la salud, tales como promoción, prevención, diagnóstico, curación, rehabilitación y paliación.

El principio de continuidad fue declarado exequible, pero la Corte excluyó las expresiones "*de manera intempestiva y arbitraria*, pues, con ellas se dejaban en rigor elementos que conducían a cercenar el goce del derecho. Igualmente se reiteró que la prohibición de interrumpir el servicio debe incorporar todos los elementos de la prestación del servicio y no contraerse a los servicios y tecnologías.

El principio de oportunidad contenido en el literal *e)*, inciso 2 se declaró exequible por corresponderse con lo dispuesto en la Constitución. Sin embargo, la Corte proscribió las expresiones *"que se requieran con necesidad"* y *"que puedan agravar la condición de salud de las personas"*, pues implicaban una restricción al goce del derecho y vulneraban los artículos 2 y 49 de la Carta. Al igual que en los casos anteriores se advirtió que la expresión *servicio y tecnologías* debe apreciarse de manera amplia e incluir otros elementos.

En cuanto a la prevalencia de derechos, dada su consonancia con el artículo 44, no fue objeto de ningún reparo y se declaró su exequibilidad.

El principio de progresividad fue estudiado por la Corporación de conformidad con sus precedentes y se recordó que se vincula con el principio de no regresividad e implica la exigibilidad inmediata de ciertas obligaciones en cabeza del Estado. Una lectura distinta, desconocería el goce efectivo del derecho…" **Sentencia C 313 de 2013**

Los preceptos normativos anteriormente citados pierden su validez en la práctica del mismo debido a lo siguiente:

Caso:

Rosa es una mujer de 63 años de edad, nacida en el departamento del choco y perteneciente a la comunidad indígena Emberá de acuerdo a su historia médica ella padece de antecedentes de HEPATOPATIA CON CUADRO CLINICO DE 15 DIAS DE EVOLUCION CONSISTENTE EN EDEMA DE MIEMBROS INFERIORES Y ABDOMEN ASOCIADO A DOLOR ABDOMINAL INTENSO 6/10 GENERALIZADO DE PREDOMINIO DERECHO.

Con antecedentes de:

Antecedentes patológicos: CIRROSISDE ETIOLOGIA NO ESPECIFICADA (HEREDITARIA)

HIPOTOROIDISMO, GASTRITIS, ATRIMIA CARDIACA NO ESPECIFICADA

Antecedentes farmacológicos:

- LEVOTIROXINA 50MCG/D
- ESOMEPRAZOL 40 MGA/D X 120/D

Antecedentes quirúrgicos: TIMPANOPLASTIA, (VI-2021) SE ORDENA LIGADURA DE VARICES ESOFAGICAS

Rosa es hija de la señora Cervelina quien tuvo 12 hijos y falleció de CIRROSIS HEPATICA. De la misma manera han fallecido del mismo diagnostico medico 4 hermanos, y 2 sobrinos con diagnósticos de CIRROSIS HEPATICA elevados.

El pasado 15 de diciembre de 2022 como familiares nos vimos en la obligación de hospitalizar a Rosa en la Fundación Hospital San José de Guadalajara de Buga (V), realizándole ecografía abdominal total, radiografía de tórax y tomografía computada de tórax, estando bajo observación hasta el 23 de diciembre del mismo año. Ordenando de la misma forma valoración con especialista en HEPATOLOGIA.

A consecuencia de todo lo anterior y al evidenciar que en la historia clínica ordena la realización de exámenes médicos complementarios por sospecha de HEPATOCARCINOMA varios familiares decidimos realizar la RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA DE ABDOMEN el pasado 09 de febrero de 2023 en la clínica Imbanaco de la ciudad de Cali por un costo de 900.000 pesos a causa de la demora en los servicios de salud requeridos por Rosa.

Los familiares de Rosa se encuentran totalmente tristes puesto que en la hospitalización pasada Rosa en el examen médico de RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA DE ABDOMEN arrojo un resultado de 100.0 ng/ml el pasado 09 de febrero estos resultados arrojaron un aumento de 400.0 ng/ ml * 0-7 aumento considerable en la gravedad de su estado de salud de Rosa.

En la conclusión del examen de RESONANCIA NUCLEAR MAGNETICA DE ABDOMEN el comentario fue: Cirrosis. Hepatocarcinoma en relación a tres lesiones localizadas en el lóbulo hepático derecho, una cuarta lesión de gran tamaño que no realiza activamente con el medio de contraste y presenta cicatriz central de aspecto inespecífico.

Ascitis. Hipertensión portal sin imágenes que sugieran trombosis de la porta. Varices gástricas y esofágicas. Esplenomegalia.
Quistes simples renales.
Con todo lo anterior, el pasado 02 de enero de 2023 La entidad de salud autorizo lo siguiente:

- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN HEPATOLOGIA para el hospital Universitario del valle
- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN MEDICINA INTERNA autorizada para la fundación hospital San José de Guadalajara de Buga (V)
- CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR NUTRICION Y DIETETICA autorizada para la fundación hospital San José de Guadalajara de Buga (V)

Carlina totalmente preocupada porque desde la autorización de la CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR ESPECIALISTA EN HEPATOLOGIA está tratando de solicitar que agenden la cita pero en el hospital manifiestan que solo hay agenda para el mes de abril o mayo. La entidad de salud se excusa manifestando que la consulta ordenada se encuentra autorizada pero mi cuñada no puede acceder a dicho servicio hasta el mes de abril y su estado de salud se deteriora cada vez más.

Por todo lo anterior, Carlina hermana de Rosa instaura acción de tutela en el municipio en el que se encuentra domiciliada, fallando tiempo después el despacho judicial a favor de todas sus pretensiones y tutelando de la misma manera su derecho fundamental a la salud.

En la aplicación de la ley 1751 de 2015 con el ejemplo anteriormente expuesto no se dio cumplimiento a ninguno de los elementos y principios establecidos en el artículo 6 de la misma, vulnerándose de la manera más atroz el derecho fundamental a la salud de Rosa. Las entidades públicas o privadas garantes y responsables de la salud de Rosa entre muchos ciudadanos y residentes en el país justifican su ineficacia en la congestión y falta de recursos para atender a los pacientes pasando por alto los preceptos normativos y judiciales que protegen este derecho constitucional fundamental.

3. Factores que generan ineficacia en la materialización de los fallos de tutela en defensa del derecho fundamental a la salud.

El presente capitulo se desarrollara con tres factores:

DEFICIENCIA EN LA PROTECCION EN EL TÉRMINO	El termino judicial si resulta deficiente para la garantía y protección de derecho fundamental a la salud puesto que para en el

JUDICIAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.	trámite para el reconocimiento de este precepto constitucional el termino judicial se determina así: - Acción de tutela 10 días hábiles - Acción de tutela con medida provisional: 48 horas - Inc. Desacato: 10 días hábiles para iniciar el trámite. Por ende, el trámite incidental puede tardar más de 15 días.
<u>INEFICACIA DE LA ACCION DE TUTELA</u>	La acción de tutela no es ineficaz puesto que esta surte su proceso con el fallo de tutela del juez amparando sus derechos fundamentales.
¿LA PROTECCION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD QUE SE PRETENDE, FINALMENTE ES RECONOCIDA?	Teniendo en cuenta el proceso de protección del derecho fundamental a la salud independientemente de cualquier actuar que realice el afectado este trámite es ineficaz puesto que no da solución de fondo al problema y sus respuestas son circulares, es decir, si tengo a mi favor un fallo de tutela integral a causa de una enfermedad hipertensiva o crónica y esta me genera diabetes, falla cardiaca o falla hepática como afectado la única solución que tengo es nuevamente iniciar el proceso judicial para la protección de mi derecho a la salud a causa de que los fallos solo amparan el derecho a la salud de la patología mencionada en el escrito de tutela.

Conclusión

En definitiva, si X presento ante un despacho judicial una acción de tutela X, es adulto mayor de 68 años de edad, de escasos recursos que no cuenta con el apoyo ni la compañía de algún familiar cercano y la EPS en la que me encuentra afiliado le niega la entrega de los medicamentos para tratar su patología de base con todo el anexo probatorio pertinente dentro de un **término razonable** en el que se continúa vulnerando el derecho fundamental a la salud, estableciendo hecho, derecho (normatividad) y partes, lo más probable es que el juez tutele a favor del accionante el derecho fundamental a la salud.

En conclusión el término judicial si vulnera el derecho constitucional fundamental a la salud por los términos establecidos en el decreto 2591 de 1991 puesto que X puede sufrir un infarto o coma diabético debido a que no cuenta con recursos económicos para la compra de la medicina de manera particular.

La acción de tutela **NO** es ineficaz el fallo de tutela del juez que lo expide **está protegiendo el derecho fundamental a la salud a partir de ahí (EXPEDICCION DEL FALLO DE TUTELA)** el único trabajo de este fallo es confirmar que ese derecho fundamental a la salud mediante tutela y proceso judicial está protegido.

Finalmente, el protegido está el derecho fundamental a la salud si en el proceso pertinente del desacato el despacho se abstiene de sancionar a los representantes de la entidad accionada a causa de que estos expresaron que los servicios requeridos por el accionante están siendo garantizados sin ser de esa manera, o en el peor de los casos que se sancionen a los accionados y que posteriormente a esta sanción estos no presenten los servicios solicitados por el afectado.

El trámite judicial para la garantía y protección del derecho fundamental a la salud es deficiente porque la solución que le ofrece al accionante es circular, el afectado siempre debe estar ligado al tiempo determinado por la ley y este no brinda una RESPUESTA DE FONDO que pueda permitir que las EPS, IPS y Centros Hospitalarios se obliguen de manera real con el titular del derecho.

Bibliografía

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Sentencia T 010 de 2019 derecho fundamental a la salud de niños y niñas.
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-010-19.htm

Decreto 306 de 19 de febrero de 1992 por el cual se reglamenta el decreto 2591 de 1991.
https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1070234

DECRETO 1983 DE 2017 por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela
https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=84498

Ley 1755 de 2015 Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html

Robert A. Teoría de los derechos Fundamentales:
http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf

Corte constitucional (2008) Sentencia T 760 de 2008:
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm

TESIS LA INEFICACIA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS FALLOS EN ACCIONES DE TUTELA EN MATERIA DE SALUD EN COLOMBIA.
Autoría de Diana Patricia Veloza Jiménez

Universidad La Gran Colombia, Bogotá D.C
Septiembre de 2022
file:///D:/Informacion/Downloads/TESIS%20LA%20INEFICACIA%20DE%20LA%20ACCION%20DE%20TUTELA%20FRENTE%20AL%20TEMA%20DE%20SALUD%20EN%20COLOMBIA.pdf

Informe anual ACCIONES DE TUTELA EN SALUD
Vigencia 2021, orden 30 de la sentencia Tt-760 de 2008
https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/CA/informe-tutela-2021-st-760-de-2008-final-corte-constitucional.pdf

Sentencia C- 012 de 2002 Configuración Legislativa En Formas Y Termino Procesal
https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-012-02.htm

Reseñas bibliografías
Bilbao Ubillos, Juan María, La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, 852 pp.
Autor: José Juan Anzures Gurria
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932010000100017#:~:text=La%20teor%C3%ADa%20de%20la%20eficacia%20horizontal%20mediata%20consiste%20en%20condicionar,vinculado%20directamente%20por%20estos%20derechos.

Concepto de derechos constitucionales
https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_constitucionales#:~:text=Los%20derechos%20fundamentales%20son%20aquellos,es%20un%20Estado%20de%20derecho.

ARTICULO DE INVESTIGACION El derecho fundamental a la salud y la política de acceso al sistema: una mirada desde la Ley Estatutaria 1751 del año 2015
AUTORES: Carlos A. Gómez-García y Alejandro Builes-Velásquez

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862018000100135

Artículo publicado por la defensoría del pueblo, Bogotá D.C., 2003

Autor Oscar Parra Vera

Investigador en Derechos Humanos

https://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf