



Efectos Sociales, Jurídicos y Médicos de las Tutelas en Salud. Manizales 2006 -2007. Estudio de Caso

Sharon Escárraga Gómez*, Nathalie Jurado Ocampo**,
Valentina Marín Villa***, Diana María Mosquera
Jiménez****, Leonardo Muñoz Millán*****, Julián David
Valencia Jaramillo*****, Catalina Mejía Tobon*****,
Otoniel Aristizabal. MD.MG*****

Noviembre 22 / 2007

RESUMEN

OBJETIVO: Describir los contenidos esenciales del derecho a la salud que tienen efectos sociales, jurídicos y médicos.

MATERIALES Y METODOS: Investigación cualitativa de Estudio de Caso. Se examinaron 700 tutelas facilitadas por la Defensoría del Pueblo, regional Manizales; luego se preseleccionaron 100 (cien) tutelas interpuestas entre 2006 -2007 que exponían la vulneración del derecho a la vida por negación de procedimiento, medicamento o intervención incluido o no en el Plan Obligatorio de Salud (POS). Se seleccionó la tutela que cumplía con la mayoría de los criterios para realizar a partir de allí el adecuado análisis requerido para la investigación.

RESULTADOS: En la medida en que se habla sobre el contenido del derecho se ha dejado de lado un tema de gran importancia cuando se desea proyectar el derecho a la salud hacia espacios reales, y este tema es el de la definición de los mínimos y máximos posibles dentro del contenido esencial del derecho a la salud. Aunque se han establecido algunos mínimos plausibles, como la aceptación inicial de prestadores, aseguradores y usuarios con relación al plan obligatorio de salud (POS); no se han definido cuáles con claridad serían los máximos, dejando este punto abierto para el debate. Esto máximos los sugiere la Constitución Política Colombiana, por medio de la tutela garantiza la conexidad del derecho a la salud con la vida en condiciones dignas, integridad personal, seguridad social, calidad de vida, derechos de las personas de grupos más vulnerables como tercera edad y minorías y niñez.

CONCLUSIONES: De acuerdo con los resultados de este trabajo de investigación cualitativa, es evidente que la política en salud y seguridad social, al operar desde la lógica del aseguramiento no expresa una perspectiva que garantice el derecho a la salud. Existiendo profunda diferencia entre las expectativas de los usuarios, de los prestadores y de los aseguradores

PALABRAS CLAVE: Tutela, Salud, Derecho-vida, Vulneración, Fallo, sentencia.

ABSTRACT

OBJECTIVE: The present study is to identify the availability, accessibility, acceptability and quality of health rights, with the social, legal and medical action of lawsuits.

MATERIALS AND METHODS: The qualitative research method used was Case Study. The Defensoria Del Pueblo, provided a research with seven hundred lawsuits, from were one hundred (100) of them filed between 2006 and half of 2007 were selected. These included the exposure to the rights of life violation, by denying procedure, medication and calls for public health service. The final most relevant lawsuits chosen was the one that showed human rights, dignity and life quality violations.

RESULTS: *In the measurement in which it is spoken on the content of the right it has left of side a subject of great importance which project the right to the health towards real spaces, and this subject is the one of the definition of the minimums and possible maximums within the essential content of the right to the health. Although some reasonable minimums have settled down, like the initial ac Although some reasonable minimums have settled down, like the initial acceptance of lenders, insurers and users with relation to the public health service; they have not been defined yet with clarity the maximums, leaving this point opened for the discussion. This maximums has been suggested by the Colombian Political Constitution, using lawsuits of the right to the health with the life in worthy conditions, personal integrity, social security, quality of life, rights of vulnerable groups as third age and minorities and childhood.*

CONCLUSIONS: *Accoring to the reaserch, it is easy to see that the politics in regar to Public Health Service o not guaranty the health rights of people. A big iffERENCE in expectations exists between users, organizations that offer the service an the insurance companies.*

INTRODUCCIÓN

Desde que se creó la constitución de 1991 se establecieron mecanismos que buscan proteger los derechos fundamentales de los colombianos, cuando estos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública se recurre a la acción de tutela creada para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, la protección de un derecho.

Se pueden establecer desde la jurisprudencia de la Corte, tres criterios para entender el derecho a la salud como derecho fundamental: a) en relación con su conexidad con otros derechos fundamentales, b) debido a su importancia frente a sujetos de especial protección constitucional y c) como derecho fundamental autónomo en relación con su contenido mínimo (derecho prestacional fundamental).

A partir de la Constitución de 1991, el ciudadano colombiano fue titular de dos derechos de importancia trascendental: el derecho a la seguridad social y el derecho a la salud, incluidos ambos en el Título II, Capítulo 2.

Esta misma establece que Colombia es un Estado Social de derecho, lo que implica que los derechos no pueden estar vacíos de contenido material y concreto; los Derechos Económicos, Sociales y Culturales hacen parte de la Carta de derechos fundamentales, por lo tanto no son formales sino materiales, definiendo así la salud como un derecho prestacional y no como un derecho humano fundamental.

La salud pública quedó privatizada desde la creación de la ley 100 de 1993, en el sentido de que los servicios que se prestan a través de

los hospitales estatales -que ahora se denominan Empresas Sociales del Estado (ESE)-, se rigen por las reglas del mercado que implican la obtención de ganancia o la desaparición de la institución financieramente ineficaz.

La vulnerabilidad de los derechos de salud ha aumentado considerablemente; hecho que se evidencia en el establecimiento de la acción de tutela como un último recurso para su cumplimiento, siendo esta una vía interna instaurada por "los usuarios" para acceder a los servicios.

La solución para el gobierno esta en seguir incrementando la regulación, vigilancia y control, para evitar que se impongan tutelas por los procedimientos y medicamentos incluidos en el POS.

Se puede presagiar cuan desastroso seria el que llegara a limitarse, restringirse o anularse el uso de la tutela para reclamar los procedimientos o medicamentos que le son necesarios a una persona para conservar la salud. En éste caso el asunto adquiere proporciones dramáticas, porque

cerca del 80% del total de las tutelas se interponen para reclamar un servicio de salud o un medicamento que por otros medios ha sido inaccesible, en medio de las restricciones y limitaciones de nuestro todavía imperfecto sistema de salud.

De ahí entonces, la urgencia de conservar el mecanismo de las tutelas en salud, que en más de una oportunidad ha representado el "salvavidas" último de enfermos colombianos sin otra esperanza.

En la presente investigación se establecen los efectos jurídicos, médicos y sociales que se desencadenan por la acción de tutela, la cual es impuesta para pedir un derecho que ha sido vulnerado, como lo es el derecho a la vida, conformado por una calidad de vida digna, y derecho a la salud. Este último debe de contar con principios de **disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad** a la salud desde la perspectiva de los derechos, ya que estos van dirigidos a alcanzar la dignidad humana con el propósito

de lograr la recuperación y el disfrute del máximo nivel posible de salud.

MATERIALES Y METODOS

El presente proyecto utilizó un método Cualitativo de investigación; Estudio de Caso, en el cual se escogió un muestreo probabilístico, aleatorio de un total de 700 tutelas en salud tomadas de la Defensoría del Pueblo De la Ciudad de Manizales; se preseleccionaron 84 de éstas teniendo en cuenta los siguientes criterios de inclusión: tutelas que se interpusieron en el periodo comprendido entre 2006 y 2007, tutelas que evidencien vulnerabilidad contra la vida, acciones de tutelas independientes de sus fallos y tutelas interpuestas por procedimientos de alto costo. Después de una selección exhaustiva, se encontraron 2 casos que atentaban plenamente contra el derecho a la vida y que tendrían repercusiones sociales, jurídicas y médicas importantes para el estudio. Finalmente se realizó un

análisis exhaustivo y se eligió la más representativa.

Para ésta investigación se empleó la entrevista semi-estructurada como método recolector de información, la cual se aplicó al Usuario, a profesional de la salud del área de prestación de servicios –Medico IPS y al Representante de la EPS.

La evaluación de la información de las entrevistas se realizó mediante la técnica de análisis temático y así se logró tener una perspectiva amplia para el desarrollo adecuado de la investigación.

INTERPRETACION Y ANALISIS

Desde las percepciones: sistema de experto y sistema profano

Este trabajo de investigación se aproxima a las percepciones, que sobre la relación existente entre la salud y los derechos fundamentales, tienen los tres actores fundamentales de nuestro Sistema en salud.

El primer escenario categorial que queremos definir es la aparición de por lo menos dos sistemas de que modelan percepciones en ocasiones generalmente opuestas. Una que denominamos sistema de experto donde las restricciones y equivocaciones en la atención en salud están dados por explicaciones de tipo económico, con poca sensibilidad por la condición humana particular; en este sistema podemos incluir la posición del profesional administrativo (gerente EPS), el cual logra siempre atribuir las deficiencias o negligencias, a la ausencia o precariedad de los recursos disponibles. También en este sistema de expertos esta, aunque con una preocupación sincera sobre lo humano, el profesional de salud encargado de la prestación, pero que finalmente considera que en su posición poco puede hacer para garantizar una atención integral, pero en ocasiones sus decisiones terminan atentando contra los derechos constitucionales fundamentales a la vida.

Con relación al sistema profanado, el cual hace referencia a la mirada desde los usuarios, aun existe una formación ciudadana que es tímida en su capacidad de actuar desde una información e inteligencia social util, que no deje dudas frente a la irrenunciabilidad a los derechos como el de la salud

Fue muy claro como esta posturas definen la forma de entender lo actuado en salud además como la posición puede cambiar si se cambian los roles, es decir un medico puede pasar a una postura de tutelar el derecho a la salud cuando es el o un allegado el implicado. Pero puede ser totalmente indiferente cuando se trata de los pacientes o usuarios.

Desde los contenidos y concepciones

El tema del contenido del derecho a la salud tiene gran importancia en la medida en que a partir de éste se definen los lineamientos de garantía del mismo, en este sentido resulta necesario antes de emprender la

argumentación por la defensa del derecho tener claro cuales son los objetivos que este persigue y cuales son los parámetros que lo determinan.

Los contenidos del derecho son básicamente las características que lo definen, así encontramos que para la salud estas son la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad, el carácter individual y social, la progresividad, la irreversibilidad y la irrenunciabilidad.

En cuanto a los principios rectores del derecho encontramos la accesibilidad, la igualdad, la gratuidad y la equidad. Estos últimos tienen la labor de determinar el desarrollo de los sistemas de prestación del servicio de salud, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, contenido en los diferentes instrumentos internacionales (Pactos, Convenios, Protocolos y Declaraciones) y en las observaciones elaboradas por los

diferentes organismos internacionales.

En la medida en que se habla del contenido del derecho se ha dejado de lado un tema que cobra una gran importancia cuando se desea proyectar el derecho a la salud hacia espacios reales, y este tema es el de la definición de los mínimos y máximos posibles dentro del contenido esencial del derecho a la salud. Aunque se han establecido algunos mínimos plausibles, por ejemplo la aceptación inicial de prestadores, aseguradores y usuarios con relación al plan obligatorio de salud (POS); no se han definido cuales con claridad cuales serían los máximos, dejando este punto abierto para el debate. Esto máximos los sugiere la, Constitución Política Colombiana, cuando, por medio de la tutela garantiza la conexidad del derecho a la salud con la vida en condiciones dignas, integridad personal, seguridad social, calidad de vida, derechos de las personas de grupos mas vulnerables como tercera edad y minorías y niñez,. Este último de

gran importancia por considerarse que el respeto de los derechos de a niñez prevalecen por encima de cualquier otro.

Igualmente, dicha discusión tiene una repercusión directa sobre la definición de salud que adopte un Estado en la medida en que ésta determinará las decisiones, que vía política pública, se adopten para promover la garantía del derecho, debe superarse la visión del sistema de salud como un sistema de administración de riesgos, alimentándolo de la visión desde el derecho humano a la salud.

Una discusión que aparece cuando se aborda el tema del derecho a la salud, en cuanto al contenido del derecho, se refiere a la necesidad de matizar la irrenunciabilidad del derecho a la salud con el componente de la autonomía personal. En este sentido se propone una visión mucho más integral del derecho a la salud frente a su relación con otros derechos humanos.

Se observa repetidamente que la defensa de los derechos humanos y para nuestro caso, del derecho a la salud, debe retomar los principios propuestos desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en este sentido puede exigirse al Estado Colombiano que cumpla la obligación de abstenerse de coartar el derecho a la salud por sus propios medios, así como ocurre con las fumigaciones. Esta perspectiva enseña un concepto más avanzado sobre el derecho a la salud y promueve la perspectiva de los derechos como límites al poder del Estado.

Uno de los problemas que se observa en el momento de evaluar la situación de los derechos humanos sociales y particularmente del derecho a la salud, hace referencia a los indicadores que se utilizan para desarrollar dichos procedimientos. Para el caso colombiano no se han podido establecer indicadores válidos para medir el estado actual del derecho a la salud, ya que los indicadores utilizados dan cuenta de los avances

y retrocesos que el sistema de salud ha tenido en determinado tiempo.

Frente a este particular se observa que en materia de indicadores se necesitan herramientas que permitan medir la regresión de la garantía del derecho en relación con el aumento o la disminución de la inversión en salud.

Aunque la conciencia de la necesidad de la plena garantía del derecho a la salud en todas sus dimensiones es evidente, se proponen alternativas para superar las condiciones en que el derecho se encuentra actualmente, en este sentido existe la necesidad de fortalecer los metaderechos¹, ya que en la medida en que las condiciones materiales actuales no permiten la inclusión inmediata de los sectores vulnerados de la población a la

plena garantía se propone proyectar esta inclusión al futuro, fortaleciendo paralelamente la garantía por medio de recursos judiciales en el periodo de transición.

Sobre las definiciones generales

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud ha precisado que la salud es un estado de complete bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o de enfermedades. Así mismo, el goce del máximo grado de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social. La salud involucra entonces actividades de prevención como promoción y protección e implica un enfoque integral en donde se incluyen los entornos físico y social y los demás factores relacionados con la existencia. Bajo un enfoque similar, la corte constitucional ha entendido el derecho a la salud como la facultad que tiene todo ser humano

¹ El concepto de metaderecho lo propone Amartya Sen teniendo en cuenta la necesidad de promover la garantía efectiva en proyección de los derechos sociales, superando concepción como aspiraciones lejanas. Se planea una estrategia de exigibilidad partiendo de la concepción misma del derecho y que requiere de la acción positiva del Estado en el cumplimiento del mismo, por lo tanto el metaderecho en sí implica el derecho a que se desarrollen Políticas Públicas orientadas a la satisfacción progresiva del derecho social.

Es un concepto que aún no ha sido lo suficientemente discutido en el escenario nacional, pero que puede aportar herramientas en la búsqueda de la garantía de los derechos.

para mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de reestablecerse cuando se presente una perturbación en su estabilidad orgánica y funcional. De allí que este derecho implique una acción de conservación y otra de restablecimiento por parte del poder público como de la sociedad, la familia y del mismo individuo.

El comité de derechos económicos, sociales y culturales ha plasmado con claridad esta idea al considerar que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones que permiten a las personas llevar una vida sana. Estos factores contemplan la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.

Así mismo, el derecho a la salud tiene una dimensión individual relacionada con la asistencia sanitaria de cada individuo y una

dimensión colectiva que contiene elementos de carácter asistencial (como tratamiento de las enfermedades en tanto de preocupación de salud pública) , elementos de promoción y prevención y las demás intervenciones en relaciones con la salud pública.

CONCLUSIONES

El derecho a la salud en Colombia requiere de un análisis profundo e interdisciplinario, del cual se puedan desprender estrategias de exigibilidad del mismo. Los aportes de este y trabajo de investigación se convierten en un insumo importante para abordar la discusión y alimentar los procesos de exigibilidad desde diferentes perspectivas, pero también de transformar la formación de de los nuevos profesionales del área de la salud, superando la instrumentalización de la practica médica, es decir, reduciendo la mirada del otro ser humano solo a un enfermo.

De acuerdo con los resultados de este trabajo de investigación cualitativa, es evidente que la política en salud y seguridad social, al operar desde la lógica del aseguramiento no expresa una perspectiva que garantice el derecho a la salud. Existiendo profunda diferencia entre las expectativas de los usuarios, de los prestadores y de los aseguradores.

La Constitución Nacional establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, lo que implica que los derechos no pueden estar vacíos de contenido material y concreto.

A pesar de no estar consagrado el derecho a la salud dentro de los llamados derechos fundamentales, es evidente en todas las acciones de tutela la conexidad existente con derechos básicos como la vida y la libertad.

Es claro que existen elementos estructurales que impiden la concreción del derecho a la salud, lo que se expresa la actitud totalmente mercantilista de las empresas

promotoras de salud –EPS–; de la falta de formación integral de las médicas y médicos, quienes orientan sus decisiones desde la aceptación de los finimos vitales de la ley 100 (POS y POS-S), y no reconocen los Máximos vitales de nuestra constitución.

En este contexto, cobra mayor validez la construcción de una mirada y una práctica médica que le apueste a una expresión efectiva del derecho a la salud.

Una de las propuestas en términos de estrategias y perspectivas, se refiere a la Acción Popular, herramienta jurídica consagrada en la Constitución Política de 1991, observada como un medio de articulación de las estrategias políticas y jurídicas de exigibilidad de los derechos, combinando elementos de argumentación múltiples (contenido del derecho en cuanto a los mínimos, indicadores en salud, etcétera)

Igualmente se propone fortalecer los canales de información en cuanto a la difusión y conocimiento

de las obligaciones de garantía de la salud por parte del Estado, especialmente frente a las de disminución de la morbilidad. Máxime cuando se ha demostrado que los costos de erradicación de algunas enfermedades son mínimos y no se ha promovido la acción positiva del Estado frente a esta obligación.

REFERENCIAS

- Asamblea Nacional Constituyente. Título II De los Derechos, las Garantías y los Deberes. Capítulo 2: De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Constitución Política De Colombia. De 1991. Pag 20 – 31.
- De las normas rectoras de la ley penal colombiana. Artículos 1, 2, 3, 6, 7. Ley 599/2000 de julio 24. Diario Oficial del Estado 44.097.
- Corte constitucional. Sentencias T-571, T-175, SU 400, S 42, T-300, T-256, T-256, T-335, T-596, T-781, T-913, T-260. Octubre 26/1992, abril 8/1997, Mayo 21/2001, Marzo 31/2005, Marzo 30/2006, Marzo 2/2006, Julio 27/2006, Septiembre 14/2006, Noviembre 3/2006, Abril 12/2007. www.juridicacolombiana.com/Pagina/jurisprudencia/j_c_constitucional
- Juzgado Quinto Civil del Circuito. Acción de Tutela De Primera Instancia. Sentencia 0040. Manizales Marzo 29/2007.
- Juzgado Segundo Laboral del Circuito. Acción de Tutela De Primera Instancia. Sentencia 256. Manizales Junio 4/2007.
- Plataforma Colombiana de Derechos humanos, Democracia y Desarrollo. Experiencia de organización y movilización social: iniciativa por el derecho a la salud Bogotá. Mayo de 2002.
- MEJIA, Villegas Dario, GUALTERO, Reyes Martha Lucia, BETANCOURT, Jairo Alberto. La tutela y el derecho a la salud causas de las tutelas en salud. Defensoria del pueblo. Bogotá D.C 2004.
- CORREA, Jorge. Alistan. 50.000 demandas de salud. Periódico EL TIEMPO. Domingo 23 de Abril de 2006.
- Periódico EL TIEMPO. La salud a Urgencias. 19 de Marzo de 2006
- VELEZ, Alba Lucia. La acción de tutela. ¿un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alternativo para acceder a servicios de salud?. colombiamedica. Vol 36 No. 3 - 10.
- VILLEGAS, García, Mauricio, YEPES Uprimay Rodrigo. La reforma de la Tutela.

- De guerra, Víctor. Derechos Humanos y Usted. La letra menuda de la ley 100 No 31. abril - junio de 1998
- TRIANA, Escobar, Jaime. MD. Ley 100 de seguridad social. Universidad El Bosque. Colombia, Bogotá, Febrero de 1999.
- Muñoz, Uribe, Avirio. Los derechos humanos económicos, sociales y culturales.
- Cuestiones, sustantivos que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general No 14 (2000).
- Aplicación del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Observación general 3. La índole de las obligaciones de los estados. párrafo 1, artículo 2 del pacto, quinto periodo de sesiones. 1999
- Malo, Gonzabal, Mario. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Escuela Superior de Administración Pública. 1997. República de Colombia.
- Lema, Claudia Patricia, Vanegas, García, José Hoover, Quintero, Gonzáles. La ley 100 y sus implicaciones morales. 2001.
- Defensoría del pueblo. Evaluación de los Servicios de Salud que brindan las Empresas Promotoras de Salud. 2005.
- Vélez AL. La acción de tutela: ¿Un mecanismo de protección del derecho a la salud y un proceso alternativo para acceder a servicios de salud? Colombia Médica. 2005; 36(3):199-208.
- Defensoría del Pueblo. Derechos económicos, sociales y culturales. Derecho a la salud. Bogotá. D.C.; 2004.
- VELEZ ARANGO. Alma, REALPE DELGADO. Cecilia, GONZAGA VALENCIA. Javier, CATRO CASTRO. Ana. Acción de Tutela, Acceso y Protección del Derecho a la Salud en Manizales, Colombia. Rev. salud pública 2007 abr./jun. v.9 n.2 Bogotá
- BUSTILLO. Juan Manuel. El derecho a la salud de los desplazados en Colombia: entre la formalidad y la realidad. RMF 19/20. Pag 48-50.
- MUÑOZ LOPEZ. Olga Lucia. En reforma a la justicia ¿Nudo gordiano para las tutelas en salud? El Pulso. Marzo de 2003; Debate: Año 5, No 54. Medellín Colombia.
- En reforma a la justicia ¿Nudo gordiano para las tutelas en salud? Judiciales: Caracol Radio; 26/04/2007.

