



OBSERVACIONES A LA SENTENCIA T-760/08

Oscar José Dueñas Ruiz¹

RESUMEN

En el texto se analizan las partes relevantes de la sentencia T-760 de 2008. Esto con el fin de ver cómo la convergencia de ciertos aspectos es utilizada para impedir la reclamación tutelar de los derechos con contenido prestacional, de esta manera se realiza un seguimiento detallado de los siguientes aspectos i) la cápitis diminutio teórica que se le da a la garantía tutelar, ii) la intromisión de las políticas públicas en las sentencias respecto de derechos con contenido prestacional, y iii) ubica como objetivo central la disminución del acceso a la justicia constitucional, mediante la disculpa de aminorar las acciones de tutela.

PALABRAS CLAVES

Acción de tutela, Políticas Públicas, Derechos de contenido Prestacional, Salud, EPS, Derechos fundamentales, SISBEN Y POS.

ABSTRACT

In the text the relevant parts of sentence T-760 of 2008 are analyzed. With the purpose of seeing how the convergence of certain aspects is used to prevent the tutelary claim of fundamental rights from the benefits of the system in employment. The work makes an in depth analysis of the following subjects i) the cápitis diminution, that in theory is given to the tutelary guarantee, ii) the interference of the public policies in previous sentences that include topics on the benefits of the employment system and locates like a central objective the diminution of the access to constitutional justice.

¹ Profesor de Derecho Constitucional de varias universidades del país.

KEY WORDS

Action of trusteeship, Public Policies, Rights of employment benefits, Health, Fundamental Rights, "SISBEN", "EPS", "POS".

Formalmente, las partes relevantes de la sentencia son las siguientes: antecedentes, consideraciones y fundamentos, decisión y parte resolutive. También incluye dos anexos, el primero, reseña los antecedentes de los expedientes acumulados y de las correspondientes medidas cautelares adoptadas en cada caso; el segundo, en aras de la pedagogía constitucional, presenta la evolución del derecho a la salud en los principales instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos.

El fallo contiene aspectos positivos:

- a) Caracteriza el derecho a la salud como derecho fundamental;
- b) Informa sobre la prosperidad o no prosperidad de la acción de tutela en cuanto a procedimientos médicos y entrega de medicamentos;
- c) Hace un catálogo de los derechos de los pacientes;
- d) Plantea la urgencia de lograr la igualdad entre el SISBEN y el POS (al menos respecto a los menores);
- e) Da pautas sobre la ejecución inmediata de lo ordenado en los fallos de tutela, tanto para favorecer a los usuarios como a las EPS;
- f) Resalta el derecho de acceso al servicio de salud.

Sin embargo, otros temas requieren de una discusión a fondo. Valgan, a manera de ejemplo, los siguientes: acumular numerosas tutelas en las cuales una EPS es demandada con dos casos en los cuales la EPS figura como accionante (en reclamación de pronta entrega de dineros por el FOSIGA), es decir, se aprecia la preferencia que en el fallo se le da a la solución de problemas financieros de las EPS. En la parte resolutive, hay multiplicidad de órdenes que son saludos a la bandera. En cierta forma, en la práctica se prefieren los criterios de los Comités Científicos Técnicos de las EPS demandadas, a los derechos constitucionales de los usuarios. Pero, sobre todo, hay tres aspectos que merecen ser estudiados con el máximo de cuidado: i) la cápitis diminutio, teórica (por ahora) que se le da a la garantía tutelar, ii) la intromisión de las políticas públicas en las sentencias respecto de derechos con contenido prestacional, y iii) ubicar como objetivo central

la disminución del acceso a la justicia constitucional, mediante la disculpa de aminorar las acciones de tutela.

1. Según la sentencia existen tres clases de obligaciones derivadas de la garantía constitucional a los derechos fundamentales (*respetar, proteger y garantizar*).

En la sentencia T-760/08, la Corte acude a instrumentos internacionales para establecer una sutil distinción, que merece mucha atención porque, pese a su novedad, podría ser una excusa para no dar, en los fallos de tutela, órdenes perentorias que protejan los derechos subjetivos fundamentales que le hubieren sido violados a una persona concreta.

La sentencia T-760/08, minimiza la obligación de garantizar, o sea, de hacer cumplir el derecho, al distinguir:

“Para el Comité, (se refiere al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –CESCR–) al igual de lo que ocurre con los demás derechos, el derecho a la salud supone obligaciones de tres tipos, obligaciones de (i) respeto, obligaciones de (ii) protección y obligaciones de (iii) cumplimiento (denominadas también de garantizar).

La Sala de Revisión advierte que actualmente existe una discusión abierta en la jurisprudencia y la doctrina con relación a cuáles son las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental. Existe un relativo acuerdo en lo que se refiere al tipo de obligaciones que estarían comprendidas en las dos clasificaciones iniciales, las obligaciones de respetar y de proteger, pero no así con la última. Las obligaciones de cumplir, denominadas por algunos autores como de garantía, de asegurar o de satisfacer, no se han caracterizado de forma pacífica. Así, por ejemplo, mientras que para la Observación General N° 14 las obligaciones de cumplir se dividen a su vez en obligaciones de ‘facilitar’, ‘proporcionar’ y ‘promover’, para algunos autores, además de las obligaciones de respetar y proteger, hay dos clases adicionales, las de asegurar, por un lado, y las promover, por otro. (Lo resaltado fuera de texto).

Continúa diciendo la sentencia:

“El Comité indica que la obligación de respetar “exige que los Estados se abstengan de injerir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud”. De acuerdo con la Observación General N° 14 (2000), la obligación de respetar el derecho a la salud.

La obligación de proteger “requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12” (PIDESC, 1966).

La obligación de cumplir “requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.” (i) Para el Comité la obligación de cumplir (facilitar) “requiere en particular que los Estados adopten medidas positivas que permitan y ayuden a los particulares y las comunidades disfrutar del derecho a la salud”. (ii) La obligación de cumplir (proporcionar) un derecho específico enunciado en el Pacto “en los casos en que los particulares o los grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercer por sí mismos ese derecho con ayuda de los medios a su disposición” (iii) La obligación de cumplir (promover) el derecho a la salud “requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población.”

Es decir, que se insiste en la idea neoliberal que atar los derechos a la economía, de ahí que, en la argumentación de la T-760/08, la garantía o el cumplimiento, adquiere connotación dentro de las llamadas políticas públicas, forma elegante de hacerle perder fuerza a los derechos fundamentales.

Es interesante llamar la atención sobre la circunstancia de que en el texto del fallo permanentemente se emplea la locución “irrespeto” a los derechos fundamentales, en vez de “violación” a tales derechos. No se trata, solamente, de un juego de palabras, sino de una desvalorización del carácter subjetivo de los derechos fundamentales, que mediante la tutela deben cumplirse. Esta posición, en cierta forma, es acorde con la sentencia T-025 de 2004 (del mismo Magistrado Ponente) que habla de NIVELES DE CUMPLIMIENTO en fallo de tutela.

2. El tema de las políticas públicas en la tutela

En la sentencia T-760/08 (ya lo había anticipado la T-025/04) se habla de políticas públicas, como una forma de dar órdenes generales ante problemas estructurales.

Quien interpone una acción de tutela busca la protección de su derecho fundamental y no el desenvolvimiento de un Plan de Desarrollo. Luego, la razón de ser de la acción es garantizar que cese una violación a un derecho fundamental o la amenaza de que va a ser violado. Así lo aprecia la persona que acude ante el juez constitucional y no se puede esquivar el objetivo propio de la tutela.

Habría que discutir si es extraño o no que en un fallo de tutela la jurisprudencia constitucional entre a precisar condiciones básicas para las políticas públicas. El activismo judicial no puede llegar tan lejos, a no ser que, en realidad se busque ubicar la justicia social en el último vagón de la economía de mercado.

Claro que la sentencia T-760/08 plantea presupuestos obvios, dentro de la teoría de las políticas públicas, aunque los adorna con un barniz de protección jurídica. Dice:

La primera condición es que la política efectivamente exista. No se puede tratar de unas ideas o conjeturas respecto a qué hacer, sino un programa de acción estructurado que le permita a la autoridad responsable adoptar las medidas adecuadas y necesarias a que haya lugar. Por eso, como se dijo, se viola una obligación constitucional de carácter prestacional y programática, derivada de un derecho fundamental, *cuando ni siquiera se cuenta con un plan* para progresivamente cumplirla. Así pues, en la sentencia T-595 de 2002, por ejemplo, - en lo que respecta a las dimensiones positivas de la libertad de locomoción de los discapacitados - al constatar que la entidad acusada violaba el derecho fundamental exigido, por no contar con un plan, la Corte resolvió, entre otras cosas, tutelar los derechos a la libertad de locomoción y a la igualdad del accionante, en razón a su discapacidad especialmente protegida.

La segunda condición es que la finalidad de la política pública debe tener como prioridad garantizar el goce efectivo del derecho. En tal sentido, por ejemplo, no puede tratarse de una política pública tan sólo simbólica, que no esté acompañada de acciones reales y concretas. Así pues, también se viola la Constitución cuando existe un plan o un programa, pero se constata que (i) “sólo está escrito y no haya sido iniciada su ejecución” o (ii) “que así se esté implementando, sea evidentemente *inane*, bien sea porque no es sensible a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión, o porque su ejecución se ha diferido indefinidamente, o durante un período de tiempo irrazonable”.²

La tercera condición es que los procesos de decisión, elaboración, implementación y evaluación de la política pública permitan la participación democrática. En tal sentido, la jurisprudencia ha considerado inaceptable constitucionalmente que exista un plan (i) ‘*que no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan*’, o (ii) ‘*que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente.*’ Cuál es el grado mínimo de participación que se debe garantizar a las personas, depende del caso específico que se trate, en atención al tipo de decisiones a tomar. Por ejemplo, en la sentencia T-595 de 2002, a propósito de la protección de la libertad de locomoción en el contexto del transporte público, la Corte indicó, con base en el pronunciamiento expreso del legislador, que el alcance mínimo que se debía dar a la participación ciudadana en esta área, debía contemplar “*por lo menos, a la ejecución y al sistema de eva-*

² Corte Constitucional, Sentencia T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

luación del plan que se haya elegido.” La Corte resolvió proteger el derecho a la participación del accionante, en su condición de miembro de organizaciones para la defensa de las personas con discapacidad.

Pero se vuelve a la inquietud inicial: las políticas públicas, en la concepción secuencialista, contiene cinco etapas: identificación del problema, elaboración del programa, implementación del programa, evaluación del programa y resolución o conclusión. Esto no hace parte del Título II, Capítulo 4, artículo 86 de la Constitución Política que se refiere a los derechos y a sus garantías constitucionales. En consecuencia, se desvirtúa la tutela si se ubica en escenarios del constitucionalismo orgánico y de la economía de mercado.

3. Urgencia para disminuir el número de tutelas, como uno de los ejes de la T-760/08

Es cierto que el número de tutelas para acceder a servicios de salud tiene una sólida tendencia a crecer, así lo dice la Corte. Lo muestra el siguiente cuadro basado en un informe adelantado por la Defensoría del Pueblo.

Tutelas interpuestas para proteger el derecho a la salud

Año	Número	Participación en total de tutelas
1999	21.301	24,7%
2000	24.843	18,9%
2001	34.319	25,8%
2002	42.734	29,7%
2003	51.944	34,8%
2004	72.033	36,4%
2005	81.017	36,1%

Fuente: Informe de la Defensoría del Pueblo, "La Tutela y el Derecho a la Salud; Periodo 2003-2005", a partir de datos de la Corte Constitucional.

Según la sentencia T-760(08, la regulación en materia de salud actualmente estimula a las personas a recurrir a la acción de tutela, como único medio posible de defensa. Es uno de los casos en los que claramente la regulación convierte a la acción de tutela en un 'prerrequisito de trámite' para acceder a un servicio de salud. Esta laguna en la regulación constituye una clara desprotección del derecho a la salud de las personas, pues es una barrera al acceso a los servicios

que se *requieren*, resultante de la regulación diseñada y expedida por la autoridad competente. Hasta ahí es válida la apreciación de la Corte.

Por qué razón las entidades que saben y conocen claramente sus obligaciones se empeñan en no cumplir es un fenómeno que encuentra explicación en varias razones. Una de ellas, según la Corte, es que las entidades que recobran al Fosyga consideren que esta vía es más expedita o más segura para obtener el recobro.

Una buena parte de estas tutelas también se presenta porque, si bien la entidad promotora de salud no niega el suministro del servicio de salud, demora su entrega de manera tal que termina por obligar a los usuarios a asumir una carga desproporcionada que afecta su bienestar.

La Corte considera que es urgente disminuir el número de tutelas, ya que esto afecta el normal funcionamiento de la Rama Judicial. Lo que no se puede olvidar es que el objetivo del Estado es disminuir el número de violaciones a los derechos constitucionales y que la urgencia se predica es para la persona que requiere que la violación cese. Por eso, el criterio propuesto por la jurisprudencia anterior para determinar cuándo se está ante situación de *urgencia*, está expuesto en la sentencia T-595 de 2002 en los siguientes términos,

“(…) La urgencia de la situación en la que se encuentra la persona activa la exigibilidad judicial del derecho respecto de la prestación cuyo cumplimiento es necesario para evitar un perjuicio irremediable. El criterio de la urgencia torna objetiva y judicialmente reconocible la necesidad de ejecutar de forma inmediata la prestación que, de otra forma, permanece dentro de la esfera decisoria del obligado (…)- T-1679/01, T-595 de 2002.

De manera que la Corte Constitucional debe abogar por el respeto a los derechos fundamentales y no extrañarse de la cantidad de acciones de tutela.

De ahí que no es consistente la opinión consignada en la sentencia T-760/08, según la cual: **“ La reducción de la presentación de acciones de tutela para acceder a los servicios de salud como indicador del cumplimiento de esta sentencia”**.

Este es un tema muy polémico en la sentencia T-760 de 2008. Dice:

“Si bien las autoridades del sector de la salud tienen plena autonomía para diseñar los indicadores de gestión, de resultado o de otra índole para evaluar las políticas públicas en el ámbito de la salud – como lo ha establecido el artículo 2º de la Ley 1122 de 2007– dichos indicadores no están específicamente dirigidos a medir si las personas se han visto o no obligadas a acudir a la acción

de tutela para gozar de manera efectiva de su derecho fundamental a la salud. Tales indicadores son de enorme trascendencia y significación para verificar si los objetivos de la política pública en materia de salud se están logrando y si los medios diseñados para alcanzarlos son idóneos. Sin embargo, no son suficientes para demostrar que se están cumpliendo las órdenes atinentes a las fallas en la regulación impartidas en esta sentencia...”

Y, luego agrega:

Así, la reducción del número de acciones de tutela invocadas para que sean los jueces los que resuelvan los problemas jurídicos recurrentes de acceso a los servicios de salud analizados en esta sentencia, es uno de los resultados que pueden indicar el cumplimiento de las órdenes de esta sentencia atinentes a las fallas en la regulación. Por esta razón, sin perjuicio de la autonomía de las autoridades del sector para diseñar y aplicar los indicadores que a su juicio sean más adecuados, la Corte ordenará al Ministerio de Protección Social que informe a esta Sala, así como a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, sobre el número de acciones de tutela interpuestas con el fin de proteger el derecho a la salud, específicamente acerca en lo concerniente a los problemas jurídicos descritos en la presente providencia. Con el tiempo, si las medidas que adopten los órganos de regulación son idóneas, las personas no se verán obligadas a acudir a la acción de tutela y la proporción de ésta se reducirá. Aunque se admiten otros indicadores.

El verdadero indicador del cumplimiento de un fallo de tutela es el cese de la violación y esto es lo que persigue quien interpone la acción.

Estos tres temas: O se discuten dialécticamente o pueden convertirse en disculpa para desvirtuar un derecho subjetivo fundamental y, so pretexto de nuevas teorías, regresar a una posición tradicional: desmontar, en lo posible, la reclamación tutelar, en cuanto a derechos con contenido prestacional.