

Acceso a la salud de personas en condición de discapacidad del Régimen Subsidiado, en los años 2015 y 2016 en Colombia¹

Karol Viviana Zapata Muñoz²

Sebastián Valencia Salazar³

Resumen

Las personas en condición de discapacidad, pertenecientes al Régimen Subsidiado en salud, son las que más vulneración a su derecho fundamental a la salud presentan, toda vez que por su condición de debilidad manifiesta y su condición económica no tienen ellos ni sus familias la forma de cubrir los gastos que acarrearán sus tratamientos; es por esto que se ven en la obligación de acceder a la Tutela Judicial Efectiva, es decir, en condiciones de igualdad acudir ante los jueces y tribunales para lograr la protección de sus derechos, y es aquí donde usan la Acción de Tutela, que es el mecanismo idóneo y más garantista de sus derechos fundamentales; con este mecanismo de protección la población en condición de discapacidad busca eliminar las barreras que limitan el acceso a la salud, especialmente las económicas, arquitectónicas y sociales. Es a través de la Acción de Tutela que el juez Constitucional ampara el derecho a la salud y ordena su restablecimiento, otorgándoles los tratamientos, medicamentos y atención especializada que requieren para lograr una calidad de vida digna.

¹ Artículo de reflexión elaborado como trabajo de grado para optar al título de Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina, Sede Pereira, 2018.

² Abogada egresada de la Fundación Universitaria del Área Andina. Estudiante de segundo semestre de Especialización en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina.

³ Abogado egresado de la Fundación Universitaria del Área Andina. Estudiante de segundo semestre de Especialización en Derecho Administrativo y Constitucional de la Fundación Universitaria del Área Andina.

Palabras clave: Persona en condición de discapacidad, derecho fundamental a la salud, régimen subsidiado, Corte Constitucional, Tutela Judicial Efectiva, Acción de Tutela.

Abstract

People with disabilities, belonging to the subsidized health regime, are the ones that most violate their fundamental right to health, since their condition of manifest weakness and their economic condition do not have them or their families the way to cover the expenses that their treatments bring; This is why they are obliged to access effective Judicial Guardianship, that is, in conditions of equality to go before the judges and courts to achieve the protection of their rights, and this is where they use the guardianship action, which is the best and most guarantee mechanism of their fundamental rights; With this protection mechanism, the population in a condition of disability seeks to eliminate the barriers that limit access to health, especially economic, architectural and social barriers. It is through the guardianship action that the constitutional judge protects the right to health and orders their reinstatement, granting them the treatments, medicines and specialized care they require to achieve a dignified quality of life.

Key words: Person in disability status, fundamental right to health, subsidized regime, Constitutional Court, Effective Judicial Guardianship, Guardianship Action.

Introducción

La población en condición de discapacidad, los afrodescendientes y los LGTBI son grupos minoritarios que, a pesar que el constituyente primario buscó que fueran protegidos especialmente, en la actualidad sus derechos se ven transgredidos por las actuaciones no sólo sociales sino también estatales.

Las personas en condición de discapacidad, objeto de estudio en esta investigación, son “aquellas que cuentan con limitaciones en la capacidad de ejecución y/o la restricción en la participación de las actividades de la vida diaria, debido a un proceso de salud-enfermedad” (Buitrago, Giraldo y Silva, 2015, p. 4).

Ahora bien, el término discapacidad se empieza a vincular en Colombia desde los años 70, cuando se articulan en el país los derechos de las personas en condición de discapacidad a los planes de acción definidos por las Naciones Unidas.

Este término abarca las deficiencias corporales, limitaciones para ejecutar acciones o tareas y las restricciones para participar en situaciones cotidianas; la discapacidad refleja la interacción entre las características de su ser y las características del entorno en el que vive.

Por otra parte, a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991, se empieza a observar la protección que el Estado le brinda a estas personas; con el artículo 49 se evidencia que la salud es un derecho y un servicio público que debe asegurar el Estado y con el artículo 13

se garantiza una especial protección a esas personas que por su capacidad económica, física y mental se encuentran en estado de debilidad manifiesta.

Es importante aclarar que el derecho a la salud no sólo significa ausencia de enfermedad. Según la Organización Mundial de la Salud (1948), también es una condición de desarrollo humano, que le corresponde a cada individuo conservar y al Estado fortalecer; es un estado de bienestar ideal que se logra cuando hay un equilibrio entre los factores biológicos, físicos, sociales, emocionales y espirituales.

El derecho a la salud consiste en brindarle a las personas en condición de discapacidad un estado de bienestar físico, mental y social; esto implica la obligación del Estado de preservar la dignidad y la igualdad de esta población, a partir de acciones tendientes a evitar todo tipo de discriminación e implementando la educación en todos los sectores sociales, principalmente en el sector salud, toda vez que es aquí donde se inician los tratamientos necesarios para el desarrollo del más alto nivel de independencia y el mejoramiento de las condiciones físicas, psíquicas o psicológicas que presentan las personas en condición de discapacidad.

A pesar de sus condiciones especiales y la protección que se ha buscado con la Carta Política de 1991, es evidente que estas personas tienen un mayor grado de vulneración a sus derechos fundamentales. Al respecto, se observa que principalmente se les quebranta su derecho fundamental a la salud, porque el acceso a este sector se encuentra limitado en atención especializada, medicamentos, tratamientos y rehabilitación.

Es por esto que se han venido expidiendo en el país normas que buscan garantizar plenamente los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, debido al compromiso que ha adquirido Colombia con organizaciones internacionales como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización Mundial de la Salud, de respetar, asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas en condición de discapacidad, entre esas normas se encuentra la Ley 762 de 2002 que aprueba la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas en condición de discapacidad y la Ley 1346 de 2009 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas en condición de discapacidad.

Igualmente, internamente Colombia ha buscado garantizar y respetar los derechos fundamentales de esta población mediante la expedición de normas como la Ley 1618 de 2013, cuyo objeto es garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de la población en condición de discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión y la eliminación de las formas de discriminación.

También se encuentra la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que regula el derecho fundamental a la salud; a partir de esta ley, el derecho a la salud tiene más garantías, se regula y se establecen mecanismos para su protección, y las personas en condición de discapacidad empiezan a promover más a menudo los mecanismos para acceder a su derecho a la salud en condiciones de igualdad; es por esto que entre los años 2015 y 2016 se evidencia un mayor número de revisión de Acciones de Tutelas por parte de la Corte Constitucional, amparando el derecho fundamental a la salud de esta población.

Lo anterior debido a que las personas en condición de discapacidad son la que más deben acceder a los servicios de salud, pero debido a las barreras arquitectónicas, sociales y asistenciales, no reciben la atención apropiada, dificultades que sufren especialmente las personas vinculadas al Régimen Subsidiado de salud, es decir, aquellas que no tienen capacidad económica para cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia de estas personas debe ser pagada, parcial o totalmente, por el Estado a una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS) y, si bien es cierto todos tienen la posibilidad de adquirir el estatus de subsidiado, no todos logran tener la cobertura necesaria para el mejoramiento de sus condiciones; aunque el derecho a la salud es de arraigo Constitucional, las personas en condición de discapacidad se ven en la obligación de acceder a la Tutela Judicial Efectiva, es decir, “en condiciones de igualdad acudir a los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos” (Araujo, 2011, p. 8).

Las personas en condición de discapacidad buscan por medio de la Tutela Judicial Efectiva el libre acceso a la justicia, a partir de la Acción de Tutela, que es el mecanismo más efectivo, ágil y oportuno con el que cuenta esta población para solicitar y lograr el amparo de sus derechos humanos fundamentales vulnerados.

Con la Tutela Judicial Efectiva finalmente se busca que, en condiciones de igualdad, las personas puedan acudir a los jueces o tribunales para la debida protección de sus derechos y

llegar a una sentencia que efectivice su derecho quebrantado. Así mismo, se busca que la atención prestada por el Estado a las personas en condición de discapacidad alcance la materialización de sus derechos subjetivos, que se asegure la inclusión social con la eliminación de barreras tanto arquitectónicas como sociales y se brinde atención especializada a la familia para el mejoramiento de factores económicos, de rehabilitación y educación.

Se evidencia que con la Tutela Judicial Efectiva no sólo se busca el mejoramiento de la calidad de vida de las personas en condición de discapacidad, sino también la de sus familias y es por esto que el Estado debe garantizar un acompañamiento a las familias de esta población, a través de tratamientos con especialistas.

Desde esta perspectiva, el presente artículo tiene como objetivo general “determinar la garantía de la Tutela Judicial Efectiva en la población en condición de discapacidad del Régimen Subsidiado, en el sector salud, en los años 2015 y 2016 en Colombia”.

Así mismo, tiene como objetivos específicos (i) identificar el desarrollo jurisprudencial en relación con la población en condición de discapacidad del Régimen Subsidiado, en el sector salud, entre los años 2015 y 2016 en Colombia; y (ii) establecer los mecanismos que existen en Colombia para garantizar el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, de las personas en condición de discapacidad del Régimen Subsidiado, a las cuales se las ha vulnerado su derecho a la salud.

Finalmente, el enfoque de investigación fue cualitativo con rasgos descriptivos, a partir del uso de fuentes de información secundaria, relacionadas con doctrina y jurisprudencia del tema.

La postura de la jurisprudencia Constitucional frente a la necesidad de protección del derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad en el Régimen Subsidiado

Para la Organización Mundial de la Salud (2018), la discapacidad es:

Un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales.

Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive. (OMS, 2018)

Se han creado normas para las personas en condición de discapacidad que han tenido su impulso en esferas internacionales por organismos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Organización Mundial de la Salud (OMS).

En el Sistema Universal de Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 se erige como la primera norma en materia de discapacidad, que pretende hacer cumplir el ideal del ser humano, permitiéndole ser libre, gozar de sus libertades civiles y políticas. Luego se encuentra la Convención Interamericana para la eliminación de todas formas de discriminación de las personas en condición de discapacidad de la OEA, convención vinculante para Colombia que fue aprobada por la Ley 762 de 2002, esta convención busca que todo Estado adopte medidas legislativas, sociales, educativas y laborales necesarias para eliminar la discriminación y proporcionar la plena integración a la sociedad de la población en condición de discapacidad, igualmente se encuentra la Convención de las Personas

con Discapacidad de la ONU, aprobado por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, con esta Convención se busca cubrir los derechos fundamentales a la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la rehabilitación, la participación en vida política, la igualdad y la no discriminación

Con respecto a la Organización de los Estados Americanos, se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1983), y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988).

Ahora bien, en el ámbito nacional está la Ley 100 de 1993 (Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral), la Ley 1145 de 2007 (Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad, SND) el SND es el conjunto de orientaciones, normas, actividades, recursos, programas e instituciones que permiten la puesta en marcha de los principios generales de la discapacidad, el Acuerdo 415 de 2009 (del Ministerio de la Protección Social, por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud), la Ley 1346 de 2009 (Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas en condición de discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006) y la Ley 1438 de 2011 (Por medio del cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud).

Entre las más significativas y garantistas está la Ley 1618 de 2013 (Por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas en

condición de discapacidad), cuyo objeto es garantizar y asegurar el ejercicio de estas personas, mediante la adopción de medidas de inclusión y eliminación de las formas de discriminación.

Como medidas que debe garantizar el Estado y la sociedad se establecen:

- Garantizar el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
- Acompañamiento a las familias.
- Derecho a la rehabilitación integral.
- Derecho a la educación.
- Derecho a la protección social.
- Derecho al trabajo.
- Derecho al transporte.
- Derecho a la recreación y el deporte.
- Acceso a la justicia.
- Derecho a la salud.

Según la Ley 1618 de 2013, las personas en situación de discapacidad son:

Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 2).

Igualmente, una de las normas más importantes e incluyente es la Ley Estatutaria 1751 de 2015 (Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud), que en su artículo 11 consagra la especial protección por parte del Estado hacia las personas en condición de

discapacidad, donde se establece que la atención en salud no puede estar limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.

Ahora bien, desde el contexto doctrinario todas las personas en condición de discapacidad requieren la ejecución de acciones afirmativas por parte del Estado, por medio del Ministerio de Salud y Protección Social y de la sociedad en general que garanticen el acceso, calidad y prestación oportuna de los servicios de salud y que se eliminen las barreras sociales que limitan la cotidianidad de este derecho. Luego de superar estas barreras, se puede iniciar con la eliminación del resto de barreras como lo son las arquitectónicas y económicas, para garantizar el acceso al servicio de salud de esta población. Todo lo anterior sobre las bases del precedente constitucional y los instrumentos internacionales expedidos en pro de mejorar su calidad de vida.

Según Correa Montoya, L. (2009), afirma que, por el tratamiento social y jurídico de la discapacidad, el derecho a la salud pierde importancia, haciendo que sea más relevante el hecho de satisfacer las necesidades de las personas en condición de discapacidad en todas sus condiciones y que el derecho a la salud pierda importancia.

Así mismo, afirma que la jurisprudencia Constitucional ha considerado el derecho a la salud como un servicio público y social de naturaleza prestacional y progresiva, y susceptible de Acción de Tutela. Pero del mismo modo la Corte ha precisado que este derecho puede entenderse como fundamental cuando: i) se encuentra en conexidad con otro derecho, ii) frente a

sujetos especiales de protección, iii) como derecho fundamental autónomo. Las personas en condición de discapacidad son sujetos de protección especial (Correa, 2009, p. 129-132).

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha establecido la importancia de garantizar el acceso al servicio de salud de las personas en condición de discapacidad, no sin antes tener cambios de precedente constitucional en relación a la consideración del derecho a la salud como fundamental por si solo o en conexidad con otro derecho; sin embargo, ha mantenido firmeza en establecer que las personas en condición de discapacidad se encuentran en estado de debilidad manifiesta, a partir del inminente peligro de la vida de la persona o de su familia, por lo que el Estado tiene como obligación velar por ellos, tal como lo expresan las sentencias T-638-2015, T-057-2016, T-478-2016, entre otras.

Esta población demanda un mayor porcentaje de asistencia en salud que aquellos que no padecen ninguna discapacidad; a pesar de esto, también tiene un mayor porcentaje de necesidades insatisfechas, debido a la falta de servicios apropiados, restricción que la soportan especialmente las personas que se encuentran vinculadas al Régimen Subsidiado, que son en esencia las que no tienen capacidad de pago al Sistema General de Seguridad Social en Salud, régimen al que se encuentran afiliados los núcleos familiares que han sido identificados mediante la encuesta del Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN) como población pobre y vulnerable (Glosario encuesta de calidad de vida. DANE).

Es importante dejar claridad sobre la diferencia existente entre el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado en salud, último al que pertenece la población pobre y vulnerable del país.

Así entonces, al Régimen Subsidiado pertenece la población en condición de discapacidad y su familia que no tiene capacidad económica para cubrir los tratamientos, medicamentos y atención médica que demanda una persona en esta condición.

Para la Corte Constitucional, el Régimen Subsidiado es,

Un conjunto de normas que rigen la 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 fiscales o de solidaridad. Mediante este régimen se financia la atención en salud de las personas más vulnerables y sus grupos familiares que no tienen capacidad de cotizar. (Sentencia T 638 de 2015)

Esa administración del régimen subsidiado está a cargo de las direcciones distritales, municipales y departamentales de salud, quienes suscriben contratos con las Administradoras del Régimen Subsidiado EPS-S, que pueden ser tanto públicas como privadas.

Por el contrario, el Régimen Contributivo, según la Corte Constitucional,

Es 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 un aporte económico previo, financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador. (Sentencia T 638 de 2015)

La prestación de ese servicio, por delegación del Estado, a cargo de las Entidades Promotoras de Salud EPS, que igualmente están autorizadas para contratar la atención de los usuarios con las Instituciones Prestadoras de Salud IPS.

La cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud de las personas en condición de discapacidad que no gozan de recursos económicos para pertenecer al Régimen Contributivo debe ser pagada, parcial o totalmente, por el Estado a una Administradora del Régimen Subsidiado (ARS). Si bien es cierto todos tienen la posibilidad de adquirir el estatus de subsidiado, no todos logran tener la cobertura necesaria para el mejoramiento de sus condiciones y, aunque el derecho a la salud es de arraigo Constitucional, las personas en condición de discapacidad se ven en la obligación de acceder a la Tutela Judicial Efectiva, es decir, “en condiciones de igualdad acudir a los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos” (Araujo, 2011, p. 8).

Es en este punto donde, a través de la Acción de Tutela, las personas en condición de discapacidad pueden acceder a la justicia, buscando el amparo de sus derechos fundamentales, en especial el derecho a la salud, para lograr así tener acceso a los medicamentos, tratamientos, atención especializada y eliminación de todo tipo de barreras.

Así las cosas, son innumerables los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha tutelado el acceso a la salud de las personas en condición de discapacidad, pertenecientes al Régimen Subsidiado. En el presente artículo se tomarán los fallos de Tutela de los años 2015 y 2016, donde la Corte Constitucional ha establecido, en términos generales, que la atención en salud de esta población corresponde, en primera medida, sostenerla y pagarla a sus familiares, pero cuando éstos no tienen los recursos económicos para subsidiar los tratamientos, debe ser

cubierta y proporcionada por el Estado. Al respecto, se abordarán las sentencias T-045-2015, T-056-2015, T-076-2015, T-638-2015, T-096-2016 y T-478-2016.

En la sentencia **T-045 de 2015**, la Corte Constitucional estableció que el derecho a la salud, a pesar de ser un derecho económico, social y cultural, ostenta el carácter de fundamental, toda vez que se relaciona de manera directa con la vida y la dignidad de las personas; esto se acentúa cuando quien requiere la prestación de los servicios de salud es una persona de especial protección, como son las personas de la tercera edad, los menores de edad, las mujeres en estado de embarazo y las personas en condición de discapacidad, entre otros.

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia de 1991 impone el deber al Estado de proteger de manera especial a aquellas personas que se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta por su situación económica, física o mental. Para la Corte, la salud no equivale sólo a un estado de bienestar funcional y físico, sino que incluye también el bienestar psíquico, social y emocional, aspectos que ayudan a mejorar la calidad de vida de la persona e influyen en su desarrollo integral.

En la sentencia **T-056 de 2015**, la Corte Constitucional estableció que el derecho a la salud es la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad funcional, física y mental, y lograr la estabilidad cuando se presente alguna perturbación. El Estado debe garantizar el principio de integridad en salud, es decir, se le debe asegurar al paciente todos los servicios médicos que requiera para atender su enfermedad, de manera oportuna, de alta calidad y eficiente; por eso, el goce efectivo del derecho a la salud requiere acciones positivas por parte del

Estado y los prestadores del servicio de salud, que permitan el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.

Igualmente, el Alto Tribunal precisó que el Estado no debe interrumpir la prestación del servicio de salud por inconvenientes entre las entidades prestadoras, y más si el usuario afectado está afiliado al Régimen Subsidiado de salud y es una persona de especial protección constitucional. Al Régimen Subsidiado en salud se encuentran afiliadas las personas sin capacidad de pago; aquí pertenece la población más vulnerable, de modo que requieren el subsidio parcial o total por parte del Estado.

En la sentencia **T-076 de 2015**, la Corte Constitucional estableció que la igualdad de oportunidades y el trato más favorable son derechos fundamentales de aplicación inmediata, reconocidos a los grupos discriminados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Por esto, las personas en condición de discapacidad gozan de un derecho Constitucional programático, es decir, que es obligación del Estado adoptar políticas de prevención, rehabilitación e integración social.

La atención en salud de la población en condición de discapacidad debe ser prioritaria, pues la condición de vulnerabilidad que presentan así lo amerita; el servicio debe brindarse integralmente, ya que no basta con que la atención sea oportuna, es necesario el suministro de medicamentos, tratamientos o exámenes, tendientes a garantizar el derecho a la salud.

Surge entonces para el Estado la obligación de suministrar, directamente o a través de una Entidad Prestadora del Servicio de salud, sin importar que sea el Régimen Contributivo o Subsidiado en salud, el tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, educación y rehabilitación física o psíquica a las personas en condición de discapacidad, con el propósito de alcanzar un mayor grado de independencia física, mental y social.

Posteriormente, en la sentencia **T-638 de 2015**, la Corte Constitucional estableció que las personas en condición de discapacidad tiene derecho a los servicios de salud, de manera gratuita, incluido los relacionados con salud sexual y reproductiva, así se haya establecido un pago de cuota moderadora, que igualmente debe ser asumida por las personas afiliadas al Régimen Subsidiado en salud, pero se debe garantizar el acceso a la salud, sin excusa para limitar dichos servicios en razón a que no tienen capacidad económica. Por su condición de debilidad manifiesta, gozan de especial protección Constitucional y por eso se debe evitar cualquier barrera económica, pues requieren atención oportuna y eficiente.

Así mismo, en la sentencia **T-096 de 2016**, la Corte Constitucional estableció que el derecho a la salud se trata de un servicio público cuya garantía le corresponde al Estado. Debido a la condición de indefensión y vulnerabilidad de las personas en condición de discapacidad, la atención en salud se debe brindar, de modo tal que garantice su bienestar físico, psicológico y psíquico, ya que el propósito es mejorar su salud y no sólo resolver el problema de la prestación del servicio.

La Corte presume que aquellas personas que se encuentran inscritas en el SISBEN tienen incapacidad económica para pagar por su servicio de salud, y es en virtud de la afiliación al Régimen Subsidiado en salud que el Estado debe proporcionar atención directa y gratuita, ya que cobrar implicaría un desequilibrio económico para las personas en condición de discapacidad y su familia. Por esto, ninguna Entidad Prestadora de Salud puede negar el acceso de las personas en condición de discapacidad a atención médica, tratamientos o medicamentos, so pretexto de no pago de cuotas moderadoras.

Por último, en la sentencia **T-478 de 2016**, la Corte Constitucional estableció que, en virtud del derecho fundamental a la salud, el Estado está en la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para brindar a las personas en condición de discapacidad el servicio de manera efectiva e integral; es un derecho que, de resultar vulnerado o amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.

En el Régimen Subsidiado en salud, según Ley 100 de 1993, se encuentran afiliadas las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto de la cotización en salud, por lo que el Estado subsidia a las más pobres y vulnerables del país; para este propósito se creó el Sistema de Selección de Beneficiarios para Programas Sociales (SISBEN), como herramienta para focalizar los servicios y que los recursos se distribuyan de manera eficiente, con el fin de que sean destinados a las personas más vulnerables y que todas puedan estar afiliadas al Sistema de Seguridad Social en salud.

Los afiliados al Régimen Subsidiado también deben contribuir a la financiación del sistema por medio de copagos, que se cobran dependiendo del nivel en el que se encuentren en el SISBEN, pero las personas en condición de discapacidad, beneficiarios del régimen subsidiado, tienen derecho a acceder a los servicios de salud de manera gratuita.

En síntesis, conforme a los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, el tratamiento integral en salud de las personas en condición de discapacidad no se reduce a la prestación de medicamentos o atención oportuna, sino que debe abarcar todas las prestaciones de servicios necesarios para contribuir al mejoramiento de su calidad de vida, sean de carácter físicas, funcionales o psicológicas, además de retirar las barreras arquitectónicas, sociales y económicas que garanticen efectivamente su derecho fundamental a la salud.

Mecanismos de protección. Una necesidad para hacer cumplir el derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad dentro del Régimen Subsidiado

Las personas en condición de discapacidad buscan por medio de la Tutela Judicial Efectiva el libre acceso a la justicia para defender su derecho fundamental a la salud y llegar a una sentencia que efectivice su derecho quebrantado o amenazado.

Esta figura tiene rango Constitucional, tal como se evidencia en los artículos 29 y 229 de la Constitución Política de 1991, donde se establece el derecho a la administración de justicia para cualquier persona, así como consagra que el trámite para estas actuaciones debe ser conforme al debido proceso, garantizando los derechos fundamentales del sujeto y si es necesario con representación de un abogado.

Con la Tutela Judicial Efectiva se busca que la atención prestada por el Estado a las personas en condición de discapacidad contribuya a la materialización de sus derechos subjetivos y que se asegure su inclusión social mediante la eliminación de barreras, tanto arquitectónicas como sociales, y que se brinde atención especializada a la familia para el mejoramiento de factores económicos, de rehabilitación y educación.

La Tutela Judicial Efectiva es un derecho fundamental y de configuración legal con el que cuentan todos los ciudadanos para acceder libremente a las instancias jurisdiccionales y así poder tutelar un derecho subjetivo o de interés general.

La Tutela Judicial Efectiva, como sistema de garantías, asegura a toda persona el acceso a la administración de justicia, con la finalidad de dar pronta resolución a los conflictos y asegurarle así el derecho a un juez imparcial que brinde la igualdad de las partes en el proceso. Es así como la Tutela Judicial Efectiva se compone de los principios de publicidad, independencia, imparcialidad, prevalencia del derecho sustancial, igualdad y prioridad de la norma Constitucional. Este derecho tiene tres facultades esenciales:

- Facultad de acceder al proceso o a la jurisdicción.
- Facultad del derecho a la defensa contradictoria.
- Facultad del derecho a la efectividad de la sentencia (Esteban, 2012).

Dándole una mejor precisión, la Corte Constitucional ha definido el derecho a la Tutela Judicial Efectiva en los siguientes términos:

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo la posibilidad que se reconoce a las personas, naturales o jurídicas, de demandar justicia ante las autoridades judiciales del Estado, sino, también, la obligación correlativa de éstas, de promover e impulsar las condiciones para que el acceso de los particulares a dicho servicio público sea real y efectivo. Así, ha dicho la Corte que no existe duda que cuando el artículo 229 Superior ordena ‘garantizar el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia’, está adoptando, como imperativo constitucional del citado derecho su efectividad, el cual comporta el compromiso estatal de lograr, en forma real y no meramente nominal, que a través de las actuaciones judiciales se restablezca el orden jurídico y se protejan las garantías personales que se estiman violadas. (Sentencia T 247 de 2007)

No solo en la anterior sentencia se ve plasmado todo lo que ha definido la Corte Constitucional sobre la Tutela Judicial Efectiva, sino también la forma en que se materializa, luego de ser aplicada en la búsqueda de la protección del derecho fundamental vulnerado, así:

Una vez el juez ha encontrado vulnerado o amenazado un derecho fundamental, la orden que profiere para protegerlo debe ser cumplida pronta y cabalmente. En este sentido, la Corte ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, así como el principio de seguridad jurídica, obligan a quien esté dirigida la orden de tutela a cumplirla de manera oportuna, en los términos que se hubiere establecido por la sentencia que ha hecho tránsito a cosa juzgada. (Sentencia T 463 de 2011)

Es por esto que la Tutela Judicial Efectiva se convierte en la herramienta principal con la que cuentan las personas en condición de discapacidad para buscar la protección de su derecho fundamental a la salud, a través de los mecanismos de protección establecidos por la Constitución, ya sea por vía Acción de Tutela o usando la jurisdicción ordinaria para demandar. Con estos mecanismos y el acceso a la Tutela Judicial Efectiva se busca el mejoramiento de la calidad de vida, el acceso a las instalaciones médicas, terapias, rehabilitación, inclusión, acompañamiento y medicamentos.

En otras palabras, no sólo se busca el mejoramiento de la calidad de vida de la persona en condición de discapacidad, sino también la de su familia y es por este motivo que el Estado debe garantizar un acompañamiento a las familias de esta población, por medio de tratamientos con especialistas, logrando un mejoramiento de:

- Status socioeconómico, la cohesión, el ánimo, las habilidades y creatividad para la resolución de problemas, los roles y responsabilidades y la composición.

- La calidad de la relación de los padres, el locus of control de la madre (en qué se fija, a qué le da importancia).
 - Actitudes sociales estigmatizantes, apoyos de la red social y colaboración con profesionales.
- (Fantova, 2002, p. 8)

Es por medio de la Tutela Judicial Efectiva que se logra la especial protección constitucional de las minorías, como son la población en condición de discapacidad; igualmente así han logrado tener una vida en condiciones dignas, a través de la materialización de sus derechos subjetivos.

Con esto no sólo se busca que la atención prestada por el Estado a las personas en condición de discapacidad sea la materialización de sus derechos subjetivos, sino que el Estado no sea asistencialista, desde el punto de vista que otorga subsidios, sino que elimine realmente las barreras sociales que resultan siendo el problema de fondo de esta población.

En este sentido, se evidencia que con la Tutela Judicial Efectiva se puede acceder a los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, en especial aquellos que facilitan la efectividad el derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad, como lo son el Derecho de Petición y, la más importante y garantista, la Acción de Tutela.

El Derecho de Petición (C.P., art. 23) es la posibilidad de toda persona de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, conforme a los términos señalados en la ley, ya sea por motivo de intereses general o particular, y a obtener una pronta resolución de fondo. El Derecho de Petición está regulado en la Ley 1755 de 2015, a través del cual se puede solicitar el

reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, realizar una consulta, solicitar copias de documentos, quejas, denuncias e interponer reclamos y recursos.

Presentar un Derecho de Petición es gratuito y no necesita representación de abogado, o de persona mayor cuando se trata niños, niñas o adolescentes cuando se relaciona con entidades encargadas de su protección. Los Derechos de Petición se clasifican en:

- *Interés general*: solicitud que no diferencia a cada uno de los peticionarios.
- *Interés particular*: solicitud de un ciudadano.
- *Información*: solicitud de un ciudadano que busca respuestas sobre un hecho, acto o situación administrativa.
- *Solicitud de documentos*.
- *Consulta*: solicitud de conceptos a la entidad encargada de cada tema en particular, y que no son de obligatorio cumplimiento ni comprometen a la entidad.
- *Queja*: inconformismo frente a una conducta presuntamente irregular.
- *Reclamo*: manifestación colocando en conocimiento de las autoridades la suspensión injustificada y prestación deficiente de un servicio.
- *Denuncia*: poner en conocimiento de una autoridad competente una situación o conducta que se cree contraria a la Constitución y la ley para que se adelante una investigación.
- *Recursos*: herramienta con la que cuenta el ciudadano para manifestar el inconformismo con una decisión.

Los términos para resolver un Derecho de Petición son, para peticiones de interés general o particular, quejas, reclamos y, salvo norma en contrario, en general un término de quince (15) días hábiles; información y solicitud de documentos diez (10) días hábiles, consultas treinta (30) días hábiles, todos contados a partir de la recepción de la solicitud.

A través del Derecho de Petición, las personas en condición de discapacidad y sus familias pueden solicitar la prestación de servicios de salud que fueron negados inicialmente por las Entidades Prestadoras de Salud, además de los tratamientos y medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficio en Salud.

Con el Derecho de Petición se pretende, en primera medida y antes de acudir a la jurisdicción, la protección de los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad que pertenecen al Régimen Subsidiado en salud, más cuando sus familias no cuentan con los recursos económicos necesarios para cubrir todas sus necesidades; se convierte en una de las herramientas más importantes con la que cuenta esta población y, a través de éste, las familias buscan atención prioritaria, tratamientos eficientes, medicamentos, atención psiquiátrica y psicológica y en general los servicios de salud que ayudan a mejorar la calidad de vida de esta población. Igualmente la inclusión social, la eliminación de barreras arquitectónicas, físicas, sociales, de comunicación, políticas, de transporte y programáticas.

Por último, para acceder y garantizar el derecho a la salud, las personas en condición de discapacidad y sus familias cuentan con la Acción de Tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991.

La Acción de Tutela es una garantía Constitucional que tiene toda persona a la protección de sus derechos fundamentales, por medio de un recurso efectivo (Decreto 2591 de 1991).

El objeto principal de la Acción de Tutela según el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, es que toda persona pueda reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente, por sí misma o por intermedio de otra persona, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos estén siendo vulnerados por acciones y omisiones de cualquier autoridad pública o de los particulares. Se deja claridad que todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela y que el juez de tutela tiene un término de diez (10) días hábiles para resolver la Acción de Tutela.

La Acción de Tutela no procede cuando existe otro recurso o medio de defensa judicial, salvo que la Acción de Tutela sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable, tampoco procede cuando para proteger el derecho se pueda invocar Habeas Corpus, cuando se pretenda proteger derechos colectivos, cuando la violación del derecho generó un daño consumado y por último no procede cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto (Decreto 2591 de 1991).

La Acción de Tutela tiene las siguientes características:

- *Subsidiaria*, porque sólo es procedente cuando no se dispone de otro medio de defensa judicial.
- *Inmediata*, porque pretende sin dilaciones, proteger es derecho quebrantado.
- *Informal*.

- *Específica*, ya que protege los derechos fundamentales.
- *Eficaz*, porque exige del juez un pronunciamiento de fondo.
- *Preferente*, el juez la tramitará con prelación a otros asuntos, salvo la acción de habeas corpus.

Los derechos fundamentales son inherentes a la persona humana, universales, irrenunciables e imprescriptibles, su reconocimiento y garantía le corresponde al Estado, igualmente están en relación con otros derechos y deberes, por lo que el derecho a salud, a pesar de hacer parte de los derechos económicos, sociales y culturales, si es un derecho humano fundamental que debe ser protegido.

En especial, la Corte Constitucional, a lo largo de sus pronunciamientos, ha dado el carácter de fundamental del derecho a la salud, dejando en claro que el derecho a la vida depende del aseguramiento real de otros derechos, entre esos se encuentra el derecho a la salud.

El derecho fundamental a la salud es entendido como un completo estado de bienestar físico, social y mental y no sólo es la ausencia de enfermedad; es un derecho integral que cobija al ser humano, con una connotación pública, colectiva y social, e igualmente es un derecho integrador, ya que se encuentra relacionado con otros derechos fundamentales.

A pesar de ser un derecho fundamental y una garantía constitucional y legal, es también uno de los derechos que presenta más vulneración, causando daño al bienestar de las personas involucradas; por ello, en Colombia se han interpuesto innumerables acciones de defensa contra

las Entidades Promotoras de Salud EPS, Instituciones Prestadoras de Salud IPS y en contra del Estado en general, solicitando la protección real y material del derecho fundamental a la salud.

Sin duda alguna, el mecanismo de defensa que ha logrado la protección del derecho a la salud es la Acción de Tutela que, además de estar consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991 y en el Decreto 2591 de 1991, también está regulada en el Decreto 306 de 1992 y en el Decreto 1382 de 2000.

La Acción de Tutela se interpone en mayor medida por el aplazamiento y dilaciones que las EPS e IPS han puesto al acceso efectivo de los servicios esenciales de salud y también por las barreras administrativas y económicas que han impuesto para acceder a la salud, en especial para la población en condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, para quienes existe una especial protección.

Igual sentido dio la Corte Constitucional en la sentencia T-361-14 al establecer que el derecho a la salud es un derecho fundamental que debe ser respetado y protegido, e invocado a través de la Acción de Tutela cuando resulte amenazado o vulnerado, para lo cual el juez Constitucional puede ordenar su protección y restablecimiento.

El juez Constitucional debe ordenar la prestación del servicio de salud de manera integral, con todo componente necesario para el pleno restablecimiento de la salud de las personas, es decir, con atención especializada, tratamiento, atención médica oportuna. Así, para la Corte Constitucional,

El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo que comprende un conjunto de bienes y servicios, conforme con los lineamientos consagrados en distintos instrumentos internacionales, garantizar su nivel más alto posible. La Acción de Tutela, como medio Constitucional de protección de los derechos fundamentales, ampara la salud garantizándoles a todas las personas el acceso a los servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal o su dignidad. (Sentencia T 310 de 2016)

Desde esta perspectiva, las personas en condición de discapacidad cuentan con una protección reforzada en cuanto a su derecho fundamental a la salud, debido a que por su condición de debilidad manifiesta física o mental y, más aún por ser una población vulnerable, se les debe garantizar una vida digna y la posibilidad de ejercer plenamente sus derechos humanos fundamentales.

Conclusiones

La discapacidad abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación; la discapacidad es muy diversa y acarrea grandes necesidades de salud, a pesar de ello existen barreras que impiden el acceso a una asistencia médica y psicológica, algunas de las cuales son los altos costos en los tratamientos, pocos servicios adecuados para esta población y obstáculos físicos.

Es claro que esas barreras se pueden corregir con políticas y legislación adecuada y protectora, financiamiento por parte del Estado, obligatoriedad de prestar el servicio, educación para esta población, su familia, la comunidad y los encargados de prestar el servicio, una vigilancia adecuada a los sectores que deben garantizar el acceso a la salud de estas personas y el Estado debe realizar más investigaciones en torno a las necesidades, barreras y resultados del acceso, con el propósito de mejorar las condiciones de acceso a los servicios de la población en condición de discapacidad.

La Corte Constitucional, en el tema de la salud para personas en condición de discapacidad del régimen subsidiado, tiene como principal fundamento el artículo 13 inciso 3 de la Constitución Política de 1991, donde se establece el estado de debilidad manifiesta, al cual las personas en condición de discapacidad del Régimen Subsidiado pueden acogerse para exigir su derecho a la salud.

El Estado no sólo procura por la protección del derecho a la salud de las personas en condición de discapacidad, también vela por su rehabilitación social, utilizando la institución de la familia.

Las personas en condición de discapacidad que pertenecen al Régimen Subsidiado en salud, son las que más resultan vulneradas, toda vez que por su condición económica y la de sus familias no tienen la posibilidad de cubrir los gastos de aquellos tratamientos y medicamentos que les niega la Entidad Prestadora de Salud, porque no están incluidos en el Plan de Beneficio en Salud; por esto se deben acudir a los mecanismos de protección como la Acción de Tutela para propender por la protección y mejoramiento de la calidad de vida.

La Acción de Tutela ha sido el mecanismo de defensa más efectivo para la protección del derecho fundamental a la salud de las personas en condición de discapacidad, pertenecientes al Régimen Subsidiado, a partir del acceso a un mejor servicio de salud, a tratamientos adecuados y necesarios para superar las limitaciones.

Con los constantes pronunciamientos de la Corte Constitucional, las personas en condición de discapacidad pertenecientes al Régimen Subsidiado han adquirido diversos derechos, a través de la Acción de Tutela, tales como la exoneración de copago, el derecho al tratamiento y a la atención del paciente y a su familia.

Referencias

Buitrago, A., Giraldo, Y., & Silva, A. (2015). La discapacidad en el ordenamiento jurídica colombiano. *Revista Republicana*, (p.4).

Páginas Web

Araújo, R. (2011, 01, 06). *Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva*. Recuperado de:
<http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/viewFile/1513/1409>

Correa Montoya, L. (2009). Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, 58(118), 115-139. Recuperado a partir de
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14511>

Esteban, M. (2012, 09). Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. *Noticias jurídicas*. Recuperado de:
http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201209_derecho_tutela_judicial_efectiva.htm

Fantova, F. (2002). *Trabajar con las familias de las personas con discapacidades*. Recuperado de:

http://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiD3dvKwvrcAhVFiFkKHSvpDEEQFjAAegQIAhAC&url=http%3A%2F%2Ffantova.net%2F%3Fwfb_dl%3D58&usg=AOvVaw0r7LTk8k4nqdi0TbZeS4DY

Organización de las Naciones Unidas (ONU), (2018). *Discapacidades*. Recuperado de:

<http://www.who.int/topics/disabilities/es/>

Normas

Decreto 2591. (1991). “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. [En Línea]. De 19 de Noviembre de 1991.

Consultado: [01, agosto, 2018]. Disponible en:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>

Ley 1618. (2013). “Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad”. [En Línea]. *Diario Oficial* No. 48.717 de 27 de febrero de 2013. Consultado: [01, agosto, 2018]. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1618_2013.html

Ley 1751. (2015). “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”. [En Línea]. *Diario Oficial* No. 49.427 de 16 de febrero de 2015. Consultado: [01, agosto, 2018]. Disponible en:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1751_2015.html

Ley 1755. (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”. [En Línea]. *Diario Oficial* No. 49.559 de 30 de junio de 2015.
Consultado: [01, agosto, 2018]. Disponible en:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1755_2015.html

Sentencias

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia de tutela del 11 de Abril de 2007. Magistrado ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil. (Sentencia número T-247-07).
Extraída de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-247-07.htm>

___ Sentencia de tutela del 09 de Junio de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Nelson Pinilla Pinilla. (Sentencia número T-463-11). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-463-11.htm>

___ Sentencia de tutela del 11 de Febrero de 2015. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. (Sentencia número T-045-15). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-045-15.htm>

___ Sentencia de tutela del 12 de Febrero de 2015. Magistrado Ponente: Dra. Martha Victoria Sáchica Méndez. (Sentencia número T-056-15). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-056-15.htm>

___ Sentencia de tutela del 20 de Febrero de 2015. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (Sentencia número T-076-15). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-076-15.htm>

___ Sentencia de tutela del 08 de Octubre de 2015. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (Sentencia número T-638-15). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-638-15.htm>

___ Sentencia de tutela del 11 de Febrero de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Sentencia número T-057-16). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-057-16.htm>

___ Sentencia de tutela del 25 de Febrero de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. (Sentencia número T-096-16). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-096-16.htm>

___ Sentencia de tutela del 16 de Junio de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. (Sentencia número T-310-16). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-310-16.htm>

___ Sentencia de tutela del 01 de Septiembre de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. (Sentencia número T-478-16). Extraída de:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-478-16.htm>