

Protección del derecho a la salud a través del suministro de medicamentos esenciales a pacientes con enfermedades crónicas fuera del territorio nacional

Dylan Michel Tovar Herrera

Resumen

Este artículo incorpora la reflexión sobre la garantía de protección del derecho a la salud fuera del territorio colombiano, para aquellos ciudadanos que padecen enfermedades crónicas y requieren el suministro permanente y continuo de medicamentos esenciales. Para ello, se realiza un examen del estándar internacional de protección en materia del derecho a la salud, para luego verificar las condiciones específicas de la garantía de la salud como derecho y servicio público en el ordenamiento jurídico colombiano; lo anterior, parte del sustento teórico referido a la soberanía y la territorialidad, como conceptos orientadores de la organización legislativa actual y su configuración como posibles barreras para el goce efectivo del derecho.

A partir del estudio documental, de corte cualitativo, se encontró que actualmente no existen en Colombia, garantías para la protección del derecho a la salud, particularmente el suministro de medicamentos esenciales fuera del territorio nacional, cuestión que impone obstáculos al ejercicio del derecho, en particular, en lo que tiene que ver con los criterios de disponibilidad y accesibilidad descritos en el estándar internacional, como componentes del núcleo esencial de los derechos humanos.

Palabras clave

Derecho a la salud, soberanía, territorialidad, medicamentos esenciales, enfermedades crónicas, extraterritorialidad.

Introducción

El derecho a la salud en Colombia constituye, sin duda, uno de los derechos fundamentales más problemáticos, dadas las condiciones de disponibilidad – entendida como los planes, programas, estrategias y recursos suficientes para su prestación – y accesibilidad – es decir, lo que refiere a las condiciones materiales que permitan el acceso a la salud sin ningún tipo de discriminación- existentes en el contexto, pues no se cuenta con las herramientas necesarias para garantizar su goce efectivo.

Entre otras cosas, la crisis en salud ha estado atravesada no solo por el diseño de políticas ineficientes que imponen mayores barreras al goce efectivo del derecho, sino también por el clientelismo político, la corrupción, el modelo económico que capitaliza el derecho y la poca participación colectiva en el diseño e implementación de políticas con calidad, que se adapten a las necesidades de la población en cada contexto.

El Sistema de Naciones Unidas ha concebido la salud como un derecho humano fundamental, adscrito al conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, por lo que está sujeto a los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia y que, a su vez, vincula el cumplimiento progresivo a través de la existencia de medidas efectivas para su protección y libre ejercicio en el derecho interno de cada Estado. Lo cierto es que, si bien en los ordenamientos jurídicos nacionales pueden existir medidas de protección del derecho, más allá de la discusión sobre su eficacia, cuando los ciudadanos abandonan el territorio nacional el acceso a los servicios de salud, particularmente la continuación de tratamientos a través de medicamentos esenciales en casos de enfermedades crónicas, se torna mucho más complejo dada la inexistencia de herramientas jurídicas que faciliten dicha protección fuera del país.

Al respecto, es importante tener en cuenta que las enfermedades crónicas- entre las que se encuentran la diabetes, el cáncer, enfermedades cardiovasculares, entre las no transmisibles, así como infecto contagiosas, como el VIH - requieren de un tratamiento continuo e ininterrumpido, mismo que se encuentra contemplado como uno de los criterios de prestación efectiva en salud, tal como se verá más adelante. Sin embargo, cuando los colombianos abandonan el país, sin que ello implique la pérdida de su nacionalidad, se ven obligados a

interrumpir dicho tratamiento médico, particularmente con medicamentos esenciales, motivo que afecta directamente su derecho fundamental a la salud.

Al respecto, es importante mencionar que tales medicamentos son aquellos que “satisfacen las necesidades prioritarias de salud de la mayor parte de una determinada población y se seleccionan tras haber considerado su relevancia para la salud pública, su eficacia y seguridad, y su relación costo-efectividad comparativa. Se pretende que estén disponibles en el ámbito de los sistemas de salud en funcionamiento y debe poder disponerse de ellos en todo momento, en cantidades suficientes, en las presentaciones de dosis apropiadas, con garantía de la calidad e información adecuada, y a un precio que resulte asequible a las personas y las comunidades” (Organización Panamericana de la Salud, 2019. p.9). En ese orden de ideas, cada Estado de acuerdo a sus necesidades, fija la lista de los que considera son medicamentos esenciales, lo que implica que dicho listado varía de un contexto a otro, cuestión que dificulta el acceso de los ciudadanos en territorio extranjero a tales medicamentos si los mismos, por cualquier eventualidad, no se encuentran disponibles como tales en el país donde se encuentren, aun cuando ante la inexistencia de listado específico en cada país deba acudir a la Organización Mundial de la Salud.

En ese escenario, este artículo pretende centrar la discusión en las condiciones de protección con que cuenta el ordenamiento jurídico colombiano, para el goce efectivo del derecho a la salud fuera del territorio del estado, especialmente la continuidad de tratamiento con medicamentos esenciales en caso de enfermedades crónicas; a ese efecto, en principio se revisa brevemente, como sustento teórico, el concepto de soberanía y su influencia en la constitución de la territorialidad como criterio de aplicación de la legislación, y la consecuente limitación práctica para la garantía de los derechos fuera de las fronteras. A partir de ello, los resultados de la indagación se presentan en tres momentos: el primero, realiza un acercamiento a los principales instrumentos jurídicos internacionales que respaldan la prestación del derecho a la salud desde el marco internacional de derechos humanos; en una segunda parte, el documento se refiere a la naturaleza del derecho a la salud en Colombia, y el alcance del sistema jurídico nacional en su protección. Finalmente, se plantea la reflexión sobre la territorialidad como condicionante de la protección adecuada del derecho a la salud, con énfasis en la continuidad de tratamiento médico a ciudadanos

fuera del país que padecen enfermedades crónicas, a través del suministro de medicamentos esenciales.

Soberanía y territorialidad como límites en la garantía de los derechos fundamentales.

En palabras de Jean Bodin, la soberanía no es cosa distinta que la facultad de dar leyes a los ciudadanos, razón por la cual, en las interpretaciones más cercanas a su postura, el soberano es el príncipe, es decir el gobierno, a quien el pueblo ha entregado el poder para administrarlo. A diferencia de aquel, Rousseau ha expuesto en forma variada, que el soberano es el pueblo, y que aquel es quien faculta al gobierno, derivado de la misma facultad soberana del pueblo, para que dicte las leyes, de donde deriva entonces la discusión por la legitimidad (Carpizo, s.f.).

Alrededor de ese concepto de soberanía, gira el ámbito de aplicación de las normas, que acorde con la doctrina puede ser interna, esto es la facultad del soberano, pueblo o gobierno, para dictar las leyes que aplican en su territorio; o externa, en aquellos casos en que se refiere al ámbito externo al territorio, es decir que vincula la igualdad de los pueblos y las relaciones entre pares.

El aspecto interno implica que el pueblo se otorga su propio orden jurídico sin que nadie le señale cómo debe ser éste; los hombres libres deciden su forma de gobierno y nombran a quienes van a dirigir los órganos de la estructura política de acuerdo con las leyes, que son la expresión de la voluntad popular. Así, el aspecto interno consiste en la facultad exclusiva de un pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes. El aspecto externo implica la libertad de todas las naciones, la igualdad entre todos los pueblos. El aspecto externo significa que un pueblo independiente y supremo se presenta en el consorcio universal de naciones, entra en relaciones con sus pares; es el mismo principio que rige la vida interna de la nación, sólo que proyectado hacia afuera del Estado (Carpizo, 1982. p.201).

En ese orden de ideas, la territorialidad, derivada del concepto de soberanía, es en principio la base sobre la cual se construyen los sistemas jurídicos internos, por lo que, en lo que compete a la protección de los derechos y el acceso a servicios públicos básicos, cada estado tiene como límite el propio territorio nacional, es decir, marca su alcance.

La situación pareciese no ser tan compleja, hasta que entran en riesgo derechos fundamentales que más allá de su reconocimiento en el derecho interno, se conciben como derechos humanos universales en el marco de las relaciones internacionales, valdría decir, en el contexto del ejercicio de la soberanía externa, lo que obliga a examinar las condiciones bajo las cuales es factible limitar la protección de derechos fundamentales, es decir, restringir la prestación de tales garantías.

Para que las limitaciones a los derechos fundamentales sean legítimas deben cumplir con diversas condiciones. En primer lugar, deben ser generadas por quien tenga las competencias para ello, cuestión que debe quedar resuelta en el plano constitucional. En segundo término, deben cumplir los estándares jurídicos que establece el derecho internacional de los derechos humanos, el cual fija reglas claras en este punto. Por último, las limitaciones deben respetar el contenido esencial del derecho, así como ser justificadas y proporcionales. (Tórtora, 2010. p.197)

En ese sentido, es el propio sistema jurídico interno, incluso el marco internacional, que fija el alcance de las garantías constitucionales en clave de la soberanía y la territorialidad, cuando establece que las leyes se ejecutan dentro del territorio nacional, o bien cuando manifiesta que los instrumentos internacionales serán aplicados por los estados parte en el marco de “su jurisdicción”; no obstante, de cara a la universalidad de los sistemas internacionales de derechos humanos y al núcleo esencial de los derechos en sí mismo, lo cierto es que existen derechos y servicios que deben cumplirse incluso por fuera del territorio nacional, entre ellos, la salud.

En el mismo sentido, en lo que respecta al territorio colombiano, el principio de territorialidad ha estado siempre presente en las discusiones alrededor de los derechos fundamentales; al respecto, ha mencionado la Corte Constitucional que “el principio de la territorialidad de la ley es consustancial con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de este modo cada Estado puede expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1157 de 2000); así mismo, ha indicado dentro de las excepciones a esa territorialidad, que “los colombianos residentes o domiciliados en el extranjero permanecerán sujetos a la ley colombiana, en lo relativo al estado civil, a su capacidad, a la determinación de derechos y obligaciones de familias, en la

medida que se trate de ejecutar actos que deban tener efectos en Colombia” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-1157 de 2000); , lo que significa que se conserva el marco de obligaciones que deban cumplirse en territorio nacional, pero no la continuidad en el ejercicio de los derechos fuera de este.

Este es, precisamente, el punto de partida para la discusión que se presenta, entendiendo que el carácter universal del derecho a la salud, supone una reconfiguración del concepto de soberanía y su relación con el derecho internacional, pues en palabras de Hermann Heller, citado en Carpizo (1982), la idea de la soberanía interna, es lo que permite la expresión externa de la misma a través del derecho internacional y justamente, lo que facilita la unión de voluntades soberanas a través de un mismo eje de protección, como ocurriría, por ejemplo, con los derechos humanos.

La situación problemática

Derivado de lo expuesto con antelación, el eje fundamental de discusión en la presente entrega, gira en torno a la protección del derecho a la salud por fuera del territorio nacional particularmente en el caso de pacientes que sufren enfermedades crónicas y que requieren del suministro permanente e ininterrumpido de medicamentos esenciales para el control de la enfermedad. Sobre este punto, es importante indicar que conforme se ha expresado en líneas precedentes, los Estados fijan regulaciones con aplicación en el territorio nacional, acorde con la soberanía entregada por los pueblos al gobierno para la administración del territorio; no obstante, esto entra en colisión con la naturaleza jurídica de los derechos humanos y fundamentales, particularmente, cuando aquellos gozan del carácter de universalidad pero además, cuando fuera de los territorios, no se cuenta con las condiciones para la protección efectiva de los mismos.

En el caso de las enfermedades crónicas, cierto es que aquellas requieren de la provisión permanente de medicamentos para su control, pues la carencia de estos no solo puede derivar en la agudización de los síntomas asociados a la enfermedad, sino incluso la muerte. De ahí que existe la urgente necesidad de garantizar la disponibilidad suficiente y las condiciones de accesibilidad a estos medicamentos sin interrupciones, como un componente indispensable en la garantía del derecho a la salud.

En ese orden de ideas, en aquellos casos en los que ciudadanos colombianos que padecen enfermedades crónicas deben dejar el país y radicarse permanente o transitoriamente en territorio extranjero, por ejemplo por cuestiones laborales o de estudio, es importante que puedan tener continuidad en el tratamiento para su enfermedad, a través del suministro de medicamentos esenciales, pues ello condiciona de forma directa la garantía del “mas alto nivel de salud”, tal como ha sido concebido en el marco internacional de derechos humanos, como se verá mas adelante.

A partir de lo anterior, la pregunta que orientó la discusión que aquí se presenta fue “*¿Cuáles son las condiciones de protección del derecho a la salud de ciudadanos colombianos con enfermedades crónicas por fuera del territorio nacional de conformidad con el marco internacional de derechos humanos?*”; algunas aproximaciones a su respuesta, podrán leerse en líneas siguientes.

El diseño metodológico.

La construcción del presente artículo estuvo orientada por la aplicación de un método cualitativo, a partir del cual fue posible la interpretación de los datos que sirven como fuente de información, y que facilita una mirada holística del tema de estudio, a partir de un estudio inductivo que orienta la construcción de perspectivas teóricas. (Hernández Sampieri, et.al., 2014).

Con el referente de la pregunta de investigación, se plantearon los siguientes objetivos a partir de los cuales, emerge la discusión que en adelante se presenta:

Objetivo general: Determinar las condiciones de protección del derecho a la salud de ciudadanos colombianos con enfermedades crónicas por fuera del territorio nacional de conformidad con el marco internacional de derechos humanos

Objetivos específicos:

1. Describir el núcleo esencial de protección del derecho a la salud en el marco internacional de derechos humanos

2. Estudiar el ordenamiento jurídico nacional de protección del derecho a la salud en Colombia, específicamente lo referente a la continuación de tratamiento con medicamentos esenciales fuera del país en caso de enfermedades crónicas.

3. Analizar las condiciones de goce efectivo del derecho a la salud para pacientes con enfermedades crónicas fuera del territorio colombiano, de conformidad con el marco normativo nacional e internacional.

Para el desarrollo de los mencionados objetivos, se aplicó un tipo de investigación documental con enfoque descriptivo-comprensivo, lo cual no solo permite exponer la legislación actual en materia del derecho a la salud, sino comprender, en un mayor grado de interpretación y análisis de la información, las condiciones específicas de protección del mencionado derecho en el contexto objeto de estudio (Quecedo y Castaño, 2002)

En concordancia, fueron utilizadas como fuentes de información en primer término, los principales instrumentos internacionales y nacionales de protección del derecho a la salud, tanto en el marco de derechos humanos como en el sistema jurídico colombiano; como fuente secundaria de información, se tuvo en cuenta referentes bibliográficos que contribuyeron de forma determinante a la presentación integral de resultados desde una mirada holística del problema. En consecuencia, la técnica de recolección de información utilizada fue el análisis documental de contenido.

Discusión y resultados

El derecho a la salud como derecho humano en el estándar internacional.

En lo que compete al Sistema de Naciones Unidas, se destaca en un primer momento, la consagración del derecho a la salud a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la que se expresa que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, (...), la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (ONU, 1948. Art.25), lo que implica que la salud, tiene un alcance amplio que no se agota en la atención médica, sino que supone la existencia de condiciones que permitan el bienestar personal y colectivo a largo plazo.

En concordancia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC, señala que toda persona tiene derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (ONU, 1966. Art.12), lo que amplía el concepto de salud integrando no solo la salud física, sino también la salud mental y que supone una atención y seguimiento integral que, además, garantice que existen condiciones para la conservación de dicho nivel de salud. Para ello, el mismo Pacto señala algunas medidas que los estados parte deben integrar para el logro de ese objetivo, entre ellas, “la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (ONU, 1966. Art. 12, literal d), cuestión de suma importancia pues el aseguramiento de la asistencia y los servicios, debe realizarse de forma permanente, de tal manera que se garantice la atención oportuna y con calidad.

Lo previsto con antelación, así como el contenido integral del Pacto, ha sido interpretado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Comité DESC-, que, en lo relativo a la salud, menciona a través de la Observación General No. 14, que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho inexorablemente vinculado a otros derechos como la educación, la vivienda, el trabajo, la alimentación, entre otros; razón que implica que su vulneración, afecta de forma determinante cualquiera de las mencionadas garantías fundamentales. De manera mucho más concreta, el Comité señala los componentes de goce efectivo del derecho a la salud, a partir de cuatro criterios que, bajo el texto de la observación, se encuentran íntegramente conectados.

El primero de esos criterios se refiere a la **Disponibilidad**, que tiene que ver con la existencia suficiente de “establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas” (Comité DESC, 2000. Observación General No. 14, numeral 12), lo que supone que, en todo el territorio, deben existir condiciones de prestación de los servicios de salud a cargo del Estado, en perspectiva de integralidad. Bajo ese mismo plano de la oferta institucional, el Comité señala el criterio de **Accesibilidad**, referido al acceso a los bienes y servicios en salud en condiciones de igualdad, leída en cuatro aspectos:

- (i) la garantía de no discriminación, es decir que se encuentra prohibido cualquier tipo de trato diferenciado injusto, por cualquiera de las razones prohibidas por el orden internacional tales como el sexo, la raza, la orientación sexual, el género,

etc., y de tal forma que se garantice el acceso a los grupos poblacionales de mayor vulnerabilidad.

- (ii) la accesibilidad física, es decir que los servicios médicos y demás componentes relativos a la prestación en salud, deben estar al alcance geográfico de todos los usuarios.
- (iii) la accesibilidad económica o asequibilidad, que tiene que ver con que los pagos asociados a los servicios de salud estén al alcance de los usuarios, pero, además, incorpora la prohibición de negar la prestación de los servicios públicos de salud a quienes no estén en capacidad material de asumir su costo.
- (iv) el acceso a la información, esto es, la posibilidad de solicitar, recibir y difundir información relacionada con los bienes y servicios en salud, sin perjuicio de la información sometida a reserva.

Ahora bien, como parte complementaria a los criterios de goce efectivo del derecho a la salud, la Observación General No. 14 del Comité DESC incluye, además, la **adaptabilidad**, que tiene que ver directamente con la percepción de los usuarios sobre el servicio; en ese orden de ideas, este criterio se refiere a que los servicios en salud deben ser apropiados al contexto y estar ajustados al enfoque diferencial para la prestación de los servicios, atendiendo cuestiones étnicas, de edad, sexo, etc. Finalmente, se incluye como criterio de goce efectivo en el marco de la demanda, la **calidad o aceptabilidad**, es decir que los establecimientos, bienes y servicios en salud cuenten con condiciones de calidad e idoneidad médico-científica, para la adecuada prestación del servicio.

De ahí que, bajo un enfoque de derechos humanos, el goce efectivo del derecho a la salud se encuentra condicionado por todos y cada uno de los precitados elementos, razón por la cual cualquier evaluación atinente a ello, deberá incluir una valoración de cada uno de estos factores, interrelacionados y en ese mismo orden, los estados deben garantizar cada uno, en su máximo nivel de realización y atendiendo siempre los principios que orientan los derechos humanos, entre ellos, la progresividad.

En la misma línea argumentativa se pronuncian, entre otras, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, a través de la cual se resalta la obligación de los Estados Parte de garantizar el acceso al “derecho a la salud pública, la

asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales” sin ningún tipo de discriminación (ONU, 1969. Literal E, numeral v); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que refiere al acceso “al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia” (ONU, 1981. Art. 10, literal h), así como el “derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo” (ONU, 1981. Art. 11, literal f).

A dicha disposición se unen, por una parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la que se prevé que “las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad” (ONU, 2007. Art. 25), y finalmente, la Convención sobre los derechos del niño, que recoge el derecho de niños y niñas “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, lo que incluye además, la prestación y asistencia primaria, médica y sanitaria (Art. 24, literal b); el control de enfermedades y desnutrición (Art. 24, literal c); la información sobre los servicios de salud, nutrición y los principios básicos de salud (Art. 24, literal e); y la adopción de medidas eficaces para la abolición de prácticas tradicionales que resulten perjudiciales para la salud de los niños (Art. 24, numeral 3).

Por otra parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos también se refiere de forma amplia al derecho a la salud, en principio, a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en la que se resalta la protección de la salud de las personas en interrelación con otros derechos como la alimentación, la vivienda y por supuesto, la asistencia médica, lo que refiere una lectura similar a la contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

De forma más precisa, el Protocolo de San Salvador de 1988, desarrolla las medidas que deben ser atendidas por los estados parte en la prestación y garantía del derecho a la salud, para ello establece que:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:

- a. la atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
- b. extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;
- c. la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- d. la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole;
- e. la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y
- f. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables. (OEA, 1988. Art. 10)

En el mismo sentido, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer - Convención Belem Do Pará-, así como la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, mencionan el respeto por el derecho a la salud integral, física y mental, sin ningún tipo de discriminación y en condiciones de integralidad, cuestión que refiere, en concordancia con lo establecido en el Sistema de Naciones Unidas, la protección reforzada de los grupos poblaciones históricamente excluidos.

Los precitados instrumentos internacionales, se incorporan al sistema jurídico colombiano a través del Bloque de Constitucionalidad, lo que implica que los mismos, son de obligatoria observancia en el sentido de protección de derechos humanos; no obstante, la aplicación concreta depende de las capacidades de cada uno de los estados parte, con respeto, se reitera, de los principios básicos de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad.

Naturaleza jurídica del derecho a la salud en el sistema jurídico colombiano.

Si bien el derecho a la salud no se encuentra incluido taxativamente en el catálogo de derechos fundamentales constitucionales, lo cierto es que el mismo, se reconoce en Colombia como un derecho fundamental, a partir de la amplia interpretación que sobre el tema, ha adelantado la Corte Constitucional que, en principio, destaca la fundamentalidad de la salud en conexidad con derechos fundamentales como la vida o la dignidad (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760, 2008).

Más adelante, la Corte reconoce el derecho fundamental del derecho a la salud, sin necesidad de que exista conexidad con otros derechos fundamentales, apelando a los sujetos de especial protección constitucional; así lo expresa la Corporación cuando menciona que “el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo, tal es el caso del derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos de especial protección constitucional por lo que no hay necesidad de relacionarlo con ninguno otro para que adquiera tal status, al igual que por conexidad con otros derechos fundamentales. De forma progresiva, la jurisprudencia constitucional ha reconocido del derecho a la salud su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-463, 2008)

Sin embargo, es en el marco de la Sentencia C-313 de 2014, que el máximo Tribunal Constitucional asume la fundamentalidad autónoma del derecho a la salud de manera mucho más categórica, manifestando que “la salud es un derecho fundamental, con lo cual, inmediatamente pasa a gozar de todas las connotaciones que el constituyente les atribuye a los derechos fundamentales, tanto en materia procesal como sustantiva” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-313, 2014). En ese sentido, la Corte ha desarrollado, en el marco de lo expuesto por el PIDESC, los elementos que componen el núcleo esencial del derecho a la salud en su connotación de derecho fundamental, recogiendo cada uno de los criterios previamente expuestos en la Observación General No. 14 del Comité DESC.

El derecho fundamental a la salud incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados: **a) Disponibilidad.** El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y

personal médico y profesional competente; **b) Aceptabilidad.** Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica, así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten (...) **c) Accesibilidad.** Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información; **d) Calidad e idoneidad profesional.** Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-313, 2014) (Cursiva fuera de texto)

A partir de ello, es de suma importancia resaltar lo dispuesto por la Corporación en Sentencia T-121 de 2015, en la que se fija el contenido y alcance del derecho a la salud, indicando que el mismo “implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo. De igual manera, comprende la satisfacción de otros derechos vinculados con su realización efectiva, como ocurre con el saneamiento básico, el agua potable y la alimentación adecuada. Por ello, según el legislador estatutario, el sistema de salud: Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-121, 2015).

Al mismo tenor se pronuncia la Corte en la sentencia T-171 de 2018, en la que expone que el derecho a la Salud gira en torno a la dignidad humana, por lo que adquiere una connotación de derecho que garantiza a las personas una vida digna y de calidad para su pleno desarrollo en una sociedad, lo cual permitió establecer una relación efectiva en el marco del Estado

Social de Derecho siendo también considerados como fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales incorporados en el Capítulo II Constitucional. Entonces, el carácter autónomo del derecho a la salud, implica el respeto y protección del mismo en todo el territorio nacional, el cual se asigna bajo la responsabilidad del estado en una doble connotación: (i) de ser un derecho fundamental y a la vez (ii) un servicio público.

Lo anterior permite entonces referirse a la salud, ya no en su connotación de derecho fundamental, sino, aunque vinculado, a su carácter de **servicio público** a cargo del Estado, tal como se encuentra dispuesto en el artículo 49 constitucional, y que supone su prestación en condiciones que permitan el bienestar general y la calidad de vida. En efecto, entender la salud como un servicio público, acarrea la responsabilidad del Estado de adoptar políticas que faciliten la prestación bajo los presupuestos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad antes referidos; al respecto, se destacan dos normas que, grosso modo, regulan la prestación de los servicios de salud: por una parte, la Ley 100 de 1993, a través de la cual se crea el sistema de seguridad social integral y por otra, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, a partir de la cual se regula el derecho a la salud. Estas disposiciones, en concreto, fijan el criterio de territorialidad en lo que refiere al derecho a la salud, imponiendo en ese orden, el límite a la prestación de los servicios como consecuencia del ya citado concepto de soberanía.

El criterio de territorialidad como condicionante a la prestación de los servicios de salud.

A partir de este momento, es importante concentrar el análisis en lo que refiere, concretamente, a la prestación de servicios de salud a ciudadanos colombianos fuera del territorio nacional, particularmente la garantía de continuidad en el tratamiento médico a través de medicamentos esenciales para el control de enfermedades crónicas.

En principio, es importante decir que, si bien el estándar internacional plantea el carácter universal de los derechos humanos, entre ellos la salud, lo cierto es que a la par reconoce la soberanía de los estados parte de cada convención o pacto para fijar sus reglas - aunque con observancia de los principios ya planteados previamente-, especificando la obligación de los estados de garantizar tales derechos, incluida la salud, en su territorio. Así, por ejemplo, la

Convención Americana de Derechos Humanos establece que los estados parte “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna” (OEA, 1969. Art. 1.1) (subrayado fuera de texto); esto, además, resulta facultativo en el sentido en que, los convenios y tratados internacionales se suscriben por los estados, convirtiéndose en obligaciones una vez han sido ratificados en el derecho interno a través del bloque de constitucionalidad, para el caso colombiano.

De ahí que, en materia específica del derecho a la salud, a nivel interno la Ley 100 de 1993 indica a través de su artículo 3, que “el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social¹” (Congreso de la República, 1993. Art.3), lo que implica que impone el criterio de territorialidad en su prestación, es decir, la precitada norma no prevé la prestación efectiva de los servicios asociados a la seguridad social, fuera del territorio nacional. Así mismo lo reafirma a través del artículo 11 cuando menciona que “el Sistema General de Pensiones consagrado en la presente ley, se aplicará a todos los habitantes del territorio nacional” (Congreso de la República, 1993. Art.11), y cuando manifiesta que “el Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional”. (Congreso de la República, 1993. Art.162). Justamente por ello, los ciudadanos colombianos residentes en el exterior, no están obligados a cotizar al Régimen de Seguridad Social en Salud, en el entendido que el Estado, según la norma, tampoco se obliga a prestar dichos servicios a ciudadanos radicados de forma permanente o transitoria, fuera del país (Congreso de la República, 1993).

Es importante indicar que tal como ha sido establecido por la Ley 100, la prestación de los servicios de salud, para la consecuente garantía efectiva del derecho, no tiene asiento en la condición de ciudadanía, sino en los límites territoriales, por lo tanto, aun cuando los colombianos siguen ostentando la nacionalidad fuera del país, es decir sigue reconociéndose su ciudadanía, una vez se encuentran fuera del territorio deja de ser responsabilidad del estado la protección de su derecho a la salud.

¹ Recuérdese que la seguridad social se compone de los servicios de salud, pensión y riesgos laborales.

A su turno, la Ley 1751 de 2015, reconoce el carácter fundamental del derecho a la salud, con lo cual crea mecanismos para garantizar su ejercicio, así como los elementos y principios fundamentales que permitan la prestación del servicio en condiciones dignas. En consecuencia, la norma no solo reitera los componentes del goce efectivo del derecho a la salud declarados por el Comité DESC en la Observación General No. 14, previamente revisada, sino que, además, incorpora otros principios de los cuales, es importante destacar al menos dos: por una parte, el principio **pro homine**, es decir que toda interpretación que requiera hacerse respecto de los bienes y servicios en salud, debe adoptar la postura de mayor favorabilidad para las personas; y por otra, el principio de **continuidad**, en el sentido que las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua, sin que pueda ser interrumpido ninguna clase de tratamiento o atención por razones administrativas o económicas. (Congreso de Republica de Colombia, 2015. Ley 1751, Art. 6)

Al tiempo, el artículo 15 de la precitada norma, indica que “el Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas”, con excepción de financiación de servicios que, entre otros, “tengan que ser prestados en el exterior” (Congreso de Republica de Colombia, 2015. Ley 1751, Art. 15, literal f)

A partir de lo anterior, se tiene que, en principio, en el caso específico de personas que requieren de medicamentos esenciales para el tratamiento de enfermedades crónicas, cualquier tipo de medida frente a la prestación de los servicios de salud debe resolverse en favorabilidad de aquellos, máxime cuando se encuentren en situación de vulnerabilidad manifiesta, pero además, compromete la continuidad, es decir la prohibición de suspensión del tratamiento que se entiende esencial para el control de la enfermedad. No obstante, dichos principios encuentran colisión con el criterio o principio de territorialidad previamente indicado, situación que además es reforzada por la inexistencia de políticas que faciliten la continuidad en la prestación de los servicios de salud, al menos en lo que refiere al suministro de medicamentos esenciales, fuera del territorio nacional y que por el contrario, dejan bajo la responsabilidad del usuario, la afiliación al sistema de seguridad social en salud aplicado

en el territorio al cual migra, esto es, el nuevo estado, y que puede acarrear condiciones más o menos favorables en cada contexto.

En consecuencia, el sistema jurídico colombiano actual gira en torno al principio de territorialidad, que, si bien resulta ajustado bajo ciertas condiciones, se convierte en una barrera en el marco específico de la continuidad en el tratamiento médico con medicamentos esenciales para colombianos residentes en el exterior. Sobre dicho principio ha indicado la Corte Constitucional que es “fundamento esencial de la soberanía, de acuerdo con el cual cada Estado puede prescribir y aplicar normas dentro de su respectivo territorio, por ser éste su "natural" ámbito espacial de validez. Forman parte integral de este principio, las reglas de "territorialidad subjetiva" (según la cual el Estado puede asumir jurisdicción sobre actos que se iniciaron en su territorio, pero culminaron en el de otro Estado) y "territorialidad objetiva" (en virtud de la cual cada Estado puede aplicar sus normas a actos que se iniciaron por fuera de su territorio, pero culminaron o tuvieron efectos sustanciales y directos dentro de él). Por su solidez e importancia, se puede considerar al principio de territorialidad como la regla general a aplicar, y a los demás principios como sus excepciones, puesto que legitiman el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción” (Corte Constitucional, Sentencia C-527 de 2003)

En ese orden de ideas, la territorialidad fija la aplicación de las normas vigentes en el país, con excepción de algunas cuestiones en materia penal, por ejemplo; empero, en materia específica del derecho a la salud, la norma jurídica en Colombia no contempla aplicación de extraterritorialidad.

En ese contexto, es importante recordar que en el marco de los derechos sociales, entre los que se incluye el derecho a la salud, se hace necesario armonizar, a través del sistema internacional, las regulaciones internas de los Estados Parte de las diversas convenciones, a fin de garantizar la continuidad en la prestación de servicios de salud, bajo su comprensión de derecho social con carácter supranacional, esto es, más allá de las fronteras o criterios territoriales impuestas por los países en el marco de su soberanía, y teniendo en cuenta el actual escenario de globalización de los derechos, pero además, el fenómeno generalizado de migración por diversas razones.

La internacionalización de la seguridad social es el proceso a través del cual la protección otorgada mediante prestaciones concedidas a ciudadanos por el derecho

interno de cada país extiende su ámbito de competencia para establecer dos fenómenos paralelos: a) Las normas de seguridad social de un país protegen a sus ciudadanos más allá de sus propias fronteras; por ejemplo, a través de la firma de tratados bilaterales de seguridad social, y b) Se establecen normas de aplicación internacional que involucran a sujetos de derecho internacional (Estados soberanos y organismos internacionales) en su cumplimiento, con el objetivo de aumentar la cobertura vertical y horizontal de los ciudadanos dentro de sus propios territorios, y con ello poder hablar de una estandarización de prestaciones a nivel mundial. (Mendizábal y Kurczyn, 2017. p.47)

Dicha internacionalización de la seguridad social, y de la salud particularmente, tiene sin duda asiento en los antecedentes internacionales que declaran el derecho a la salud como derecho humano autónomo, pero que, además, fijan medidas específicas para su comprensión y prestación que deben ser atendidas por los estados; luego entonces, es el derecho de los tratados la herramienta indispensable, que, aunado a las voluntades políticas y económicas, permitiría tal armonización.

De hecho, la propia Corte Constitucional ha sostenido que “las obligaciones internacionales del Estado colombiano, tienen su fuente tanto en los tratados públicos que ha ratificado, como en la costumbre internacional y en los principios generales de derecho aceptados por las naciones civilizadas. Estas fuentes han sido reconocidas tradicionalmente por la comunidad internacional, y como tales fueron incluidas en el catálogo del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, tratado que vincula a Colombia por formar parte integral de la Carta de las Naciones Unidas” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-527 de 2003)

Luego entonces, en un escenario de reconocimiento, como en efecto existe, del derecho a la salud como derecho humano, fundamental y social, es viable la aplicación de la extraterritorialidad para la garantía de continuidad del tratamiento de enfermedades crónicas con medicamentos esenciales.

Conclusiones

De la reflexión presentada anteriormente, puede decirse que, en respuesta a la pregunta de investigación, se encontró que no existen a nivel nacional, condiciones de protección del derecho a la salud en el caso de pacientes con enfermedades crónicas que requieran continuidad en la prestación de los servicios de salud a través del suministro continuado de medicamentos esenciales para el tratamiento y control de la enfermedad, a partir del criterio de territorialidad de los derechos, y del derecho en general, a su vez derivado de la noción de soberanía.

Si bien el sistema jurídico reconoce el derecho de los migrantes a recibir asistencia médica en territorio nacional, bajo el criterio de territorialidad, es este mismo criterio el que impone barreras para la prestación de servicios de salud en el exterior.

Es importante mencionar que parte de dicho criterio, se soporta en la no exigibilidad de los ciudadanos colombianos residentes en el exterior de pagar los rubros correspondientes a la afiliación al sistema integral de seguridad social; no obstante, es claro también que el criterio económico, esto es, de pago, no puede desconocer bajo ese pretexto, la calidad irrenunciable del derecho a la salud, ni tampoco el criterio de accesibilidad previsto en el marco internacional de derechos humanos y reforzado por el orden interno. En ese orden de ideas, la continuidad en el tratamiento y además el principio pro homine, se unen con la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la salud como criterios de goce efectivo, que en el caso de pacientes con enfermedades crónicas residentes fuera del país, no pierden vigencia por encontrarse en una situación fronteriza diversa, sino que deben ser acatados por el Estado Colombiano habida consideración del carácter supra estatal de que goza tal derecho con ocasión de la participación del estado colombiano en los tratados internacionales.

Así entonces, una apuesta por la garantía en el derecho a la salud, particularmente en lo que tiene que ver con la continuidad de tratamiento médico a través del acceso a medicamentos esenciales de quienes residen fuera de Colombia, exige una reconfiguración de la relación entre territorio y salud, entendiendo que su garantía, sin duda, requiere de políticas más extensas que faciliten su atención integral más allá de los propios límites impuestos por los estados y de cara al sistema internacional de derechos humanos; este, justamente, es uno de

los aportes derivados de la discusión dada en líneas anteriores, pues una lectura derivada del esquema de soberanía y territorialidad tradicional, dificulta la materialización del carácter universal de derechos como el de la salud.

De ahí que la pregunta derivada de lo expuesto hasta aquí, es sin duda la viabilidad, en términos de disponibilidad y accesibilidad, de establecer un esquema de protección en los casos concretos objetos de análisis en este escrito – pacientes que padecen enfermedades crónicas y que requieren el suministro continuo de medicamentos esenciales fuera del país – a partir de un criterio de extraterritorialidad de protección, que unido al principio de universalidad de los derechos, establezca un suerte de derecho transnacional, global y garantista, en clave de los derechos humanos.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (20 de julio de 1991). *Constitución Política de Colombia*. D.O. 51.657.

Comité de DESC. (1999). *Observación general N° 14*. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451>

Congreso de la Republica de Colombia. (23 de diciembre de 1993). *Ley 100 de 1993*, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. D.O. 41.148.

Congreso de la Republica de Colombia. (16 de febrero de 2015). *Ley 1751 de 2015*, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. D.O. 49.427.

Carpizo, J. (1982). La soberanía del pueblo en el derecho interno y en el internacional. *Revista de estudios políticos*. (28), pp.195-210. ISSN 0048-7694.

Corte Constitucional de Colombia. (4 de septiembre de 2000). *Sentencia T-1157 de 2000*. [M.P. Antonio Barrera Carbonell]

Corte Constitucional de Colombia. (3 de julio de 2003). *Sentencia C-527 de 2003*. [M.P. Alvaro Tafur Galvis]

Corte Constitucional de Colombia. (14 de mayo de 2008). *Sentencia C-463 de 2008*. [M.P. Jaime Arturo Rentería]

Corte Constitucional de Colombia. (31 de julio de 2008). *Sentencia T-760 de 2008*. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa]

Corte Constitucional de Colombia. (29 de mayo de 2014). *Sentencia C-313 de 2014*. [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]

Corte Constitucional de Colombia. (26 de marzo de 2015). *Sentencia T-121 de 2015*. [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]

Corte Constitucional de Colombia. (7 de mayo de 2018). *Sentencia T-171 de 2018*. [M.P. Cristina Pardo Schlesinger]

Hernandez Sampieri, R., Fernandez, C., y Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación, Sexto Edición*. ISBN: 978-1-4562-2396-0. México, D.C.: McGraw-Hill/Interamericana Editores.

Mendizábal, G., y Kurczyn, P. (2017). Apuntes sobre el derecho internacional de la seguridad social y su relación con América Latina. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (25), pp. 37-70. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n25/1870-4670-rlds-25-00037.pdf>

Molina, A. (2018). Territorio, lugares y salud: redimensionar lo espacial en salud pública. *Cad. Saúde Pública*; 34(1):e00075117. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de: <https://www.scielo.br/pdf/csp/v34n1/1678-4464-csp-34-01-e00075117.pdf>

Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (30 de abril de 1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Organización de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre derechos humanos*. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (17 de noviembre de 1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador"* Recuperado el 24 de mayo de 2021, de https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/protocolo_san_salvador.html

Organización de Estados Americanos. (6 de septiembre de 1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar, y erradicar la violencia contra la mujer “*Convención Belem Do Pará*”. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-61.html>

Organización de Estados Americanos. (31 de agosto de 2001). *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf

Organización de Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). Declaración Univesal de los Derechos Humanos. Recuperado el 20 de mayo de 2021, de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Organización de Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado el 20 de mayo de 2021, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

Organización de Naciones Unidas. (4 de enero de 1969). *Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

Organización de Naciones Unidas. (18 de septiembre de 1979). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

Organización de Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). *Convención sobre los derechos del niño*. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Organización de Naciones Unidas. (30 de marzo de 2007). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf

Organización Panamericana de la Salud. (2019). *Paquete técnico para el manejo de las enfermedades cardiovasculares en la atención primaria de salud*. Recuperado el 24 de mayo de 2021, de: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/50804/OPSNMH19003_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Quecedo, R., y Castaño, C. (2002). Introducción a la metodología de la investigación cualitativa. *Revista de Psicodidáctica*, 14. pp.5-39. ISSN: 1136-1034.

Tórtora, H. (2010). Las limitaciones a los derechos fundamentales. *Estudios constitucionales*, 8(2), pp.167-200. ISSN 0718-0195.